

Un sistema penal humanista y resocializador.

Libro homenaje al profesor José
Luis de la Cuesta Arzamendi

**Norberto J. De la Mata Barranco, Isidoro Blanco Cordero,
Ana I. Pérez Machío, Gema Varona Martínez**
(Directores)



Derecho Penal
y Procesal Penal

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Universidad del País Vasco

UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR:
AL SERVICIO DE LA PERSONA, DE LA JUSTICIA SOCIAL
Y DE LA PAZ

LIBRO-HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H. C. MULT.
JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

VOLUMEN I

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

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

Consejo Asesor

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

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

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

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

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

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

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

UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR: AL SERVICIO DE LA PERSONA, DE LA JUSTICIA SOCIAL Y DE LA PAZ

**LIBRO-HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H. C. MULT.
JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI**

VOLUMEN I

Dirección

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J.
BLANCO CORDERO, ISIDORO
PÉREZ MACHÍO, ANA I.
VARONA MARTÍNEZ, GEMA

Coordinación (por orden alfabético)

BERASALUZE GERRIKAGOITIA, LEIRE
GERMÁN MANCEBO, ISABEL
MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA
ODRIOZOLA GURRUTXAGA, MIREN
ORBEGOZO ORONoz, IZASKUN
TRESPADERNE BERACIERTO, ISABEL



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO
MADRID, 2026

Primera edición: agosto de 2026.

Esta obra se ubica en el marco de dos proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, esto es, el proyecto PID2023147154NB-I00 y el proyecto PID2024-156801OB-I00, así como en el marco del Grupo de Investigación GICCAS IT1857-26, del Gobierno Vasco.

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

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

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad del País Vasco para esta edición



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

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

NIPO: 144-26-083-4 (edición en papel)

144-26-084-X (edición en línea, PDF)

144-26-086-0 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3153-1

Depósito legal: M-18329-2026

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



ÍNDICE

Páginas

VOLUMEN I

CAPÍTULO I. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI: MAGISTERIO, EXCELENCIA, RESPONSABILIDAD Y COMPROMISO	1
1. José Luis de la Cuesta, Vicerrector de Campus: un liderazgo decisivo en la consolidación del Campus de Gipuzkoa	3
<i>Leire Berasaluze Gerrikagoitia / Leyre Hernández Díaz / Idoia Igar-tua Laraudogoitia</i>	
2. José Luis de la Cuesta Arzamendi y el eje humanista de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)	7
<i>Isidoro Blanco Cordero / Miren Odriozola Gurrutxaga</i>	
3. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Catedrático de Derecho Penal: una vida dedicada a la universidad, una vida dedicada a la sociedad	21
<i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	
4. José Luis de la Cuesta Arzamendi: compromiso ético y social	27
<i>Fundación Hurkoa</i>	
5. La dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. José Luis de la Cuesta en el IVAC: rigor y hospitalidad	35
<i>Inmaculada Iraola</i>	
6. Lo que siembres, eso recogerás	39
<i>Virginia Mayordomo Rodrigo</i>	
7. Tribute to Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi	43
<i>Alfredo Nunzi</i>	
8. Huella, compromiso y excelencia: la dirección de José Luis de la Cuesta Arzamendi al frente del IVAC/KREI	53
<i>Ana I. Pérez Machío / Helene Colomo Iraola</i>	

	Páginas
9. Laudatio - Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi	61
<i>Turodel Toader</i>	
10. El magisterio de José Luis de la Cuesta en la construcción de una mirada integral de la calidad y la responsabilidad en la organización sanitaria, una manera de entender la excelencia como compromiso con la mejora continua	67
<i>M.^a Isabel Trespaderne Beracieto</i>	
11. José Luis, director de los Cursos de Verano de la UPV/EHU: una tarea difícil, pero de éxito continuado	79
<i>Uda Ikastaroetako oraingo eta aurreko Zuzendaritzetako Kideak / Miembros de la Actual y de Anteriores Direcciones de los Cursos de Verano</i>	
12. José Luis de la Cuesta Arzamendi and Romania: a worm-hearted account of two decades of academic friendship	85
<i>Vlad Alexandru Voicescu</i>	
CAPÍTULO II. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL	93
13. Tras el principio de humanidad. O sobre la deshumanización del Derecho Penal	95
<i>Mercedes Alonso Álamo</i>	
14. Las penas máximas en un Estado democrático. Releyendo a Robert Badinter, un gran jurista europeo	109
<i>Luis Arroyo Zapatero</i>	
15. Reflexiones sobre el principio de humanidad en Derecho Penal a raíz de la contribución del profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi	121
<i>Emiliano Borja Jiménez</i>	
16. Aplazar el inicio del pago de la multa suspende su ejecución y el plazo de prescripción	135
<i>Sergi Cardenal Montraveta</i>	
17. El humanismo penal en la Doctrina Social de la Iglesia	147
<i>Roberto M. Carlés</i>	
18. La dignidad como fundamento de la incriminación de las conductas de facilitación de la prostitución	159
<i>Viviana Caruso Fontán</i>	
19. La imputación por el significado de la acción delictiva y la función de la dogmática penal en el pensamiento de Vives Antón	173
<i>Joaquín Cuello Contreras</i>	
20. Consentimiento, datos personales e Inteligencia Artificial	189
<i>Paz M. de la Cuesta Aguado</i>	
21. Reincidencia, reiteración delictiva y afines. Estado del arte en 2025	199
<i>Javier Augusto de Luca</i>	

22.	Relevancia del consentimiento del paciente en las intervenciones quirúrgicas	209
	<i>Javier de Vicente Remesal</i>	
23.	Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos	223
	<i>Juana del Carpio Delgado</i>	
24.	La responsabilidad penal de las personas jurídicas entre la armonización europea y los límites del Derecho Penal Internacional ...	237
	<i>Eduardo Demetrio Crespo / Faustino de la Torre García</i>	
25.	The contribution of Spanish Criminal Law and Professor José Luis de la Cuesta to the development of modern Romanian Criminal Law	251
	<i>Constantin Duvac</i>	
26.	Sanciones y medidas contra la violencia de género: el artículo 45 del Convenio de Estambul y su interpretación por el GREVIO ...	267
	<i>Patricia Faraldo Cabana</i>	
27.	La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por prescripción del delito	283
	<i>Bernardo Feijóo Sánchez</i>	
28.	Cybersecurity and criminal law. Towards the protection of a new generation legal assets, between past, present, and future perspectives	297
	<i>Roberto Flor</i>	
29.	¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas por delitos ecológicos?	311
	<i>Juan Luis Fuentes Osorio</i>	
30.	Reflexiones sobre la «pena natural»	323
	<i>Nicolás García Rivas</i>	
31.	El bien jurídico protegido en el delito «societario» del art. 294 CP: la omisión de colaboración con la inspección y supervisión administrativa	335
	<i>Manuel Gómez Tomillo</i>	
32.	Blanqueo: sanción administrativa versus delito	345
	<i>José Luis González Cussac / Caty Vidales Rodríguez</i>	
33.	Confiscation of legitimate assets in criminal law	355
	<i>Elżbieta Hryniewicz-Lach</i>	
34.	El período de seguridad (art. 36.2 CP) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	367
	<i>Carmen Juanatey Dorado / Antonio Doval Pais</i>	
35.	Punishment or treatment - coordinating criminal and drug policy?	381
	<i>Raimo Lahti</i>	

	Páginas
36. Terrorismo de Estado y los GAL: a propósito de los 40 años del atentado del Hotel Monbar	393
<i>Jon Mirena Landa Gorostiza</i>	
37. Reflexión sobre la jurisdicción universal del Estado portugués sobre crímenes ambientales	405
<i>Miguel Manero de Lemos</i>	
38. La función de la acción en la teoría del delito	413
<i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	
39. Pena perpetua e principio di umanità nel dialogo tra le Corti	423
<i>Francesco Mazzacuva</i>	
40. El declive del uso de la pena de muerte: reflexiones y perspectivas	437
<i>Antonio Muñoz Aunión / Glorimar León</i>	
41. La responsabilidad de quienes fueron «niños soldados». un enfoque desde la teoría de la inexigibilidad penal	451
<i>Mario M. Pereira Garmendia</i>	
42. ¿Cabe condenar a una persona jurídica sin infracción de deberes de vigilancia cuando delinque su administrador único? Comentario a la STS 372/2025	467
<i>Ramón Ragués i Vallès</i>	
43. Inteligencia Artificial y derecho penal: una relación que debe estar mediada por la Constitución	479
<i>Marcelo A. Riquert</i>	
44. Distribución de la riqueza, conflictos de intereses en el ámbito público y Derecho Penal	495
<i>Luis Roca de Agapito</i>	
45. La localización permanente en prisión: ¿Es posible hoy?	505
<i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	
46. Juicio clínico humano y decisión automatizada. Reflexiones sobre el deber objetivo de cuidado en la medicina asistida por Inteligencia Artificial	519
<i>María Ángeles Rueda Martín</i>	
47. Estafas informáticas y responsabilidad civil de las entidades bancarias	533
<i>María Isabel Sánchez García de Paz</i>	
48. Sobre la «débil voluntad» y la «escasa capacidad de resistencia individual» en sede de culpabilidad	549
<i>Pablo Sánchez Ostiz</i>	
49. El tratamiento penal del delincuente (más) peligroso	559
<i>Ángel J. Sanz Morán</i>	
50. Un castigo prosocial	569
<i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	

51.	Lessons from a basque tragedy: What does the Mikel Otegi case teach us about the roles of lay and professional judges in deciding a case?	579
	<i>Stephen C. Thaman</i>	
52.	La seguridad del paciente y la noción de cultura justa como factores de cambio del modelo de responsabilidad. Implicaciones para el Derecho Penal sustantivo y Procesal	591
	<i>Asier Urruela Mora</i>	
53.	<i>Societas/universitas delinquere et puniri potest</i>: el impacto penal de la Directiva 2024/1203 en la Unión Europea	607
	<i>John A. E. Vervaele</i>	

VOLUMEN II

CAPÍTULO III.	DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL	619
54.	La proposición de 2024 por la que se pretende modificar el Código Penal para prohibir el proxenetismo en todas sus formas	621
	<i>Miguel Abel Souto</i>	
55.	Conceptualización de la violencia vicaria de género: especial referencia al anteproyecto de Ley Orgánica de 30 de septiembre de 2025	633
	<i>María Acale Sánchez</i>	
56.	El tipo penal de revelación de imágenes íntimas del artículo 197.7 del Código Penal a la luz de los principios penales	647
	<i>José R. Agustina</i>	
57.	Tráfico de personas: el surgimiento de un pánico moral	663
	<i>Hans-Jörg Albrecht</i>	
58.	El uso ilegítimo de equipos terminales de telecomunicación (art. 256 CP) como delito de defraudación	677
	<i>Alberto Alonso Rimo</i>	
59.	Una exégesis del delito de ocultación de información sobre el paradero de cadáver	691
	<i>Emilio Armaza Armaza</i>	
60.	Higher power: preserving the sanctity of the confessional seal in the age of mandatory reporting for child abuse	705
	<i>Steven W. Becker</i>	
61.	El delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, tras la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero	715
	<i>Ignacio F. Benítez Ortúzar</i>	
62.	Pasado, presente y futuro del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales	731
	<i>Demelsa Benito Sánchez</i>	

	Páginas
63. Evolución de los elementos esenciales e inesenciales de los delitos sexuales en la legislación penal española	743
<i>Miguel Ángel Boldova Pasamar</i>	
64. El delito fiscal	759
<i>José Luis Burlada Echeveste</i>	
65. La problemática del consentimiento en los delitos sexuales al hilo del «caso Dani Alves». Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 14/2024, de 22 de febrero, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 109/2025, de 28 de marzo ...	771
<i>Miguel Ángel Cano Paños</i>	
66. Autorizaciones administrativas y responsabilidad de funcionarios públicos en la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal	787
<i>Rosario de Vicente Martínez</i>	
67. Relevancia penal de las violencias sexuales sobre humanos utilizando animales	801
<i>Miguel Díaz y García Conlledo / María A. Trapero Barreales</i>	
68. El nuevo marco europeo contra la violencia doméstica: avanzando pese a las resistencias	817
<i>Leire Escajedo San Epifanio</i>	
69. Respuesta penal frente al acceso no autorizado a la emisión en directo de contenidos audiovisuales protegidos (especial referencia a la emisión pirata de partidos de fútbol titularidad de LaLiga o de sus cesionarios)	829
<i>Javier Fernández Teruelo</i>	
70. Aproximación al proyectado delito de vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea	843
<i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	
71. Algunas consideraciones sobre la delimitación del concepto de secreto empresarial y sus efectos penales	853
<i>Alonso Galán Muñoz</i>	
72. El delito del artículo 326 del Código Penal. El «traslado de una cantidad no desdeñable de residuos» a la luz de la sentencia 223/2025, de 25 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid ..	865
<i>Pastora García Álvarez</i>	
73. Prevención de los feminicidios: análisis de casos de violencia de género con resultado de muerte en Bizkaia (2010-2022)	877
<i>Reyes Goenaga Olaizola</i>	
74. ¿Criminalización, de fobias o protección de grupos? Algunas reflexiones sobre la determinación del colectivo protegible en el discurso de odio punible	891
<i>Víctor Gómez Martín</i>	

75.	La autocapacitación criminal con fines terroristas: apuntes sobre un ejercicio de intervencionismo cultural fallido (art. 575.2 CP) ...	907
	<i>Myriam Herrera Moreno</i>	
76.	Algunas reflexiones sobre el delito de lavado de dinero previsto en la Ley Penal chilena	923
	<i>Carlos Künsemüller L.</i>	
77.	El delito y el no delito de explotación laboral	941
	<i>Juan Antonio Lascuraín Sánchez</i>	
78.	Especialidades que plantea el delito de trata en casos de víctima menor	953
	<i>Carmen López Peregrín</i>	
79.	Note critiche al DDL sul delitto di violenza sessuale: in particolare, consenso o dissenso?	965
	<i>Adelmo Manna</i>	
80.	Accesos indebidos a historia clínica y tutela penal de la intimidad del paciente en el contexto del Espacio Europeo de Datos de Salud	971
	<i>Ana Menéndez Pérez</i>	
81.	Delitos contra la intimidad sexual	985
	<i>Fernando Molina Fernández</i>	
82.	Chasing a moving target: international corruption between global markets, criminal law and enforcement dilemmas	1001
	<i>Vincenzo Mongillo</i>	
83.	Conceptos definitorios del odio y su desarrollo típico	1017
	<i>Lorenzo Morillas Cueva</i>	
84.	De 1995 a 2025: treinta años desde la tipificación de la manipulación genética en España	1031
	<i>Pilar Nicolás Jiménez</i>	
85.	Consideraciones sobre la malversación de usos públicos distintos a los establecidos	1045
	<i>Elena Núñez Castaño</i>	
86.	Análisis crítico de la Directiva 2018/1673 y sus aportaciones en la lucha contra el blanqueo de dinero. La traducción en el aumento desmedido de supuestos agravados en el Código Penal español ...	1057
	<i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	
87.	The criminal content of italian law on artificial intelligence	1071
	<i>Lorenzo Picotti</i>	
88.	El delito de financiación ilegal de partidos políticos, diez años después	1085
	<i>Luz María Puente Aba</i>	
89.	Actos de habla y delitos de manifestación	1097
	<i>Miguel Polaino Navarrete</i>	
90.	Violencia de género digital	1113
	<i>Bárbara Romo Sabando / Sergio Pérez González</i>	

	Páginas
91. Delito de sustracción de menores: ¿necesidad de introducir un subtipo agravado?	1123
<i>M.ª Belén Sánchez Domingo</i>	
92. La exención de responsabilidad penal de las víctimas de trata de seres humanos (art. 177 bis 11 CP)	1133
<i>Dulce M. Santana Vega / José Ancor Viera González</i>	
93. Explotación laboral y derecho penal del trabajo: requerimientos europeos de reforma	1145
<i>Juan M. Terradillos Basoco</i>	
94. Jurisprudencia sobre trata de seres humanos y ausencia de respeto al principio de no punición: reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo 960/2023, de 21 de diciembre	1159
<i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	
95. Punishing incitement to hate. A perspective from Germany	1173
<i>Thomas Weigend</i>	
CAPÍTULO IV. POLÍTICA CRIMINAL	1187
96. La construcción del olvido digital en Estrasburgo: de los motores de búsqueda a la responsabilidad de la prensa	1189
<i>Mikel Anderez Belategi</i>	
97. ¿Populismo punitivo 2.0? Sobre la política penal de Vox	1201
<i>José Ángel Brandariz</i>	
98. Sobre la posible introducción de herramientas de valoración del riesgo en la gestión de las prisiones vascas	1211
<i>Juan Carlos Carbonell Mateu / Lucía Martínez Garay</i>	
99. Otras formas de expansión punitiva: las consecuencias colaterales de las sanciones penales en España	1227
<i>Noelia Corral Maraver</i>	
100. ¿Qué hemos aprendido de los países que han despenalizado algunas drogas?	1241
<i>Antonio Cuerda Riezu</i>	
101. La historia interminable de la multirreincidencia	1253
<i>Miriam Cugat Mauri</i>	
102. La desinformación como riesgo para la democracia: ¿reto para el Derecho Penal?	1265
<i>Mercedes García Arán</i>	
103. Core values of criminal law – Back to basics, fairy tale law or protecting the rule of law?	1279
<i>André Klip</i>	
104. Aproximación al género como factor fundamental de la violencia contra las mujeres	1291
<i>Mikele Lapeira Astorkia</i>	

	Páginas
105. Desinformación medioambiental: una aproximación conceptual ... <i>Ángela Matallín</i>	1305
106. La difícil elaboración del pasado nacionalsocialista por la ciencia alemana del Derecho Penal: el «caso Edmund Mezger» <i>Francisco Muñoz Conde</i>	1315
107. La falta de idoneidad de las normas y estrategias globales y nacionales anticorrupción <i>Héctor Olasolo / Pablo Galain Palermo</i>	1325
108. Antiterrorismo y normalización política (algunas reflexiones a partir de <i>La batalla de Argel</i>) <i>José Manuel Paredes Castañón</i>	1341
109. El aseguramiento espacial de los focos de peligro. Sobre la función del alejamiento <i>Miguel Polaino Orts</i>	1353
110. ¿Estancamiento de la agenda de la Unión Europea en la lucha contra la inmigración irregular? Perspectivas de reforma <i>Esther Pomares Cinta</i>	1365
111. La reacción autoritaria del Derecho Penal frente a la inmigración irregular <i>Guillermo Portilla Contreras</i>	1379
112. El Derecho Penal y la deslealtad constitucional <i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	1389
113. Bunker-Estados y nuevas esclavitudes. 500 años de la Escuela de Salamanca y la dignidad sigue en conquista <i>Nieves Sanz Mulas</i>	1403
114. Política, guerra y poder punitivo <i>E. Raúl Zaffaroni</i>	1417

VOLUMEN III

CAPÍTULO V. CRIMINOLOGÍA Y VICTIMOLOGÍA	1429
115. Kirol esparruan ezarri diren adin txikikoen zaintza eta babes protokoloak direla eta, zer gertatzen da erasotzaileak ere adin txikikoak direnean? Adin txikikoen ongizatearen alde aurrera egiten jarraitzeko hausnarketa xume bat De la Cuesta maisuaren omenez <i>Juan Aldaz Arregui</i>	1431
116. Las condenadas de la tierra: el saber criminológico contra las mujeres <i>Matías Bailone</i>	1435
117. Delitos sexuales y violencia sexual contra menores: las oportunidades reales que ofrece la justicia restaurativa <i>Robert Cario</i>	1451

	Páginas
118. El menor delincuente y el Derecho francés: una historia plagada de obstáculos legislativos	1463
<i>Jocelyne Castaignede</i>	
119. La réinsertion des détenus en France: mythe ou réalité?	1475
<i>Jean-Paul Céré</i>	
120. El narcotráfico en el sur de España. Un estudio sobre la reincidencia a través del análisis de sentencias judiciales	1489
<i>Ana I. Cerezo Domínguez / Elena Cervantes-Pinelo García</i>	
121. La supervisión de las alternativas comunitarias en medio abierto	1503
<i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	
122. Delito y castigo en España en el siglo XXI	1515
<i>José Cid Moliné / Daniel Varona Gómez</i>	
123. Los animales como víctimas invisibles del ecocidio	1533
<i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	
124. Cooperación e integración en materia de justicia restaurativa: enseñanzas desde el País Vasco	1547
<i>André Luis de Lima Maia</i>	
125. La justicia restaurativa en el ámbito penitenciario: una aproximación	1561
<i>María del Río Pereda</i>	
126. La interacción entre las ciencias penales	1573
<i>José Luis Díez Ripollés</i>	
127. Opfer- und wiedergutmachungsorientierte Maßnahmen im Strafvollzug im europäischen Vergleich	1587
<i>Frieder Dinkel</i>	
128. Déficits psicológicos y trastornos mentales en los hombres violentos contra la pareja	1601
<i>Enrique Echeburúa</i>	
129. La investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960 y 2014 realizada por el Instituto Vasco de Criminología	1615
<i>Francisco Etxeberria</i>	
130. Condamnés à l'espoir. Analyse franco-espagnole de l'éternité carcérale	1633
<i>Joana Falxa</i>	
131. Libros sobre el horror de los campos de concentración nazis	1647
<i>Carlos García Valdés</i>	
132. El sistema penitenciario vasco tras la transferencia: diagnóstico empírico y retos estructurales	1661
<i>Enara Garro Carrera</i>	
133. Equidad y justicia epistémicas en las prácticas restaurativas penitenciarias entre víctimas y victimarios drogodependientes	1673
<i>Isabel Germán Mancebo</i>	

	Páginas
134. Masacre de Carandiru: tres décadas de ecos en el sistema penitenciario brasileño	1685
<i>Isabelle Gibson / Helena Luíza Duarte</i>	
135. Criminología, justicia juvenil y justicia restaurativa: una historia compartida	1695
<i>Esther Giménez-Salinas i Colomer</i>	
136. Revisión de los derechos del paciente a la luz de la irrupción de la Inteligencia Artificial en medicina	1713
<i>M.^a del Carmen Gómez Rivero</i>	
137. Sanar la herida digital: caminos restaurativos frente a la miseria moral en redes	1727
<i>Íñigo Gordon Benito</i>	
138. La cultura como eje tratamental en los procesos de reinserción social	1741
<i>Cristina Guisasaola Lerma</i>	
139. Una aproximación a la criminalidad femenina desde la criminología feminista: exclusión y selectividad penal	1753
<i>Leyre Hernández Díaz / Leire Berasaluze Gerrikagoitia</i>	
140. Las víctimas de violencias basadas en el honor: dificultades de reconocimiento y protección	1763
<i>Estíbaliz Jiménez</i>	
141. «Se llamaba como yo»: disputas por la memoria colectiva y narrativas sonoras del delito	1777
<i>Malena R. Maceira</i>	
142. Las personas extranjeras en prisión: un colectivo doblemente marginado	1789
<i>Elena Maculan</i>	
143. La trascendental reforma penitenciaria de 1968 y sus antecedentes	1803
<i>Ricardo M. Mata y Martín</i>	
144. El crecimiento de las tasas de homicidio en Chile entre 2013 y 2024	1819
<i>Jean Pierre Matus Acuña</i>	
145. Apertura limitada de la prisión a las nuevas tecnologías de la comunicación	1835
<i>Esteban Mestre Delgado</i>	
146. Criminología, zemiología y el abandono del delito	1847
<i>Fernando Miró Llinares</i>	
147. La criminología frente al maltrato animal: propuesta de un programa de intervención	1861
<i>María Ochandorena Alba</i>	
148. Pensar para hacer: arquitectura ética de la praxis de la justicia restaurativa	1871
<i>Alberto José Olalde Altarejos</i>	

	Páginas
149. Cibertrata con fines de explotación sexual: un riesgo para la población juvenil	1885
<i>Izaskun Orbegozo Oronoz</i>	
150. En voz baja: ASMR y la construcción algorítmica de la feminidad disponible	1897
<i>Leyre Padilla López</i>	
151. El tratamiento de los encarcelados como instrumento articulador de la vida en prisión: la experiencia de Cataluña	1907
<i>Santiago Redondo Illescas</i>	
152. Hacia una victimología de la Amazonia	1917
<i>Eduardo Saad-Diniz</i>	
153. La atención integral a niños y niñas víctimas de violencia sexual, en el contexto de la entrada en vigor de la LO 1/2025	1929
<i>Rafael Sainz de Rozas Bedialauneta</i>	
154. Definiciones y firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer. Una extensión de la teoría del aprendizaje social	1943
<i>Alfonso Serrano Maíllo</i>	
155. El positivismo del examen criminológico: un breve retrospecto histórico	1955
<i>Sérgio Salomão Shecaira / Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini</i>	
156. Clinical research in Belgian criminology	1967
<i>Piotr Stepniak</i>	
157. La protección de las afirmadas víctimas en el juicio penal	1981
<i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	
158. Ideas y retos sobre metodología de Derecho comparado	1995
<i>Javier Valls Prieto</i>	
159. El vínculo perdido en el legado de Benjamín Mendelsohn: crímenes internacionales en los orígenes de la victimología	2009
<i>Gema Varona Martínez</i>	
160. De la protección a la exclusión: trayectorias de jóvenes migrantes extutelados	2021
<i>Ane Viana Salinas</i>	
CAPÍTULO VI. DERECHO PENAL INTERNACIONAL	2031
161. La justicia transicional en Perú. Conflicto armado e impunidad	2033
<i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	
162. La situación palestina ante la Corte Penal Internacional. Particular referencia a la orden internacional de arresto contra Benjamin Netanyahu	2049
<i>M.^a Dolores Bollo Arocena</i>	
163. The prosecution of the international crime of torture by States. The case of Belgium ('s somewhat curious definition of the offence)	2063
<i>Steven Dewulf</i>	

164.	¿Tiene el Derecho soluciones para Gaza? Reflexiones en torno a la justicia penal global	2077
	<i>Iñaki Esparza Leibar</i>	
165.	En el Derecho Internacional no existe el delito ecológico	2087
	<i>Carlos Fernández de Casadevante Romani</i>	
166.	Sobre la liberación anticipada por motivos humanitarios ante los Tribunales Penales Internacionales	2103
	<i>Cristina Fernández-Pacheco Estrada</i>	
167.	¿Hacia un Derecho Penal europeo de la sostenibilidad de la actividad empresarial?	2117
	<i>Luigi Foffani</i>	
168.	Sobre la necesidad y corrección de admitir la voluntad eventual de destruir al grupo como elemento subjetivo del genocidio. A propósito de Gaza	2137
	<i>Alicia Gil Gil</i>	
169.	Reforma penal, sistema de penas, Derecho comparado y Derecho Internacional	2147
	<i>Carlos Eduardo Adriano Japiassú</i>	
170.	Reinforcing EU Core Values in Criminal Justice: Insights from the High-Level Forum on the Future of EU Criminal Justice	2159
	<i>Katalin Ligeti</i>	
171.	Arquitectura y fuentes del cumplimiento técnico en el Reglamento (UE) 2024/1689 sobre Inteligencia Artificial	2175
	<i>Marta Muñoz de Morales Romero</i>	
172.	Análisis jurídico sobre la responsabilidad penal en el sector sanitario desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial	2189
	<i>Yenifer Mursuli Yanes</i>	
173.	El Derecho Penal global entre el olvido que seremos y el mundo de ayer	2203
	<i>Adán Nieto Martín</i>	
174.	The United Nations Quinquennial Reports on the death penalty ...	2217
	<i>William A. Schabas</i>	
175.	Les métamorphoses du traitement des violences sexuelles en droit international pénal. Perspectives humanistes	2227
	<i>Guillemine Taupiac Nouvel</i>	
176.	From Siracusa to Rome: A shared journey in International Criminal Justice	2237
	<i>Christine Van den Wyngaert</i>	
CAPÍTULO VII. OTRAS DISCIPLINAS		2241
177.	Zigor-izaera duten administrazio-zehapenen aurreko atzeraeragin-printzipioa: EBJAren C-544/23 «BAJI Trans» epaiaren harira	2243
	<i>Carmen Agoués Mendizábal</i>	

	Páginas
178. Fronteras entre el delito y la infracción administrativa en materia de patrimonio histórico, artístico y cultural	2255
<i>Iñaki Agirreazkuenaga</i>	
179. La Declaración de Tokio de 2025 sobre salud reproductiva, derechos humanos y maternidad subrogada	2269
<i>Itziar Alkorta Idiakez</i>	
180. El caso «Prestige»: responsabilidad por daños medioambientales internacionales y cauces de actuación internacional. La opción entre la vía penal o la vía civil	2283
<i>Juan José Álvarez Rubio</i>	
181. Delito y pena en unos comentarios inéditos (c. 1730) al Fuero Nuevo de Vizcaya	2297
<i>Jon Arrieta Alberdi</i>	
182. Los intentos de «reforma provincial» del gobierno liberal de 1820-1821, y la respuesta de Guipúzcoa. Notas para su estudio ...	2311
<i>María Rosa Ayerbe Iribar</i>	
183. Analyse d'un dispositif de gouvernance securitaire transfrontalière: les centres de cooperation policière et douanière	2325
<i>Géraldine Bachoué-Pedrouzo</i>	
184. Cultural turns in Criminal Law	2339
<i>Joxerramon Bengoetxea Caballero</i>	
185. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Ludes y otros c. Francia</i>: un reciente nuevo caso de tensión entre Derecho Penal y libertad de expresión	2347
<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>	
186. Rethinking Digital Justice	2361
<i>Els de Busser</i>	
187. La expansión de la doctrina de la instrumentalidad: entre la eficacia punitiva y las garantías procesales en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas	2375
<i>Eneko Etxeberria Bereziartua</i>	
188. La Justicia restaurativa hoy (tras la LO 1/2025) con la mirada puesta en el mañana (anteproyecto de LO de Enjuiciamiento Criminal de 2025)	2387
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
189. Errores comunes en las reformas del proceso penal	2397
<i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	
190. Reflections on the principle of ascertaining the truth in Romanian Criminal Procedural Law	2413
<i>Nicolae Grofu</i>	
191. Using Tort Law to Punish Returning Officers for Disenfranchising Candidates in Kenya	2419
<i>Charles A. Khamala</i>	

	Páginas
192. La liquidación vinculada a delito contra la Hacienda Pública	2431
<i>Isaac Merino Jara</i>	
193. La conciliación penal y su desarrollo por los jueces y las juezas de paz conforme a la normativa civil. Una reconstrucción desde la práctica	2445
<i>Ixusko Ordeñana Gezuraga</i>	
194. Protección de los datos personales de la víctima de delito en la investigación y enjuiciamiento penal en el ámbito europeo	2459
<i>Miren Josune Pérez Estrada</i>	
195. De la guerra y paz a paz o guerra. Cambio de paradigma	2469
<i>Reyes Mate</i>	
196. Estados Unidos y el <i>plea bargaining</i>: cuando el sistema criminal abandona el paradigma central del juicio y se precisa reconocer derechos también en la fase de negociación	2483
<i>Alberto Saiz Garitaonandia</i>	
197. La doble instancia en las sanciones tributarias tras la doctrina Saouetff: de la exigencia europea a la insuficiente respuesta de la casación española	2493
<i>Irune Suberbiola Garbizu</i>	
198. Orden Europea de Producción y Preservación: el nuevo paradigma de cooperación transnacional para la prueba electrónica	2507
<i>Stanislaw Tosza</i>	
199. The EU Regulation on the transfer of proceedings in criminal matters. Bringing common sense back: reviving traditional judicial cooperation while enhancing legal protection	2519
<i>Gert Vermeulen</i>	
200. Pequeño libro para desdibujarse	2533
<i>Jaseff Raziel Yauri-Miranda</i>	
CAPÍTULO VIII. FELICITACIONES	2545
201. Miguel Alonso Belza	2547
202. Xabier Arana Berastegi	2549
203. María Josefa Barbarín Urquiaga	2551
204. Jesús Barquín Sanz	2553
205. Javier Boix Reig	2555
206. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas	2557
207. Elisa García España	2559
208. Luz Muñoz González	2561

CAPÍTULO I

**José Luis de la Cuesta Arzamendi: magisterio,
excelencia, responsabilidad y compromiso**

1. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, VICERRECTOR DE CAMPUS: UN LIDERAZGO DECISIVO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMPUS DE GIPUZKOA

LEIRE BERASALUZE GERRIKAGOITIA

Secretaria Académica del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU

LEYRE HERNÁNDEZ DÍAZ

Secretaria Académica del Campus de Bizkaia de la UPV/EHU

IDOIA IGARTUA LARAUDOGOITIA

Directora de las Aulas de la Experiencia de Bizkaia,
Vicerrectorado de Campus de Bizkaia de la UPV/EHU

José Luis de la Cuesta Arzamendi fue Vicerrector del Campus de Gipuzkoa de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea en el periodo comprendido entre el año 1991 y el año 2000. Su mandato se desarrolló en una etapa especialmente relevante para la Universidad y constituyó una fase decisiva de consolidación institucional del Campus de Gipuzkoa, en un momento en que la UPV/EHU se encontraba inmersa en un proceso de reorganización interna y de refuerzo de su presencia territorial en Gipuzkoa, tanto en términos académicos como de vinculación social y con el entorno productivo.

A comienzos de la década de los noventa, la UPV/EHU afrontaba el reto de afianzar su estructura como universidad pública integrada en el marco autonómico vasco y de encontrar el equilibrio requerido por la naturaleza multiterritorial de la institución. En este contexto, el Campus de Gipuzkoa requería una mayor consolidación académica, una definición más clara de su papel institucional y un fortalecimiento de sus relaciones interinstitucionales. La figura

del Vicerrector del Campus adquiriría así un papel central como agente de cohesión interna y de proyección externa, responsabilidad que José Luis de la Cuesta asumió en un momento clave para el fortalecimiento del Campus de Gipuzkoa.

Uno de los rasgos más significativos de su mandato fue, precisamente, su decidida apuesta por el impulso del Campus de Gipuzkoa como estructura con identidad y capacidad propias dentro de la Universidad, tanto en el plano decisonal como en el organizativo. En una etapa caracterizada por una elevada centralización de servicios y decisiones, promovió una progresiva descentralización de funciones que dotó al Campus de mayor autonomía operativa y capacidad de respuesta ante los distintos retos que afrontaba la universidad. Esta orientación estratégica mejoró el funcionamiento cotidiano del Campus, y contribuyó a reforzar su posición dentro del conjunto de la UPV/EHU, además de consolidar la naturaleza multicampus de la institución.

Durante su mandato se impulsó la consolidación de los equipos de Campus como estructuras estables de gestión y coordinación, favoreciendo el trabajo en equipo, la cooperación entre áreas y una mayor capacidad de respuesta a las necesidades cotidianas de la comunidad universitaria. La configuración de estos equipos supuso un paso decisivo en la institucionalización del Campus como unidad organizativa con dinámicas propias, reforzando su autonomía funcional y su cohesión interna.

El modelo de gobernanza se basó en la cercanía, el diálogo y la escucha activa. Durante su vicerrectorado se fortaleció la relación con los equipos decanales y los equipos directivos de los distintos centros, mediante reuniones frecuentes y atención a sus necesidades y a las propuestas sugeridas por ellos. Este estilo de liderazgo favoreció un clima de colaboración y confianza, una coordinación interna más eficaz y una toma de decisiones ajustadas a las distintas realidades académicas y organizativas del Campus de Gipuzkoa.

El mandato de José Luis de la Cuesta Arzamendi fue un periodo de importante avance en el desarrollo de las infraestructuras del Campus de Gipuzkoa. Bajo su liderazgo, con una planificación coherente y clara voluntad de dotar al campus de los medios necesarios para su crecimiento, se pusieron en funcionamiento nuevas sedes en Ibaeta, como las Facultades de Filosofía y Ciencias de la Educación y de Psicología (1993), la Escuela Técnica Superior de Arquitectura (1993) y la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales (1995). En 1997, el Vicerrectorado del Campus se trasladó a Julianategi, reforzando la presencia institucional del campus y la operatividad de sus servicios, con la colaboración del Ayuntamiento de Donostia en la cesión de terrenos y en la planificación de los espacios universitarios.

Finalmente, en el año 2000, el campus incorporó el Edificio Ignacio María Barriola como aulario y sede de servicios para la comunidad universitaria, culminando una etapa de crecimiento apoyada en la creación de infraestructuras adecuadas y de estructuras de gestión y coordinación sólidas.

Su etapa como vicerrector marcó un antes y un después en la forma de concebir el Campus de Gipuzkoa como unidad académica, organizativa y territorial dentro de la UPV/EHU. En conjunto, el paso de José Luis de la Cuesta Arzamendi por el Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa (1991-2000) se caracteriza por un liderazgo comprometido y una visión clara de Campus, entendido como comunidad académica con capacidad de desarrollo, interlocución institucional y proyección de futuro. Su mandato dejó una huella duradera en la organización, en las infraestructuras y en la forma de concebir el modelo de gobernanza del Campus, así como una impronta personal inconfundible marcada por rigor, compromiso con la universidad pública, vocación de servicio a la comunidad universitaria y, rasgo que siempre acompaña a José Luis de la Cuesta, una cercanía excepcional.

2. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI Y EL EJE HUMANISTA DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (AIDP)

ISIDORO BLANCO CORDERO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alicante

MIREN ODRIOZOLA GURRUTXAGA
Profesora Agregada de Derecho Penal
UPV/EHU

I. INTRODUCCIÓN

La Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP/IAPL), que presidió José Luis de la Cuesta durante los años 2004 a 2014, constituye la organización científica de mayor relevancia y proyección internacional en el ámbito de la justicia penal. Fundada oficialmente en París el 24 de marzo de 1924, la AIDP no surgió como una entidad *ex novo*, sino como heredera institucional y continuadora directa de la Unión Internacional de Derecho Penal, creada en Viena en 1889 por tres figuras señeras del pensamiento penal europeo: *Franz von Liszt*, *Gérard van Hamel* y *Adolphe Prins*. Esta continuidad histórica permite afirmar, con pleno rigor, que la Asociación cuenta con más de un siglo de existencia, lo que la convierte no solo en la organización académica mundial más antigua en el campo de la justicia penal, sino también en una de las asociaciones científicas más veteranas a escala global. Desde sus orígenes, la AIDP ha encarnado un proyecto intelectual ambicioso: la construcción de un espacio transnacional de reflexión científica orientado a influir, de manera ri-

gurosa y progresiva, en la evolución del derecho penal. La misión fundacional de la Asociación, inspirada por el ideario reformista de sus creadores, se ha articulado históricamente en torno a un eje rector de carácter dual, expresamente recogido en sus estatutos: la promoción de una justicia penal más humana y eficaz. Esta formulación expresa una tensión constitutiva –y a la vez fecunda– entre el principio de humanidad del *ius puniendi* y las exigencias funcionales de tutela de los bienes jurídicos, tensión que ha marcado de manera indeleble la identidad científica y el programa intelectual de la AIDP a lo largo de su prolongada trayectoria¹.

La aspiración histórica de conciliar humanidad y eficacia en el ejercicio del *ius puniendi* se ha visto, no obstante, sometida a una presión creciente en el contexto del siglo XXI. En particular, la consolidación de tendencias político-criminales regresivas –marcadas por el auge de un punitivismo de matriz populista, escasamente permeable a la racionalidad empírica y dogmática– ha ido acompañada de una proliferación de iniciativas legislativas orientadas a legitimar injerencias intensas en los derechos fundamentales y a erosionar garantías estructurales propias del Estado de derecho. En este escenario de inflexión histórico-política, el liderazgo de la AIDP ha resultado decisivo para preservar la coherencia doctrinal y la identidad normativa de la Asociación², reafirmando de manera constante la centralidad del principio de humanidad, la justicia social y la defensa de un sistema penal respetuoso de los derechos humanos, incluso en contextos caracterizados por una complejidad y conflictividad crecientes.

El Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, Catedrático de derecho penal de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) y Director del Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI) entre 2000 y 2023, ha desarrollado una trayectoria académica caracterizada por la articulación sistemática entre el rigor conceptual de la dogmática jurídico-penal y una sólida formación criminológica y victimológica. Esta combinación metodológica ha conferido a su obra y a su actividad científica una perspectiva analítica integradora, en la que confluyen de manera sistemática la reflexión dogmático-normativa, la investigación empírica y el estudio de los procesos de victimización, configurando un enfoque especialmente idóneo para examinar, en contextos tanto nacionales

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Principios y directrices político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho Penal en un mundo globalizado», *ReAIDP/e-RIAPL*, 2008, C-01:14.

² Se refiere a la aportación de la AIDP al respeto de los derechos humanos VERVAELE, J.A.E.: «The AIDP: 100 Years of Serving Criminal Justice, Human Rights and Humanity», en Vermeulen, G./De la Cuesta, J.L./Vervaele, J.A.E. (eds.): *RIDPlibri, A Century of Criminal Justice, Human Rights and Humanity across Borders (Centenary Ceremony of the International Association of Penal Law (AIDP/IAPL)*, Paris, France, 27 June 2024), pp. 21-44, p. 38.

como internacionales, los fundamentos, los límites materiales y las orientaciones garantistas del ejercicio del poder punitivo.

Dicha orientación intelectual, coherente con la misión histórica de la AIDP, explica en buena medida la centralidad que el Profesor de la Cuesta ha alcanzado en el escenario penal internacional y su idoneidad para ejercer la presidencia de la Asociación. Su reconocida proyección académica –acreditada, entre otros méritos, por el Premio Euskadi de Investigación (2009) y por diversos Doctorados Honoris Causa concedidos por universidades de Europa y América Latina– se ha visto acompañada de una intensa inserción en redes científicas internacionales, especialmente en el espacio iberoamericano. Esta dimensión internacional de su obra y de su magisterio ha resultado decisiva para el liderazgo de la AIDP, al facilitar un diálogo fecundo entre las tradiciones penales europeas y los debates latinoamericanos contemporáneos, marcados por profundas transformaciones en materia de política criminal, justicia transicional y expansión del *ius puniendi*. En este sentido, su presidencia no constituye un episodio aislado, sino la proyección institucional de una trayectoria académica plenamente alineada con los valores fundacionales y el horizonte normativo de la Asociación.

II. LOS INICIOS EN LA AIDP

La proyección internacional del profesor José Luis de la Cuesta se configura como un rasgo estructural de su trayectoria académica desde sus primeras etapas universitarias. Ya en su etapa de estudiante de licenciatura, y bajo la orientación de su maestro Antonio Beristain, participó en diciembre de 1976 en el Seminario sobre Derecho Penal Internacional organizado para doctorandos por el entonces denominado Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales (ISISC, hoy *The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*), con sede en Siracusa (Italia). Este temprano contacto con una institución estrechamente vinculada a la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) le permitió integrarse desde muy joven en redes académicas internacionales de primer nivel y entablar relaciones científicas con penalistas extranjeros que, con el tiempo, asumirían responsabilidades relevantes dentro de la propia Asociación.

Su vinculación con la AIDP se consolidó de manera progresiva y particularmente intensa. En este proceso de incorporación a la vida institucional de la AIDP, la mediación académica y humana del profesor Reynald Ottenhof fue muy relevante. Fue él quien, tras el XIII Congreso Internacional de Derecho

Penal celebrado en El Cairo en 1984, propuso a los órganos directivos de la Asociación el nombramiento de José Luis de la Cuesta como redactor jefe adjunto de la *Revue Internationale de Droit Pénal*, abriéndole así las puertas de una implicación orgánica que se vería reforzada pocos años después con su integración, en 1989, en el equipo de Secretarios Generales Adjuntos del entonces presidente Cherif Bassiouni, función en la que fue sucesivamente renovado en los Congresos Internacionales hasta el año 2004. Durante este prolongado periodo, su actividad dentro de la Asociación fue especialmente relevante, tanto desde el punto de vista organizativo como científico, destacando de manera singular su compromiso con la promoción y normalización del uso de la lengua española en el seno de la AIDP. A tal fin, dedicó un notable esfuerzo a la traducción y difusión en español de documentos oficiales y textos científicos de la Asociación, facilitando el acceso de la comunidad penalista hispanohablante a materiales fundamentales y contribuyendo decisivamente a la expansión e implantación de la AIDP en España y en América Latina.

Una mención específica merece su estrecha relación con el *The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*. Fundado, entre otros, por la propia AIDP, el Instituto de Siracusa desarrolla una parte sustancial de la actividad científica de la Asociación y goza del estatuto de organización no gubernamental con funciones consultivas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, así como de un acuerdo especial de cooperación con el Centro de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen Internacional. En coherencia con una vinculación iniciada ya en su etapa formativa, José Luis de la Cuesta es miembro honorario del Consejo de Administración del Instituto de Siracusa.

Finalmente, la dimensión internacional de su trayectoria se proyecta también a través de su participación en otras asociaciones y organismos internacionales relacionados con la justicia penal. A título ilustrativo, ha sido miembro de la Comisión Científica y del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología, ha colaborado de manera continuada con el Consejo de Europa y ha sido miembro del grupo consultivo de expertos de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea.

III. LA PRESIDENCIA DE LA AIDP (2004-2014)

1. Internacionalización, derechos humanos y resistencia al punitivismo

En el año 2004 José Luis de la Cuesta fue elegido presidente de la AIDP. Su estrecha relación con Reynald Ottenhof fue también muy relevante, pues

pese a ser el candidato natural a la presidencia de la Asociación, decidió conscientemente ceder el paso a una nueva generación y promover activamente la candidatura de José Luis, gesto de generosidad académica y compromiso institucional que el propio homenajeado ha recordado como uno de los más valiosos de su trayectoria.

La elección como presidente del Profesor De la Cuesta en 2004 puede interpretarse como una operación de continuidad internacional en la orientación político-criminal de la AIDP. Su antecesor en la presidencia, M. Cherif Bassiouni, figura capital en la gestación de la Corte Penal Internacional (CPI), encarnaba el giro internacionalista del Derecho Penal contemporáneo. El hecho de que De la Cuesta tradujera al castellano obras fundamentales de Bassiouni sobre Derecho Penal Internacional revela un vínculo intelectual profundo y una evidente afinidad metodológica. En esta línea, su presidencia fortaleció el compromiso histórico de la AIDP con el Derecho Penal internacional, la justicia transicional y la defensa de los derechos humanos en contextos de criminalidad masiva, consolidando la transición de la Asociación hacia una perspectiva internacionalizada y asentada sobre criterios de racionalidad jurídico-humanitaria tras la entrada en vigor de la CPI.

El período comprendido entre 2004 y 2014 –durante el cual el Profesor José Luis de la Cuesta ejerció la presidencia de la AIDP– coincidió con una de las etapas más complejas para el sistema penal global desde la posguerra. Se trató de un decenio marcado por la intensificación de las demandas securitarias, la reconfiguración del discurso político-criminal tras los atentados del 11-S y la proliferación de reformas penales expansivas, caracterizadas por un incremento notable tanto en la extensión como en la severidad en la ejecución de las penas. En el plano teórico, emergieron nuevas construcciones legitimadoras de la intervención penal –muchas veces de base emocional o moralizante– que propiciaron intrusiones cualificadas en el núcleo duro de los derechos fundamentales, erosionando garantías estructurales como la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad o los estándares probatorios clásicos.

En este escenario turbulento, el liderazgo del Profesor De la Cuesta adquirió una relevancia estratégica. Su presidencia se configuró como una instancia de resistencia doctrinal frente a la deriva punitivista, articulando un discurso científico y normativo orientado a contener la expansión desmedida del *ius puniendi*. Fiel al ideario estatutario de la AIDP, entendió su responsabilidad institucional en la línea «de promover el progreso de la legislación y de las instituciones con objeto de alcanzar una justicia cada vez más humana y eficaz» (art. 2 de los Estatutos de la AIDP). Desde esta perspectiva, su mandato

actuó como contrapeso académico global frente a la expansión injustificada del castigo estatal y frente al populismo penal que, en distintos ordenamientos, buscaba capitalizar políticamente el miedo social. Su gestión no se limitó, por ello, a la mera administración institucional, sino que se constituyó en una auténtica dirección doctrinal y ético-política, destinada a proteger el núcleo normativo del Derecho Penal democrático. Son elocuentes sus palabras como presidente:

«Frente al riesgo de generalización de una cooperación penal exclusivamente urgida por criterios punitivos y de seguridad ciudadana, la AIDP propugna la construcción y refuerzo de esa «cultura de justicia penal» compartida, sin la cual resulta imposible una perdurable y eficaz colaboración. En este sentido, partiendo de la plena legitimidad de la lucha contra las formas más graves de criminalidad, la AIDP insiste, así, en primer lugar, en la necesidad de articulación de políticas criminales racionales que, con base en un adecuado conocimiento de la realidad de los fenómenos criminales (y de los factores personales y sociales que los mismos), prioricen la prevención a partir de los tres niveles criminológicos ya clásicos –criminalidad (fenómeno criminal), delito (concretas manifestaciones delictivas) y delincuente–, así como desde la perspectiva victimológica.»³

2. La «diplomacia penal» del presidente de la Cuesta

Un rasgo característico de la presidencia de José Luis de la Cuesta fue su apuesta por una diplomacia penal multilateral, orientada a la reconstrucción de espacios de cooperación entre las grandes organizaciones científicas dedicadas al estudio del delito, la pena y la justicia penal. Entre los hitos más significativos destaca la cooperación que se entabló durante su mandato entre los órganos directivos de las denominadas *Cinco Grandes Asociaciones* –la AIDP, la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Mundial de Victimología–. Esta iniciativa, promovida directamente por De la Cuesta, trascendió su valor meramente simbólico: constituyó un esfuerzo deliberado por revitalizar el diálogo interdisciplinar, integrando de manera efectiva la criminología empírica, las ciencias penitenciarias y los estudios victimológicos como componentes esenciales para el diseño de un sistema penal racional y coherente.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Principios y directrices político-criminales».

La concepción de José Luis de la Cuesta de una «diplomacia penal» trasciende lo estrictamente institucional para adquirir una dimensión ética y política de alcance global. Un ejemplo paradigmático de esta visión fue el intercambio epistolar con el Papa Francisco en 2014, en vísperas de su transición a la Presidencia Honoraria de la AIDP. En mayo de 2014, el papa Francisco dirigió un mensaje escrito a los participantes en el Congreso de la AIDP celebrado en Río de Janeiro⁴. A raíz de la respuesta del entonces presidente, José Luis de la Cuesta, el Pontífice cursó una invitación formal a la Asociación para mantener una audiencia en la Santa Sede, que tuvo lugar el 23 de octubre de 2014. A instancias de la propia AIDP, dicha audiencia se amplió finalmente a una delegación representativa integrada por las cinco principales asociaciones internacionales de ciencias penales, así como por la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), subrayando así el alcance global y el significado institucional del encuentro. La Carta del papa Francisco articula una concepción de la justicia penal asentada en la centralidad irreductible de la dignidad humana y en la comprensión del poder punitivo como instrumento estrictamente excepcional y funcional, nunca como fin en sí mismo. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal solo encuentra legitimación en la medida en que opera como *ultima ratio*, sometido a criterios rigurosos de necesidad, proporcionalidad y cautela (*cautela in poena*), y resistiendo activamente las dinámicas expansivas propias del populismo punitivo, del decisionismo emotivo y de las respuestas penales simbólicas orientadas a la satisfacción de impulsos vindicativos. La dignidad de la persona (*primatus principii pro homine*) se erige así en parámetro axial de validez del sistema penal, lo que conduce a una condena inequívoca de la pena de muerte, de la tortura, de las ejecuciones extrajudiciales, de la detención arbitraria y, en general, de toda forma de sanción o práctica punitiva que implique tratos crueles, inhumanos o degradantes, o que recaiga de modo estructuralmente desproporcionado sobre sujetos y colectivos en situación de vulnerabilidad. Al mismo tiempo, la Carta desarrolla una concepción compleja de los derechos humanos en el ámbito penal, que no se agota en las clásicas obligaciones negativas de contención del castigo, sino que incorpora también obligaciones positivas del Estado orientadas a la investigación y persecución eficaz de aquellas conductas que lesionan gravemente la dignidad humana y la justicia social –como la trata de seres humanos, la criminalidad económica o la corrupción estructural–. Esta visión sitúa la justicia penal al servicio de la humanidad y de la paz, entendida esta no

⁴ «Carta del Santo Padre Francisco con motivo del XIX Congreso de la AIDP, Río de Janeiro, 2014», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2015/3, vol. 86, pp. 1261-1264.

como mera ausencia de violencia, sino como construcción activa de un orden social justo, solidario y responsable, horizonte normativo que coincide de manera notable con la orientación doctrinal promovida por De la Cuesta durante su presidencia de la AIDP y que refuerza, desde una autoridad moral externa al campo jurídico, el programa humanista, garantista e internacionalista que marcó su liderazgo institucional.

La respuesta remitida por el Profesor José Luis de la Cuesta al papa Francisco en junio de 2014⁵, permite apreciar con especial nitidez la profunda convergencia entre el magisterio pontificio y la orientación doctrinal que la AIDP había venido sosteniendo bajo su presidencia. La carta de De la Cuesta no se limita a un gesto protocolario de gratitud, sino que articula una reflexión jurídico-institucional de alto nivel en la que el mensaje del Papa es leído explícitamente como un respaldo moral e intelectual frente al resurgimiento contemporáneo de un punitivismo populista, «ciego» y regresivo, capaz de erosionar derechos fundamentales y garantías estructurales incluso en el ámbito del debate científico. Desde esa clave interpretativa, el presidente sitúa el mensaje pontificio en continuidad con la tradición histórica de la AIDP y de su antecesora, la Unión Internacional de Derecho Penal, recordando que la razón de ser de la Asociación ha sido, desde 1889 y luego desde su refundación en 1924, promover una justicia penal «más humana y más eficaz», anclada en los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La respuesta reconstruye así una genealogía humanista del Derecho Penal que enlaza la crítica ilustrada a la represión desmedida, los esfuerzos por la internacionalización de la justicia penal –culminados en la Corte Penal Internacional– y las preocupaciones actuales por los riesgos de abuso asociados a nuevas formas de control punitivo, en particular en la sociedad de la información. En este marco, la apelación papal a la centralidad de la dignidad humana, a la cautela en el uso de la pena y al rechazo de una justicia orientada a la mera defensa a cualquier precio es asumida por De la Cuesta como una confirmación externa, ética y normativa, del programa científico de la AIDP, orientado a concebir el Derecho Penal como instrumento excepcional al servicio de la persona, de la justicia social y de la paz. La respuesta del presidente proyecta esa sintonía en el plano institucional y simbólico, al insertar el mensaje del Papa en la cadena histórica de intervenciones pontificias dirigidas a los Congresos de la AIDP y al proponer su difusión sistemática entre los miembros de la Asociación, consolidando así la función de la AIDP como foro

⁵ «Respuesta del Presidente de la AIDP-IAPL a Su Santidad el Papa Francisco», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2015/3, vol. 86, pp. 1267-1272.

internacional de resistencia racional y humanista frente a las derivas expansivas del *ius puniendi*.

3. Congresos, publicaciones y premios

Los Congresos Internacionales de Derecho Penal constituyen el foro científico central mediante el cual la AIDP formula y expresa sus posiciones doctrinales oficiales sobre los temas más relevantes y actuales de la política criminal y del derecho penal, siendo asimismo la instancia en la que se adoptan las resoluciones que orientan la interpretación y la evolución normativa en estos ámbitos. Durante la presidencia de José Luis de la Cuesta, los Congresos orientaron su atención hacia fenómenos transnacionales que demandaban una reflexión jurídica profunda y coordinada, como se evidencia en los temas abordados en ediciones recientes –incluido el derecho penal y la justicia penal internacional– y en su integración con debates científicos contemporáneos sobre la interacción entre derecho penal y otras áreas normativas. En este marco, la iniciativa de organizar conferencias regionales y globales entre las reuniones quinquenales del Congreso respondió a la necesidad de descentralizar y diversificar el debate académico, promoviendo espacios de deliberación científica más frecuentes y accesibles para penalistas de distintos continentes y tradiciones jurídicas.

En cuanto a las publicaciones, durante su presidencia, la *Revue Internationale de Droit Pénal* se consolidó como un referente académico en materia penal. Se decidió que cada número estuviera dedicado a un tema monográfico, que coordinaban los distintos redactores de la *Revue*, lo que fue un gran éxito por la profundidad de los trabajos publicados. Paralelamente, se promovió la creación de la revista electrónica de la AIDP (*e-RIAPL*, actualmente *eRIDP*), destinada a facilitar la publicación de jóvenes penalistas. Esta iniciativa ha ampliado el alcance de la Asociación y se ha consolidado como un instrumento de referencia dentro del ámbito académico internacional.

Durante la presidencia de José Luis de la Cuesta, y en coherencia con la orientación académica, internacionalista y humanista que caracterizó su liderazgo, la AIDP instituyó dos premios de especial relevancia científica, concebidos no solo como instrumentos de reconocimiento académico, sino también como mecanismos estructurales de proyección doctrinal y de fortalecimiento intergeneracional de la ciencia penal. En primer lugar, se creó el Premio Hans-Heinrich Jescheck, en colaboración con el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, destinado a distinguir una trayectoria cientí-

fica consolidada y sostenida en el tiempo, de extraordinario valor académico y con una incidencia significativa en el ámbito del derecho penal comparado y/o del derecho penal internacional o supranacional, incluido el proceso penal. Este galardón encarna la voluntad de la AIDP de reconocer aportaciones que, más allá de su excelencia técnica, hayan contribuido de manera estructural al desarrollo racional y garantista de las ciencias penales en un contexto jurídico globalizado. Complementariamente, y con una clara vocación de estímulo a las nuevas generaciones, se instituyó el Premio Siracusa, hoy denominado Premio Siracusa M. Cherif Bassiouni, en colaboración con el Instituto Internacional de Siracusa para la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Este premio se dirige a jóvenes penalistas miembros de la Asociación, con el objetivo de reconocer una contribución original de alto valor científico en el ámbito del derecho penal, publicada por primera vez en los cinco años precedentes. Su creación refleja de manera especialmente nítida la concepción de De la Cuesta de la AIDP como una comunidad científica viva, comprometida tanto con la excelencia académica como con la renovación crítica y plural del pensamiento penal. Ambos premios se integran así de forma coherente en el proyecto institucional desarrollado durante su presidencia, reforzando el papel de la AIDP como espacio privilegiado de reconocimiento del mérito científico, de articulación entre tradición y renovación doctrinal, y de consolidación de una ciencia penal orientada por criterios de racionalidad, humanidad y proyección internacional.

Consciente de que la vitalidad y proyección futura del derecho penal internacional dependen necesariamente de la formación y la implicación activa de las nuevas generaciones, José Luis de la Cuesta impulsó de manera decidida la integración de los jóvenes penalistas en la estructura misma de la Asociación. Fruto de esta visión fue la consolidación institucional del Comité de Jóvenes Penalistas, que hoy cuenta con presencia efectiva en los órganos de dirección de la Asociación, garantizando que la voz de los penalistas en formación y en los primeros años de su trayectoria académica o profesional participe en la orientación y el gobierno de la AIDP. Paralelamente, y como complemento imprescindible de esta integración orgánica, De la Cuesta promovió activamente la celebración de congresos y encuentros regionales específicamente dirigidos a jóvenes penalistas, facilitando su visibilidad científica, el intercambio de ideas y el establecimiento de vínculos duraderos entre generaciones y tradiciones jurídicas diversas. Estas iniciativas no solo reforzaron los lazos internacionales de la AIDP, sino que contribuyeron de forma decisiva a asegurar su continuidad, dinamismo y capacidad de renovación.

IV. LA PRESIDENCIA HONORARIA Y LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE LA AIDP EN EL CENTENARIO (2024)

Tras la conclusión de su mandato como presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en 2014, el Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi asumió la condición de presidente honorario, desde la cual ha continuado ejerciendo una función institucional de primer orden, caracterizada por la orientación estratégica, la representación internacional y la garantía de continuidad doctrinal de la Asociación. Lejos de constituir un reconocimiento meramente simbólico o retrospectivo, esta posición le ha permitido seguir participando de forma activa y regular en los órganos directivos de la AIDP –incluido el Comité Ejecutivo para el período 2024–2029–, contribuyendo de manera decisiva a preservar y proyectar el rumbo político-criminal definido durante su presidencia. Este legado se ve hoy actualizado y reformulado ante los desafíos del siglo XXI bajo la dirección de la actual presidenta, Katalin Ligeti, en un marco de diálogo intergeneracional y de continuidad institucional.

La celebración en 2024 del centenario de la AIDP ofreció una oportunidad especialmente significativa para constatar la profundidad, estabilidad y vigencia de dicho legado. Fundada en París en 1924 como continuadora de la Unión Internacional de Derecho Penal creada en Viena en 1889 por *Liszt*, *Prins* y *Van Hamel*, la AIDP conmemoró sus cien años de existencia reafirmando su identidad histórica como espacio científico comprometido con una justicia penal simultáneamente humana, garantista e internacionalizada. Esta vocación se expresó de forma particularmente elocuente en la publicación del volumen conmemorativo *A Century of Criminal Justice, Human Rights and Humanity Across Borders* (Maklu, 2024), editado por John A. E. Vervaele, José Luis de la Cuesta y Gert Vermeulen, cuya arquitectura conceptual condensa de manera paradigmática la orientación doctrinal consolidada durante el ciclo presidido por De la Cuesta entre 2004 y 2014.

La elección deliberada de los ejes «criminal justice», «human rights» y «humanity across borders» como categorías estructurantes de la obra oficial del centenario no constituye un mero recurso retórico, sino la materialización de una propuesta político-criminal que sitúa en el centro la primacía de la persona frente al poder punitivo, la función limitadora de los derechos fundamentales en la configuración del sistema penal y la vocación necesariamente transnacional del Derecho Penal contemporáneo en un mundo interconectado. El hecho de que esta formulación haya sido asumida por la propia Asociación como síntesis de su trayectoria histórica revela hasta qué punto la presidencia de De la Cuesta se ha integrado en la línea de pensamiento de la AIDP como

una etapa de afirmación humanista, particularmente relevante frente a la expansión global de tendencias punitivas, securitarias y de excepción.

Desde esta perspectiva, la figura de José Luis de la Cuesta no se proyecta únicamente como la de un presidente honorífico, sino como uno de los principales arquitectos del marco conceptual que orienta la acción presente y futura de la AIDP. Su influencia se manifiesta de manera transversal: en el plano institucional, garantizando continuidad y coherencia; en el plano doctrinal, defendiendo un derecho penal racional, garantista e internacionalista; y en el plano simbólico, encarnando los valores fundacionales de la Asociación en un momento de especial transcendencia histórica. De este modo, su legado no se agota en la memoria conmemorativa del centenario, sino que continúa informando activamente las líneas de reflexión científica y de intervención político-criminal de la AIDP en un contexto global caracterizado por profundas tensiones entre seguridad, derechos fundamentales y justicia penal.

V. CONCLUSIONES

La presidencia de De la Cuesta (2004-2014) no se limitó a preservar una tradición casi centenaria, sino que supo actualizarla críticamente en un contexto histórico marcado por profundas tensiones entre seguridad, derechos fundamentales y racionalidad jurídico-penal. Su mandato coincidió con uno de los momentos de mayor tensión entre el paradigma garantista heredado de la Ilustración y las lógicas expansivas del punitivismo contemporáneo. Frente a esa deriva, su liderazgo materializó una forma de resistencia intelectual que rechazó tanto el inmovilismo académico como la aceptación acrítica de las demandas securitarias. El hilo conductor de su acción –tanto científica como institucional– fue la defensa de un derecho penal racional, empíricamente informado y normativamente contenido, capaz de resistir las derivas expansivas del castigo sin renunciar a la eficacia en la protección de bienes jurídicos fundamentales. En ese sentido, su presidencia representó una fase de reafirmación consciente del núcleo humanista del derecho penal, concibiendo la humanidad no como un mero recurso retórico, sino como un auténtico criterio normativo de legitimación del *ius puniendi*.

Desde una perspectiva institucional, su concepción de la AIDP como comunidad científica global –plural, intergeneracional e interdisciplinar– reforzó la función de la Asociación como espacio de mediación entre tradiciones jurídicas, culturas penales y niveles normativos diversos. La apuesta por una diplomacia penal multilateral, por el diálogo entre las principales organizaciones

científicas y por la apertura a las nuevas generaciones consolidó a la AIDP como un espacio de pensamiento penal capaz de incidir en los grandes debates de la justicia penal global, sin perder su identidad histórica ni su compromiso garantista.

En definitiva, el legado de José Luis de la Cuesta se proyecta como una síntesis particularmente lograda entre tradición y renovación, entre rigor dogmático y sensibilidad humanista, entre reflexión académica y responsabilidad institucional. Su obra y su magisterio recuerdan que el progreso del derecho penal no reside en la expansión del castigo, sino en la profundización crítica de sus límites, y que solo una justicia penal orientada por la dignidad humana, la racionalidad y la cooperación internacional puede aspirar a ser, al mismo tiempo, legítima, eficaz y respetuosa con los principios básicos de una justicia penal moderna.

3. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL: UNA VIDA DEDICADA A LA UNIVERSIDAD, UNA VIDA DEDICADA A LA SOCIEDAD

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
Catedrático de Derecho Penal
UPV/EHU

Gipuzkoano, políglota, trabajador infatigable, maestro, reconocido académica y socialmente, gran jurista, comprometido universitario, en todo su sentido, querido y respetado por los suyos y por los que no lo son y catedrático, todavía y para siempre.

Efectivamente, catedrático de Derecho Penal desde 1989, con apenas treinta y tres años, actual número 1 del escalafón, el profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi finaliza el bachiller con sobresaliente en el Colegio Católico de Santa María (Marianistas), primera obra de la Compañía de María fundada en España en 1887 en el barrio de Aiete de Donostia-San Sebastián, donde José Luis nace un 6 de noviembre de 1955. Se licencia con premio extraordinario (II premio nacional) en la Facultad de Derecho de San Sebastián (perteneciente entonces a la Universidad de Valladolid) y se doctora, *cum laude* y también con premio extraordinario, en la misma Facultad, aunque ya perteneciente a la nueva Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), creada como tal en 1980. Lo hace, no es casualidad, con un trabajo de investigación sobre el trabajo penitenciario resocializador que le dirigió Antonio Beristain Ipiña, su admirado maestro, y cuyo tribunal compondrían el propio Beristain, además de los profesores Muñoz Conde, García Val-

dés, Mir Puig y Leguina Villa. Entre la licenciatura y el doctorado, obtiene la Diplomatura en Criminología en la Universidad Complutense de Madrid.

José Luis entra en la Facultad de Derecho de San Sebastián en 1977 y fue transitando (lo que es la carrera universitaria) por las distintas categorías de Profesor ayudante, Becario del Ministerio de Educación y Ciencia, Adjunto interino, Titular numerario y finalmente Catedrático de Universidad, tras el concurso que tiene lugar ante un tribunal presidido por Antonio Beristain y del que también formaron parte José Luis Díez Ripollés (como secretario) y Rodrigo Fabio Suárez Montes, Lorenzo Morillas Cueva y José Ramón Casabó Ruiz, como vocales.

Como becario del Ministerio, y con la ayuda también del Consejo Británico, se formaría en Pau, Edimburgo, Lovaina y, fundamentalmente, en Friburgo, donde coincidiría con quienes serían sus grandes compañeros de viaje en la Universidad, los profesores Díez Ripollés y Carbonell Mateu, y donde también profundizaría posteriormente en su formación en numerosos períodos con ayudas y becas del Gobierno Vasco, la propia UPV/EHU y la Max-Planck Gesellschaft.

En distintas épocas, ha sido profesor tanto en la Facultad de Derecho (en Derecho, Criminología, doble grado ADE+Derecho, pregrados y postgrados) como en la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación, en la Escuela de Trabajo Social, en la Facultad de Farmacia y en las Aulas de la Experiencia, todas ellas de la UPV/EHU, pero también en la Université de Pau et des Pays de l'Adour, tanto en Derecho Penal, Parte General y Especial (hoy en día, en nuestra Facultad, Derecho Penal I, II y III) como en Derecho Penal del menor, Derecho Penal del ambiente, Delincuencia Juvenil, Globalización y sistema penal, Droit Comparé, Introducción a la Criminología, Droit International Pénal o Protection des victimes en Europe. Además de docente en el Campus Virtual, en numerosas materias. Su interés no solo por el derecho penal, sino también por la Criminología, por la Victimología y por el Derecho Penal internacional es una de sus señas de identidad.

A lo largo de su trayectoria universitaria, ha sostenido comunicaciones y ponencias, impartido conferencias, cursos y seminarios en casi todas las Universidades españolas, Instituciones, Centros y Academias jurídicas o de formación de referencia, pero también en Holanda, Austria, Brasil, la U.R.S.S., EE.UU, República checa, Francia, Alemania, Italia, Reino Unido, Hungría, China, Irán, Tailandia, México, Finlandia, Bélgica, Suiza, Croacia, Turquía, Cuba, Rumanía, Chipre, Japón, Grecia, Perú, Polonia, Ecuador, Portugal, Argentina, Chile, Colombia y Canadá. En español, inglés, francés, italiano, portugués y euskera. Detallar toda esta actividad sería excesivamente prolijo y,

con su espectacular currículum, innecesario, siendo como es la proyección internacional de su quehacer académico otra remarcable seña de identidad.

Por ello ha sido asimismo profesor invitado o visitante en las Universidades de Leuven, Pontificia Universidad Católica de Chile, de Pau y de los Países del Adour, de París XII, en la DePaul University, en la de Catania, en la Renmin University y en la Beijing Normal University.

Ha dirigido numerosos trabajos de fin de grado, de fin de máster, trabajos de doctorado y tesinas, así como las tesis doctorales de Isidoro Blanco (su primer discípulo y catedrático de la Universidad de Alicante), Gemma Varona, Virginia Mayordomo, Ángel Elías, Iñaki Subijana, Isabel Germán, Luz Muñoz, Isabel Trespaderne, Miren Odriozola, Ana Silvia Sanches, Leire Berasaluce e Izaskun Orbegozo.

Y ha organizado, presidido o coordinado infinidad de Cursos de extensión universitaria, Cursos de verano, Jornadas, Cursos internacionales, Cursos de formación, Programas de doctorado y Congresos nacionales e internacionales. De su reseñable actividad al frente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del Instituto Vasco de Criminología (IVAC/KREI) darán cuenta más adelante sus discípulos más cercanos.

También ha tenido una constante participación en tribunales académicos, de concursos a plazas, de defensa de tesis doctorales y en tareas de gestión vinculada a la excelencia y la acreditación universitaria como evaluador de ANECA, de la CNEAI, de UNIBASQ y de UNIQUAL.

Es miembro de Consejos de redacción, Consejos editoriales, Comités asesores y Comités de Honor de numerosas revistas científicas y ha sido, después de catorce años como subdirector, el director durante veinticuatro años de la revista Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (hoy, e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas), fundada en 1976 por Antonio Beristain y que hoy dirige su cercana colaboradora durante tantos años y primera de mis discípulas, la profesora Ana I. Pérez Machío, redactor jefe de la Revue Internationale de Droit Pénal y presidente del Editorial Board del International E-journal of Criminal Sciences del DMS International Research Center.

Es muy destacada asimismo su labor institucional, en muy diversos ámbitos de la sociedad vasca, pudiéndose citar, entre otras actividades, el ser o haber sido vocal cooperador de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Gipuzkoa, miembro del Patronato de la Fundación Gernika Gogoratz, miembro de la Junta Directiva del Orfeón Donostiarra, miembro del Patronato de la Fundación Bidetik, presidente de la Fundación Hurkoa, Miembro del Consorcio del Palacio Miramar, vicepresidente de la Sociedad de

Estudios Vascos/Eusko Ikaskuntza, miembro de la Academia de las Ciencias, Artes y Letras Jakiunde, amigo de número de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País o presidente del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo.

En la que ha sido la Universidad de toda su vida lo ha sido prácticamente todo, con una dedicación exclusiva siempre que le ha llevado a la responsabilidad de la gestión de distintos programas ERASMUS, SOCRATES y GLOBUS y de movilidad estudiantil o de cooperación universitaria (con universidades de Holanda, Bélgica, Italia, Francia, Reino Unido, Alemania y Canadá) y a ser presidente del Comité de Programa de los Cursos de la «Fundación de Cursos de Verano de la UPV/EHU», director del Departamento de Derecho Público, vicedecano de la Facultad de Derecho, presidente de la Ponencia Técnica para la elaboración de los Estatutos de la Universidad, presidente de la Comisión del Desarrollo Estatutario, presidente de la Ponencia del Campo de Ciencias Sociales y Jurídicas para el proceso de Adecuación de nuevos Planes de Estudio, miembro electo del Claustro Universitario, miembro de la Ponencia de Plan de Estudios de la Titulación de Licenciado en Derecho, miembro electo de la Junta de Gobierno de la Universidad por el colectivo de Directores de Departamento, miembro electo del Consejo Social, presidente del Consejo de Dirección del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales, miembro del Consejo Rector de la Fundación «Cursos de Verano», miembro de la Comisión Gestora de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, representante en la Comisión de seguimiento con Eusko Ikaskuntza, miembro del Comité Científico de la Cátedra «Miguel Sánchez Mazas» y miembro de la Red de Colaboradores de la Cátedra de Calidad (RC3). Además de, por supuesto, dejando la huella imborrable de su buen hacer, director del Instituto de Criminología (durante más de veintitrés años), vicerrector del Campus de Gipuzkoa (durante casi diez años) y director de los Cursos de Verano (durante siete años).

Y, fuera de ella, miembro del Consejo académico de la Cátedra Antonio Beristain de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», en la Universidad Carlos III de Madrid, miembro del Consejo Científico Asesor Internacional del Max-Planck für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg i. Br.), advisor professor en el Research Center of Criminal Jurisprudence de la Renmin University of China, advisor professor en el Institute for Criminal Science of Beijing Normal University, consultor internacional de la Comisión Permanente Latinoamericana para la elaboración del Proyecto de revisión y actualización de

las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Presos, miembro del Consejo de Dirección del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, miembro del Comité Consultivo Internacional del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho Penal Económico (CIIDPE) de Argentina, miembro del Jurado internacional del Premio Denis Carroll de la Société Internationale de Criminologie, experto del Consejo de Europa en el marco del Programa conjunto entre el Consejo de Europa y la Comisión Europea para Armenia sobre la ejecución de las sentencias de prisión en Armenia, miembro de la Comisión de Expertos para la definición del Centro para la Memoria de las Víctimas del Terrorismo, vicepresidente del Colloque préparatoire du XVI Congrès International de Droit Pénal de Nápoles «Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé», vicepresidente del Colloque des jeunes pénalistes de Siracusa sur «Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé», vicepresidente de la Sección I del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de Budapest «Los sistemas de justicia penal frente al desafío del crimen organizado», miembro del Comité científico de la International Conference on EU and US Strategies in Combatting Transnational Organized Crime en Ghent, evaluador de la actividad investigadora del Departamento de Criminología y de Derecho Penal de la Université Catholique de Louvain, miembro del Comité Científico del Congreso Penitenciario Internacional de Barcelona sobre La función social de la política penitenciaria, miembro del Advisory Group of Experts, Directorate-General Justice, Freedom and Security de la Comisión Europea y miembro del Comité Académico del Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Se le ha concedido, no solo por todo ello, pero también, la Encomienda de número de la Orden del Mérito Civil por el Ministerio de Asuntos Exteriores, es Socio de honor de la Sociedad Vasca de Victimología y «Enbaxadore» de Donostia-San Sebastián Turismo y Kursaal. Y, en el ámbito estrictamente académico, ha sido reconocido como doctor honoris causa, tanto en Rumanía (Universidad Alaexandru Ioan Cuza, Iasi) como en Perú (en la Universidad de Huánuco y en la Autónoma del Perú), también como profesor honorable de la Northwest University of Politics and Law de Xi'an (China) y con el reconocimiento institucional de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). Es presidente honorario (antes secretario general y presidente) de la Asociación Internacional de Derecho Penal, miembro de la Comisión Científica de la Sociedad Internacional de Criminología, miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología, miembro del Consejo Rector del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, miembro del Consejo de Administración del Instituto Superior Internacional de Ciencias Crimi-

nales de Siracusa, miembro del Comité Científico Internacional de la Red Académica Internacional Por la Abolición de la Pena Capital (REPECAP) y presidente de su Comité Científico en España, miembro del Comité Científico Internacional del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y, no podía ser de otra manera, Presidente del Comité de Honor del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, en la actualidad dirigido por su discípula Gemma Varona.

Su labor investigadora, como pondrán más adelante de relieve mis compañeras, es también espectacular.

Pero, al margen de datos y de cifras, José Luis, nuestro catedrático, es la persona conciliadora, integradora, servicial, a la que admiramos y en la que nos miramos. Un catedrático de Derecho Penal como se debe ser. Para su equipo, para sus compañeras y compañeros, para su Universidad.

A mí me acogió en su grupo de investigación, en «su» Instituto, hace ya mucho tiempo. No recuerdo de él una mala cara, un mal gesto, una respuesta inapropiada, un comportamiento desalentador. Al contrario. En todo lo que hacía, lo que hace, lo que trataba, lo que trata, era de sumar. Sumar como persona, dirigiendo desde la cercanía, y como catedrático, que nunca actuó como tal para imponer o para dejar de «tirar del carro». Por eso es una persona querida, por mí y por quienes le rodean y de ello da muestra el número de personas, de todos los lugares del mundo, que contribuyen a este Libro Homenaje. Y, al final, esto es lo que queda. Y de lo que José Luis, el catedrático y la persona, debe sentirse tremendamente orgulloso.

4. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA: COMPROMISO ÉTICO Y SOCIAL

FUNDACIÓN HURKOA

I. JUSTIFICACIÓN

Cuando desde el Instituto Vasco de Criminología se nos propuso colaborar en la publicación-homenaje a José Luis de la Cuesta, nos produjo gran satisfacción poder contribuir, desde nuestra perspectiva a dicha publicación, aclarando que nuestra aportación no podía ser en forma de artículo académico.

Más allá de su trabajo profesional como profesor universitario, cabe destacar su compromiso con la sociedad. Desde muy joven, fiel a sus valores cristianos, comenzó a participar como voluntario en diferentes asociaciones y fundaciones aportando su conocimiento, su sensibilidad, su sentido ético de la vida y su compromiso por colaborar en construir una sociedad mejor, más justa y que no olvida a las personas más vulnerables, más necesitadas.

Lo que exponemos a continuación tiene que ver con la trayectoria de José Luis en la Fundación Hurkoa, sus años de dedicación, su incansable trabajo y su compromiso, así como las aportaciones que durante todos estos años han permitido que nuestra institución haya crecido y desarrollado una atención de calidad a colectivos tan vulnerables como son el de las personas mayores y el de aquellas que sufren enfermedades mentales. Y para ello consideramos necesario exponer, a grandes rasgos, la evolución de Hurkoa desde su creación hasta la actualidad, ya que José Luis ha formado parte de la misma desde sus inicios.

II. LA FUNDACIÓN HURKOA

Hurkoa tiene su origen en el Programa de Atención a Personas Mayores de Cáritas Gipuzkoa que fue creado debido al aumento de la demanda de personas mayores que se encontraban en situación de dependencia, soledad y precariedad económica o que no tenían acceso a los servicios de atención más básicos, personas que iban envejeciendo y perdiendo su capacidad de gestión personal, en el sentido más amplio del término. Personas vulnerables e indefensas que recurrían a Cáritas y a quienes era preciso atender, también jurídicamente, para evitar abusos y tratos inadecuados. En ese momento, Cáritas recibía demandas de personas mayores en situación de vulnerabilidad, con necesidades que iban más allá de lo que los servicios sociales podían ofrecer.

Tras la reforma del Código Civil de 1983, se abrió la posibilidad de que no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas pudieran asumir la responsabilidad de ejercer una tutela. Cáritas de Donostia consideró preciso crear una institución que, con pleno respeto de la legalidad, permitiera encauzar adecuadamente la intervención asistencial sobre las personas mayores en situación de desamparo. Así pues, fruto de la experiencia y de la realidad de la demanda social, Hurkoa nació oficialmente de la mano de Cáritas Gipuzkoa, como fundación sin ánimo de lucro, el 20 de noviembre de 1990. Desde ese momento, José Luis formó parte de la Junta del Patronato.

El nacimiento de Hurkoa fue modesto, inicialmente atendía a poco más de diez personas del entorno de Cáritas con 2 personas voluntarias. Sin embargo, la propia evolución de la sociedad, el envejecimiento de la población y el valor de la labor desarrollada por Hurkoa, han hecho crecer de manera significativa el número de personas y familias a las que atiende hoy en día. Dada la experiencia en la tutela de personas mayores con deterioro cognitivo, Hurkoa quiso dar respuesta también a la demanda que le llegaba de personas con enfermedad mental también en situación de desamparo. Así, desde 1999 Hurkoa amplió su actuación a este colectivo y a sus familias. Esto ha hecho que la fundación haya ido evolucionando según las necesidades sociales y se haya convertido en una organización profesionalizada, que cuenta en la actualidad con un equipo interdisciplinar de 68 personas trabajadoras y 74 personas voluntarias que atienden a más de 750 personas y 200 familias anualmente.

Desde sus inicios, Hurkoa ha trabajado con una clara convicción: toda persona tiene derecho a ser cuidada, escuchada, respetada, más aún cuando sus circunstancias le sitúan en una posición de vulnerabilidad, de fragilidad. La organización ha sabido adaptarse a los cambios normativos, sociales y cultura-

les, y lo ha hecho siempre con una mirada ética y humanística, guiada por los valores cristianos, poniendo en el centro de su actividad a la persona.

Desde el comienzo uno de los pilares de su labor es el respeto a la autonomía personal. En ese sentido, ha sido pionera en la aplicación de nuevos modelos de apoyo que posteriormente han sido promovidos por la legislación más reciente, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, basada en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (diciembre de 2006). Un enfoque que prioriza el acompañamiento frente a la sustitución, el diálogo frente a la imposición y, por encima de todo, el respeto a la dignidad de la persona.

Hurkoa ha tratado siempre de responder a las personas que acompaña guiada por sus valores de acogida, honradez, mejora continua, participación y solidaridad. Esto es, estar abierta y ser respetuosa con las personas y sus circunstancias; actuar con coherencia y transparencia en la gestión, haciendo un uso adecuado de los recursos y la correspondiente rendición de cuentas; mantener una actitud de superación permanente y de innovación; potenciar el compromiso y la implicación de todas las personas, el trabajo en equipo, la coordinación y las alianzas con otras entidades; ser sensibles a las necesidades de las personas trabajadoras, voluntarias y a la sociedad en general, siempre de la mano y en colaboración con las instituciones.

Su misión, a día de hoy, es atender y acompañar a personas mayores o con trastorno mental en situación de discapacidad, dependencia, desprotección o fragilidad social promoviendo su autonomía y bienestar (así como el apoyo a sus familias) y asegurando la defensa de sus derechos, libertades y participación en la comunidad. Esto es, dar una respuesta integral a las necesidades de apoyo y acompañamiento de las personas atendidas desde un modelo de innovación social y excelencia que pone en el centro a la persona, su identidad y sus valores.

En la actualidad, la labor de Hurkoa se despliega a través de tres líneas principales de actuación: el servicio de Medidas de Apoyo (antes cargos tutelares) para personas mayores y/o con enfermedad mental en situación de desamparo o desprotección, el Centro de Día Nuestra Señora de las Mercedes y el programa de atención a la Fragilidad Social.

Las Medidas de Apoyo representan la respuesta a una necesidad social y aseguran el apoyo, en los ámbitos que cada persona precise, a quienes por su deterioro cognitivo o enfermedad mental han perdido la capacidad de actuar de manera autónoma.

Hurkoa garantiza en cada caso el mayor nivel de atención a las personas a quienes presta el apoyo que necesitan mediante el ejercicio de las medidas de apoyo

judiciales que le son encomendadas (defensa judicial, curatela asistencial o curatela representativa), al tiempo que asesora a las familias que buscan información y orientación para prestar ellas mismas ese apoyo a su familiar con discapacidad.

El Centro de día Nuestra Sra. de las Mercedes es un referente en el cuidado de personas mayores dependientes en Gipuzkoa. Ofrece una atención personalizada para responder a las necesidades de cada persona usuaria, cuidando especialmente los aspectos físicos, emocionales, cognitivos y sociales. El centro dispone de 62 plazas concertadas con la Diputación Foral de Gipuzkoa entre semana y 45 los fines de semana, siendo uno de los primeros centros que abrió sus puertas en Gipuzkoa y también uno de los primeros en ofrecer servicio los fines de semana.

El Programa de atención a la Fragilidad es una iniciativa desarrollada por Hurkoa para atender a personas mayores en situación de fragilidad social, que viven solas en su domicilio, pero que requieren de apoyo para satisfacer algunas de sus necesidades y mantener su autonomía personal.

La fragilidad social es frecuente en las personas mayores y las coloca en una situación de vulnerabilidad y en riesgo de desarrollar un deterioro funcional que puede derivar en una situación de dependencia. En definitiva, aumenta la vulnerabilidad ante enfermedades, caídas, discapacidad, condicionantes sociales y asistenciales. Por ello, es fundamental su valoración e intervención temprana, convirtiéndose, de este modo, en uno de los ejes principales dentro de la atención a las personas mayores.

Desde la labor diaria desarrollada por la organización, se constataba la existencia de personas, que, sin estar en situación de ser sujetos de incapacitación, se encontraban en situación de riesgo, de vulnerabilidad, con necesidad de apoyo para la realización de las tareas de la vida diaria. Este programa responde al reto de mejorar la calidad de vida de las personas que desean seguir viviendo en su barrio y en su propia casa.

Este trabajo ha dado lugar a la puesta en marcha de un programa de atención a la fragilidad, HAUSKOR, que actualmente se está desarrollando en colaboración con la Fundación ADINBERRI de la Diputación Foral de Gipuzkoa en los municipios de Pasaia y Azkoitia, mediante sendos acuerdos con sus ayuntamientos y en colaboración con los servicios sociales de base.

III. APORTACIONES DE JOSÉ LUIS A HURKOA

Una Fundación como Hurkoa, que nació de forma humilde, no podría haber llegado a estos niveles de desarrollo y crecimiento si no hubiera sido por

el trabajo, la entrega y el compromiso de José Luis de la Cuesta. Podemos decir, sin caer en falsas complacencias, que José Luis ha sido el «alma mater» de toda la evolución de la fundación.

Cuando en 1990, el entonces director de Cáritas, José María Segura, propuso la creación de la Fundación y se conformó la primera Junta del Patronato, José Luis, fiel a sus valores cristianos y con la firme voluntad de aportar su conocimiento y entrega, entró a formar parte de ella. Desde entonces, y fundamentalmente desde que asumió su presidencia, ha contribuido en gran medida a dar forma a la estructura de Hurkoa, creando un equipo humano fuerte, multidisciplinar y comprometido.

Varias han sido las inquietudes que le han movido siempre a la hora de dirigir la institución. Como aspectos más relevantes podemos destacar los siguientes:

- Una de sus aspiraciones ha sido configurar una Junta del Patronato con personas que compartan los valores de la Fundación y asuman el compromiso de aportar, desde su experiencia personal, valor añadido a la misión de la organización. En ese sentido, ha conformado un equipo multidisciplinar de personas que, más allá de ser miembros del Patronato, se implican activamente en el desarrollo de la institución.

- Otro de sus retos ha sido realizar una gestión de calidad transparente y eficiente. Para ello, se ha formado al personal en los sistemas de Gestión de Calidad Total actualmente en boga en el ámbito de la gestión (liderazgo, gestión por procesos y trabajo en equipo). En esa línea, el Centro de Día tiene la certificación ISO 9001:2015 desde el año 2007. En el área de las Medidas de Apoyo, se está trabajando en colaboración con el grupo Develop, habiendo conseguido en noviembre de 2021 la certificación 3 estrellas como «reconocimiento a la gestión y al compromiso social».

- Asimismo, ha trabajado para que la Fundación sea autónoma económicamente. Si en un principio dependía de la aportación de Cáritas, en el transcurso de estos años ha llegado a ser independiente de ella. Esto ha sido posible gracias a la idea clara que siempre ha tenido José Luis de que la labor de Hurkoa ha de estar alineada con las instituciones públicas (Gobierno Vasco, Diputación Foral, Ayuntamientos) y ha de establecer alianzas con otras instituciones.

- Otra de las inquietudes que ha guiado su presidencia ha sido la apuesta por la innovación. Potenciar el análisis y la reflexión en aras de proporcionar un servicio de calidad a las personas atendidas evitando caer en la rutina. Para ello ha potenciado dos líneas importantes de trabajo. Por una parte, la organización de jornadas y cursos en colaboración con diferentes instituciones, entre

ellas la universidad y, por otra, el establecimiento de alianzas con diferentes entidades del sector.

En los más de 35 años de existencia de Hurkoa, se han organizado más de una quincena de Cursos y Jornadas.

Entre las jornadas más relevantes cabe señalar:

- La primera, organizada en el año 2000 bajo el título de «Tutela de personas incapacitadas: legislación, experiencias y perspectivas de futuro».
- En 2010, «La tutela a debate: Reforma legislativa y valoración de la capacidad en el XX aniversario de Hurkoa».
- En 2016, «Centros de día: más que cuidar y acompañar».
- En 2019, con el Instituto Vasco de Criminología, «Una realidad invisible: Personas mayores en situación de fragilidad. Acompañamiento y prevención del abuso».
- En 2023, «2 años después de la Ley de apoyo a la discapacidad ¿qué ha cambiado?».

Así como los cursos de verano de EHU:

- 2004, con el Instituto Vasco de Criminología, «El maltrato de personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar».
- 2013, en colaboración con la Diputación Foral de Gipuzkoa y Sargi (Asociación de entidades sociales de Gipuzkoa), «Atención a personas con enfermedad mental en riesgo de desamparo».
- 2021, coincidiendo exactamente con la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, «Nuevos mecanismos de apoyo de las personas con discapacidad: reforma civil y procesal».

Y un congreso estatal en 2006 con Atzegi y Diputación Foral de Gipuzkoa, «La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo».

Otra línea de trabajo de innovación y alianza ha sido la desarrollada con el Gobierno Vasco a través del Departamento de Empleo y Políticas Sociales que ha financiado varios estudios sobre Fragilidad. Cabe citar entre ellos, el «Informe del Proyecto de Fragilidad» 2017, así como el estudio sobre la «La Fragilidad de las personas mayores en Gipuzkoa» 2018 en colaboración con la consultora IKEI y la herramienta BATURAN 2022 para la medición de la Fra-

gilidad social de las personas mayores en colaboración con la Universidad de Deusto. Estos estudios han dado lugar a la creación del programa HAUSKOR.

Igualmente José Luis ha impulsado el establecimiento de alianzas con diferentes entidades del ámbito social como Fundación Matía, con quien Hurkoa comparte un Comité de Ética en Intervención Social para ambas entidades y en algunos proyectos de innovación social. También con Nagusilan, para la colaboración y participación de personas voluntarias que acompañan a las personas usuarias en algunas actividades y otras entidades del sector.

Hurkoa participa activamente en la coordinación, a nivel estatal, de organizaciones que desempeñan su labor en el ámbito de las medidas de apoyo. Mantiene estrecha relación con ellas, además de con la Unidad de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía General del Estado.

Destaca también su empeño en el respeto a la legalidad y el compromiso ético. Desde su posición, como gran conocedor del Derecho, una de sus inquietudes ha sido que Hurkoa sea fiel a sus valores y respetuosa con la legalidad vigente, lo que requiere un esfuerzo constante por respetar la ética institucional y estar al día de todas las modificaciones legales. En consecuencia, en el año 2022 se aprueba en la Junta del Patronato el «Plan de Cumplimiento Corporativo y de Prevención de riesgos penales» y se crea un comité encargado de su difusión y de su seguimiento.

En cualquier caso, si hay algo que pueda subrayarse, sobre todo, de la labor de José Luis en Hurkoa es, sin duda, su entrega, su trabajo, su constancia, su accesibilidad y la confianza que ha generado en toda la organización.

Esa gran labor que ha realizado a lo largo de todos estos años ha supuesto que Hurkoa se haya convertido en una organización referente en Gipuzkoa, tanto por la muy buena consideración que tiene el Centro de Día Nuestra Señora de las Mercedes, como por ser referencia obligada en el área de las medidas de apoyo y de la fragilidad social.

Han sido muchos años de trabajo continuo y callado que se han materializado en un proyecto consolidado, respetuoso con las personas atendidas, comprometido con la sociedad a la que ofrece un servicio importante y reconocido por las instituciones con las que se colabora activamente, que ha sabido ser fiel a sus principios fundacionales y que ha tenido el interés y la capacidad de configurar un equipo humano multidisciplinar, que fiel a esos principios, continúa su labor cotidiana en la senda que José Luis ha sabido marcar.

5. LA DIRECCIÓN DEL PROF. DR. DR. H. C. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA EN EL IVAC: RIGOR Y HOSPITALIDAD

INMACULADA IRAOLA

Con motivo del merecido homenaje que se tributa al Prof. Dr. Dr. h. c. D. José Luis de la Cuesta, me brindan la agradable ocasión de repasar algunos recuerdos vividos en la Secretaría del Instituto Vasco de Criminología entre 1983 y 2012. Los primeros años bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. D. Antonio Beristain y a partir del 2000 bajo su dirección.

Al asumir esta nueva responsabilidad como Director, el Prof. José Luis de la Cuesta nos recordó el deber de seguir convirtiendo cada tarea administrativa en un acto de hospitalidad académica. Con esa premisa y en el desarrollo de las múltiples actividades organizadas desde el Instituto Vasco de Criminología bastaba recordar esas palabras para trabajar sabiendo que «la dignidad humana era –y seguía siendo– la brújula».

A lo largo de estos casi treinta años, las actividades del Instituto se expandieron de forma extraordinaria, celebrando:

- Congresos que reunieron a destacadas personalidades de referencia nacional e internacional;
- La revista *Eguzkilore* consolidó su cita anual;
- Impartición de docencia en el Máster y Diploma Superior de Criminología que atrajo a sucesivas generaciones de estudiantes;
- Se impulsaron cursos monográficos en ámbitos tan diversos como: atención a víctimas, justicia restaurativa, inmigración, pena de muerte, meno-

res infractores, mediación, etc. No faltaron la celebración anual de Jornadas Penitenciarias Vasco Navarras. También se llevaron a cabo importantes investigaciones de carácter multidisciplinar, así como enriquecedoras alianzas internacionales.

– Participación, siempre rigurosa, en los Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, de los que también fuiste Director asumiendo con un rigor incontestable ambas responsabilidades.

Cada una de estas iniciativas mencionadas contó con la combinación de exigencia y cercanía que caracterizan al Profesor De la Cuesta, forjada también en sus estancias académicas en Max-Planck Institut (Friburgo-Alemania), Universidad Católica de Lovaina, Universidad de Edimburgo, Universidad de Pau y de Países del Adour (Francia), Center for Judicial Studies, National Judicial College y Universidad de Reno (USA).

Cuando se repasa tan intensa actividad, se agolpan los recuerdos de momentos intensos:

– La defensa para la obtención de su cátedra de Derecho Penal.
– El nombramiento en 2004 como presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. En ese acontecimiento el profesor Antonio Beristain dedicó un sentido artículo (¹) del que extraigo uno de sus párrafos que define, no solo la pasión del Prof. De la Cuesta por la Universidad, por el derecho penal, sino también su bonhomía:

« ...Con estas líneas deseo unirme públicamente a la felicitación de los congresistas al Presidente electo. Todos –y más quienes tenemos la suerte de vivir cerca de él– sabemos que José Luis de la Cuesta reúne cualidades extraordinarias para dirigir nuestra Asociación.

Le admiramos como investigador, escritor y pedagogo del derecho penal, como propulsor generoso de todas las actividades de la A.I.D.P., como catalizador infatigable de multidisciplinarias relaciones internacionales, como altruista "buen samaritano" de las víctimas del delito y del abuso de poder (Declaración de las NN.UU. de 29 de noviembre de 1985, y Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, de 18 de enero de 2000, sobre "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales")...»

¹ *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004

– Premio Euskadi de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades (2009).

– En la actualidad ya son tres sus Doctorados Honoris Causa: El emocionante primer Doctorado Honoris Causa en la Universidad Alexandru Ioan Cuza (Iasi, Rumania: 2011), al que tuve el privilegio de asistir con un grupo de Profesores, el de la Universidad de Huánuco (Perú: 2017) y el de la Universidad Autónoma del Perú (Lima, Perú: 2019).

– La aprobación como Grado de los estudios de Criminología.

Ahora, mientras redacto estas líneas que depositaré con gratitud en el libro que los colegas y amigos te ofrecerán, pienso en el futuro: te jubilas de la dirección, pero sigues siendo Presidente de Honor, y sé que no dejas de ser faro, por la convicción de que el conocimiento solo es fecundo cuando se pone al servicio de los demás y con la tranquilidad de que la nueva Directora del Instituto, y Presidenta de la Sociedad Mundial de Victimología, profesora Dra. Gema Varona, encuentra una estructura sólida.

Un legado de continuidad que servirá, no solo, para celebrar lo alcanzado, sino también para recordar que seguirá iluminando el camino de quienes, dentro y fuera del Instituto Vasco de Criminología, creemos en la Justicia como servicio, mirando al delito desde los ojos de la víctima y ampliando la dogmática penal desde el Principio de Humanidad. Tu ejemplo permanecerá vivo en las aulas, en los seminarios, y en cada proyecto que ponga a la persona en el centro.

Gracias José Luis, por la confianza, escucha, complicidad y el ejemplo; gracias por haber hecho de esta secretaría un testigo privilegiado del trabajo bien hecho. Que los libros, la música y los largos paseos acompañen un nuevo tramo del camino que hoy estrenas.

Con un abrazo lleno de gratitud.

6. LO QUE SIEMBRES, ESO RECOGERÁS

VIRGINIA MAYORDOMO RODRIGO
Profesora Titular de Derecho Penal
UPV/EHU

Hace ya algún tiempo imaginé las palabras que, llegado el día, dedicaría a José Luis de la Cuesta. Pensé en expresiones de afecto y reconocimiento que pudiera escribir sobre él. Ese momento ha llegado. Sin embargo, él sabe bien que en mi vida hay un episodio profundamente doloroso cuya huella permanece. Desde entonces, las palabras –y, sobre todo, los elogios– no acuden con la misma facilidad.

He tenido una gran suerte en mi vida académica y profesional: la de contar cerca con una persona de gran valor intelectual y humano, respetada y apreciada por cuantos la conocen. Soy consciente de que buena parte de los logros que yo he podido ir alcanzando en el ámbito profesional difícilmente se habrían materializado sin la guía de José Luis y sin mi pertenencia al Instituto Vasco de Criminología, del que han surgido muchas de las iniciativas que él ha sabido impulsar y liderar y de las que se me ha permitido participar.

Dirigió mi tesis doctoral sobre *Aspectos victimológicos, criminológicos y jurídicos en el ámbito familiar*. Aún recuerdo el nerviosismo con el que esperaba la revisión de mi primer borrador, así como la alegría –años después– cuando, al llegar a la página 876 del manuscrito, cerró el trabajo con un sonriente «¡perfecto!» que todavía hoy evoco con satisfacción.

Facilitó, junto con Antonio Beristain, mi andadura por la carrera universitaria desde el primer día, depositando en mí una confianza que ojalá haya llegado a merecer. Desde el año 2000 a 2012 conocí, como Secretaria Acadé-

mica, más de cerca la interesante actividad docente e investigadora del Instituto Vasco de Criminología, del que fue director desde el fallecimiento del profesor Beristain el año 1999. Una tarea muy exigente y difícil en ocasiones, que desempeñó con mucho acierto.

Me animó con firmeza a presentarme a la oposición a Profesora Titular cuando yo pensaba posponerla unos meses para disponer de más tiempo. Recuerdo que me insistía en que las decisiones, una vez tomadas, deben llevarse a término cuanto antes. Afortunadamente seguí su consejo, pues poco después el país quedó paralizado durante meses como consecuencia de la pandemia de la COVID-19.

Volviendo a su trayectoria –en lo que yo más de cerca he podido conocer– pocos meses después de fallecer el Prof. Beristain, José Luis pensó en la creación de una Cátedra que llevara su nombre, con el objetivo de perpetuar su memoria y dar a conocer la ingente labor investigadora y humana del maestro. Al mismo tiempo, planteó la instauración del «Premio de investigación victimológica Antonio Beristain», iniciativa que fue muy bien acogida. De este modo, el Instituto Vasco de Criminología reconoce trabajos científicos de especial relevancia en el ámbito de la Victimología, a la vez que rinde homenaje a la figura del profesor Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain, catedrático de Derecho Penal y fundador del Instituto, por su contribución excepcional a esta materia.

A partir de la constitución de la Cátedra (2000) se vienen celebrando anualmente los «Encuentros Victimológicos en memoria del profesor Antonio Beristain», en los que se abordan distintos aspectos del ámbito victimológico. Son jornadas abiertas y a ellas acude con especial interés el alumnado del Grado de Criminología.

Especialmente orgullosas nos sentimos, quienes formamos parte de la Cátedra, de haber podido dar voz a las víctimas del terrorismo, participantes en algunas de las jornadas como ponentes. Por desgracia, es algo inusual en nuestra Universidad del País Vasco.

Por ilustrar, éstos han sido algunos de los temas abordados:

- *Hacia una Justicia Victimal en el derecho penal y en el ámbito internacional*
- *Tutela judicial efectiva frente a la impunidad*
- *Miradas victimológicas sobre el nuevo Código penal y el Estatuto de la víctima*
- *Victimización sexual y tabúes sociales: ¿Qué necesitan las víctimas y cómo responde la administración de justicia penal a sus derechos y necesidades?»*

– *El papel de las víctimas en la prevención de la radicalización y la deslegitimación del terrorismo y otros delitos violentos. Iniciativas y políticas europeas en un mundo globalizado»*

– *Retos de la Victimología: acompañamientos comprometidos.*

– *Víctimas y derechos humanos: ¿cómo percibe la sociedad las experiencias de victimización?*

– *Contrastando los mitos sobre las víctimas en la sociedad»*

– *Justicia restaurativa intergeneracional*

– *Victimización en contextos organizacionales e institucionales*

En cuanto a las actividades formativas promovidas por José Luis, además de consolidar la formación continua en estudios de Criminología (Diploma, Máster, Título propio de Detective Privado, curso complementario sobre mediación, así como diversos Cursos de Verano vinculados a temáticas criminológicas), resulta especialmente destacable su contribución a la creación y desarrollo del Curso Posgrado de la UPV/EHU «Trabajar con Víctimas de Experiencias Traumáticas». Este programa constituye uno de los hitos más significativos de su apuesta por una Criminología centrada en las personas y se presenta como una iniciativa pionera, concebida para ofrecer una formación especializada, interdisciplinar y rigurosa en el ámbito de los derechos, la protección y la atención integral a las víctimas.

Fue ideado y diseñado por él y por Enrique Echeburúa (en la actualidad catedrático emérito de Psicología en la UPV/EHU). Inició su andadura el curso 2007-2008 en su modalidad presencial pero con el transcurso de los años, las dos codirectoras posteriores creímos conveniente que adoptara la modalidad *online* con el fin de permitir que el alumnado de otras zonas de España e, incluso, del extranjero pudieran cursarlo. En él participan más de 30 docentes expertos en Derecho, Criminología, Victimología, Psicología, Medicina, así como miembros de cuerpos policiales, lo que permite al alumnado recibir una formación sobre la materia objeto de estudio multidisciplinar, con un análisis exhaustivo. A día de hoy continúa, con una matrícula exitosa.

En cuanto a los numerosos reconocimientos y galardones que ha recibido, únicamente me voy a referir a aquellos a los que asistimos, junto con otros compañeros de la facultad, compartiendo momentos muy gratificantes para él. Celebramos en Estambul, en septiembre 2009, su reelección como Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Asimismo, su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Alexandru Ioan Cuza, en Iasi (Rumania), el 28 octubre 2011.

Su compromiso y la trayectoria con las ciencias criminológicas y victimológicas encontraron su máximo reconocimiento en la concesión del Premio Euskadi de Investigación del Gobierno Vasco en el año 2010 en Vitoria, donde le acompañamos en aquel emotivo evento.

Como importantes también, quiero referirme a estos últimos años en la facultad. Son muy agradables los momentos que compartimos José Luis, Ana, Miren y yo en esas pausas que buscamos para charlar un rato. No nos ocupan ni mucho menos conversaciones sobre el Derecho Penal sino asuntos más personales, pero no menos importantes. Es verdad que a veces también aprovechamos esos ratos para plantearnos/le alguna cuestión sobre nuestra asignatura...

«Lo que siembres, eso recogerás». Así dice la lectura de Gálatas 6, 7-9. Esto es casi siempre así... No hay ninguna duda de que José Luis ha sabido sembrar mucho y bueno para que la recolección sea tan grande y fructífera. Se concita ahora en torno a él un aluvión de sentimientos manifestados en sinceras palabras de elogio, agradecimiento, reconocimiento, admiración. Pero tal vez, al volver él la vista atrás, podrá pensar que todo su trayecto vital no ha sido ni tan luminoso ni sencillo y también ha estado lleno de esfuerzo y sacrificio. Precisamente por ello el fruto obtenido adquiere mayor valor.

Agradezco sinceramente el tiempo y esfuerzo que dedicó a ayudarme en mi carrera universitaria. Y el plano personal también es muy importante. Además de maestro, es compañero de área y también amigo. Hemos hablado de lo divino (*sic*) y de lo humano. Siento por él cariño y agradecimiento. A estas alturas de mi vida, creo que los sentimientos no tienen por qué ocultarse, sobre todo si son positivos.

7. TRIBUTE TO PROF. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

ALFREDO NUNZI

Head of Department Institutional & Legal Affairs

Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi has long been an important figure in contemporary criminal law, recognised for his careful research, institutional leadership, and lasting contributions. As Professor of Criminal Law at the University of the Basque Country and former Director of the Basque Institute of Criminology, he has played an important role in shaping academic debates within this discipline. His time as President of the International Association of Penal Law (AIDP) further shows his commitment to advancing international discussions on criminology and criminal law.

Among his many lines of research, two are especially relevant for the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol): the challenges posed by technological transformation, particularly the rise of Artificial Intelligence, and the multi-layered, systemic nature of corruption. In his work on AI, Prof. de la Cuesta Arzamendi examined how increasingly autonomous digital systems blur traditional ideas of behaviour and accountability, pushing criminal law to adapt to situations in which human agency becomes harder to trace. Meanwhile, his long-standing research on corruption illustrates how it weakens democratic institutions, undermines public trust, and facilitates organised crime through networks that often stay out of sight.

For Europol, which works in precisely the space where organised crime, technology, and complex regulations intersect, his research offers a valuable conceptual perspective. It helps clarify the underlying structures behind many

of the threats addressed in Europol's flagship products, such as SOCTA ¹, TE-SAT ², and EFECTA ³, while also informing discussions on how criminal policy must change in the face of rapid technological change. His contributions continue to shape how we think about criminal responsibility, institutional resilience, and the broader challenges confronting modern societies.

The following sections explore these two central areas of his scholarship, looking at why they matter for law enforcement today and how Prof. De la Cuesta Arzamendi's insights continue to guide our understanding of emerging threats and the foundations required to address them.

I. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS IMPACT ON CRIMINALITY

In his paper *Artificial Intelligence and Criminal Liability: General and Special Issues from the Perspective of the International Association of Criminal Law*, Prof. de la Cuesta Arzamendi analyses how the rapid integration of AI into society is reshaping the core principles of criminal law. Drawing on the collective work of the AIDP, he explores both general principles and specific cases involving AI and liability, stressing the need for legal frameworks to adapt.

Traditional elements of criminal liability –*actus reus*, *mens rea*, and *causation*– were designed for human actors, not for autonomous systems. Yet, as AI systems operate with increasing independence, it becomes harder to trace where human responsibility begins and ends. When harm is caused by self-learning algorithms, autonomous vehicles, or predictive models, determining who should be held accountable is no longer straightforward. This is what he describes as a «responsibility gap», where existing frameworks struggle to attribute whether liability should fall on developers, operators, or end-users.

An important aspect of his scholarship explores whether, in certain circumstances, AI systems could be recognised as legal entities, similar to corporations, capable of bearing certain forms of liability. While this approach could address the responsibility gap to some extent, it raises complex questions about the nature and purpose of criminal responsibility when applied to non-human actors. His work therefore underscores that, although criminal law must re-

¹ European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment.

² European Union Terrorism Situation and Trend.

³ European Financial and Economic Crime Threat Assessment.

main grounded in its foundational principles, those principles need to be read in light of the ways AI is shaping human behaviour and decisions.

Beyond liability, de la Cuesta Arzamendi also looks at how AI can be both a tool and a target of criminal activity. AI systems may facilitate crimes such as automated phishing, algorithmic manipulation, or large-scale fraud. At the same time, AI itself can be tampered with, for example, through hacking, corruption, or exploitation, leading to harmful outcomes without direct human intervention. This makes it harder to apply traditional criminal law to these cases and emphasises the need for enhanced regulatory instruments, and stronger international cooperation.

These insights are particularly relevant for Europol, which sits at the heart of the European security architecture. With a mandate to support Member States in preventing and combating serious and organised crime, cybercrime, and terrorism, the Agency is at the forefront of responding to AI-driven criminal phenomena. As an expert centre for law enforcement and a hub for information, Europol's flagship products acknowledge how strongly AI is reshaping both criminal behaviour and law enforcement research capabilities.

Europol's *European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment* (EU-SOCTA) – the agency's most detailed and forward-looking study of its kind – identifies AI and emerging technologies as one of the three defining pillars of today's criminal situation, alongside the destabilisation of society and the migration of criminal activity online⁴. The 2025 edition stresses criminal networks' remarkable ability to adopt new technologies rapidly⁵. AI has made sophisticated criminal activities far more accessible and adaptable, enabling individuals with minimal technical expertise to carry out techniques like phishing, identity theft, or online fraud. Services such as ransomware-as-a-service and DDoS attacks, are increasingly offered on dark web marketplaces, where automation through AI improves efficiency and reduces operational risk.

The report also notes the growing use of deepfake technologies in scams and disinformation campaigns. Highly realistic audio and video impersonations allow criminals to manipulate victims, influence public opinion, and get around verification processes⁶. AI-generated child sexual exploitation material and AI assisted forgery of pharmaceuticals, firearms, and identification documents further illustrate the technology's misuse⁷. AI also facilitates online

⁴ EU-SOCTA 2025, Foreword, pp. 6.

⁵ EU-SOCTA 2025, pp. 19.

⁶ EU-SOCTA 2025, pp. 43.

⁷ EU-SOCTA 2025, pp. 71.

fraud through language models that create convincing messages and personas, through audio deepfakes that impersonate executives or family members. These developments are closely tied to financial crime, where cryptocurrencies and decentralised finance platforms give criminals new ways to launder money and obscure illicit profits through concealed and automated transactions. Criminals exploit these digital channels to run parallel financial systems that evade regulatory oversight, often blending operations with seemingly legal businesses and shell companies.

The EU-SOCTA 2025 also describes a hybrid threat model, where organised crime intersects with state or geopolitical actors. Cyberattacks, influence campaigns, and sabotage of critical infrastructure are prime examples of how criminal and political motives may coexist, aiming not only for financial gain but also to destabilise institutions and erode democratic trust.

Today, serious and organised crime is digitally enabled at every stage of the criminal process. The combination of anonymity, automation, and borderless technology has given criminals unprecedented reach, scale, and impunity. This evolution has blurred the lines between cybercrime, traditional organised crime, and even political interference, creating a threat environment that is more complex and unpredictable than before.

To respond to these challenges, the report calls for deeper cooperation between law enforcement, cybersecurity experts, financial institutions, and policymakers. It also stresses the need for better digital forensics capabilities, especially in detecting deepfakes and encrypted communications, alongside regulation in areas such as cryptocurrency and AI development. Public awareness campaigns are also emphasized for helping people spot and avoid AI-driven scams.

Europol's operational work mirrors these strategic findings. The Agency's commitment to staying at the forefront of law enforcement innovation is essential as emerging technologies become increasingly central to criminal activity. Europol has carried out numerous high-impact cybercrime operations, most notably Operation Sky ECC⁸. This large-scale operation involves several agencies globally and targets the encrypted communication platform Sky ECC. This subscription-based messaging service provided end-to-end encryption and quickly became a key instrument for criminal activities like drug trafficking, money laundering and the distribution of child sexual abuse material. Launched in March 2021, the operation remains ongoing, with authorities from France, Netherlands and Belgium, under the direction of Europol.

⁸ <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/operations/operation-sky-ecc>

Although Sky ECC was shutdown back then, hundreds of millions of encrypted messages continue to offer valuable information about the operational structure and international connections of criminal networks. OP Sky ECC, part of the larger Operational Task Force (OTF) LIMIT, aims at gathering and validating intelligence from the platform's records, allowing for the covert surveillance of important criminal targets.

Complementing the EU-SOCTA, another important flagship report created by Europol is the *European Union Terrorism Situation and Trend* report (EU TE-SAT), which provides a detailed overview of the terrorism situation within the EU. The latest edition, published in June 2025, highlights the growing threat posed by AI and emerging technologies in the context of online propaganda. The use of generative AI to create and disseminate extremist content has reached unprecedented levels, particularly in the right-wing extremist communities. Radicalised individuals can now quickly generate propaganda, often evading content moderation mechanisms (e.g., via jailbreaking). AI tools, including large language models (LLMs) and deepfake technology, enable the creation of highly persuasive and deceptive materials that are often shared across different languages and platforms⁹.

In 2024, much of the online extremist content focused on past terrorist attacks, including livestreams, images of the perpetrators, and manifestos. There was also an increase in the circulation of material relating to school shootings outside the EU, with minors and young adults increasingly sharing information about attackers, their motivations, and in some cases, threatening to carry out similar acts themselves¹⁰.

On May 27, 2025, Europol coordinated a Referral Action Day (RAD) focused on minors' exploitation and radicalisation online. During this action day, more than 2,000 links to jihadist and right-wing violent extremist propaganda targeting minors were referred for removal. This action came just weeks after Europol launched a new Operational Taskforce aimed at tackling the rising trend of young people being recruited into serious and organised crime. Recent data reveals that minors are now involved in over 70% of criminal markets, underscoring the importance of protecting children from exploitation by criminal networks¹¹.

Terrorist organisations and their online supporters have continued to adapt their recruitment strategies, tailoring messages and using new technolo-

⁹ EU TE-SAT 2025, pp. 12.

¹⁰ EU TE-SAT 2025, pp. 39.

¹¹ <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/europol-coordinates-operation-against-terrorist-content-online-targeting-minors>

gies and platforms to influence minors. Content identified during the RAD included images and videos of children alongside extremist messaging, as well as materials offering guidance to radicalised parents on how to raise future jihadists. A notable trend is the use of AI to generate content, like images, text, and videos, specially tailored to appeal to younger audiences. Propagandists increasingly rely on short videos, memes, and other visual formats, often incorporating gaming elements combined with terrorist audio-visual materials to make the content more appealing and accessible to minors.

Another concerning tactic is the glorification of minors involved in terrorist attacks. Propaganda predominantly targets male minors, portraying them as «warriors» or the «hope» of society to attract them into extremist groups. Female minors appear less frequently in such content, and when they do, they are often depicted in roles focused on raising and indoctrinating future «fighters.» Another worrying technique is the use of victimhood narratives, particularly imagery of wounded or killed children in conflict zones. These materials serve to foster emotional identification while simultaneously inciting desires for retaliation and further violence.

Throughout 2024, EU Member States' law enforcement authorities contributed to a significant number of terrorism-related investigations involving minors. Europol's European Counter Terrorism Centre continues to support Member States in preventing and investigating the online dissemination of terrorist content, striving to ensure a safer cyberspace for European citizens.

A third important flagship report produced by Europol is the *European Financial and Economic Crime Threat Assessment* (EFECTA), first launched in 2023. This report looks closely at current and emerging threats related to financial and economic crime, drawing on insights and case examples from Europol's specialised crime centre. EFECTA analyses the evolving risks linked to money laundering, criminal finances, and corruption, highlighting the extent to which these issues have adapted to technological and geopolitical changes.

EFECTA 2023 shows both sides of the equation, in which technological innovation enables both more sophisticated criminal activity and more advanced law-enforcement responses. Criminals are increasingly exploiting AI, cryptocurrencies, and digital platforms to carry out more dynamic and harder to trace attacks, while financial institutions are deploying real-time AI tools, blockchain-based oversight, and more sophisticated transaction monitoring to counter these threats. A key trend highlighted in the report is the surge in AI-enabled phishing campaigns, which are becoming more convincing and perso-

nalised, often using deepfake audio and video to manipulate victims and bypass security mechanisms¹².

Criminals are also using generative AI to create fake identities and deepfake content, whether voice, video, or images, resulting in complex fraud, business email compromise, and biometric spoofing. These developments make it increasingly difficult for systems to verify identities reliably¹³. EFECTA stresses the need for digital defences to evolve in line with the increasing sophistication of cybercriminals, particularly areas such as phishing detection, crypto transparency, and identity verification to safeguard against emerging financial threats.

II. CORRUPTION AND ORGANISED CRIME

Corruption is a major threat to democratic governance, economic development, and public trust. Far from being limited to isolated acts of bribery or extortion, corruption is more and more a transnational phenomenon, linking organised crime, financial opacity, and the rapid dynamics of technological exploitation. In *Corruption in the Face of Law and Justice*, Prof. De la Cuesta Arzamendi describes corruption as a complex, multi-dimensional phenomenon, built on informal networks, clientelist relationships, and covert power structures¹⁴. His view of corruption as structural and evolving has been reflected in Europol's own strategic assessments.

Corruption undermines public trust precisely because it often takes place in the shadows of formal governance, shaping public decisions for private interests rather than legal or ethical reasons. When corruption becomes rooted in political structures, economic relations, or bureaucratic practices, it poses a direct threat to the rule of law. In such cases, organised crime no longer depends solely on illegal markets; instead, it can manipulate institutions, and secure impunity through compromised officials. In this sense, corruption today functions as a backbone for almost all major criminal networks, giving them the power, protection, and access they need to operate with continuity and relative ease.

As mentioned, Europol's EU-SOCTA report echoes this perspective, showing that serious and organised crime thrives on three interrelated pillars:

¹² EFECTA 2023, pp. 27.

¹³ EFECTA 2023, pp. 6.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La Corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley* n.º 8153, 2013, pp. 1-2.

destabilising society, exploiting online spaces, and using emerging technologies¹⁵. Within this framework, corruption is «embedded in the very DNA of organised crime» and serves as a means for criminal groups to consolidate power, evade justice, and expand their operations. Its destabilising effects are twofold: it makes criminal activities easier but also undermines social trust. Criminal networks rely on corrupt facilitators to get information, bypass controls, and shield themselves from prosecution. Without these connections, many criminal networks would find it difficult to sustain the level of continuity and territorial expansion they currently enjoy.

A key problem is that much of corruption is simply not visible. Its covert nature makes it inherently difficult to detect, creating what de la Cuesta Arzamendi refers to as a «vicious circle of distrust»: weak transparency, fragmented administration, limited judicial capacity, and insufficient protection for whistleblowers all allow corruption to flourish¹⁶. Europol notes that higher reporting or media coverage often indicates better detection, rather than more corruption.

The effects of corruption extend beyond institutional infiltration. Europol notes that criminal groups deliberately target public officials, regulators, financial actors, and anyone with access to sensitive digital systems. Once embedded, they can manipulate procurement, obstruct investigations, and even influence policy to serve their interests. In this sense, corruption and crime are mutually reinforcing, weakening the rule of law and sometimes allowing criminal networks to position themselves as alternative authorities, providing illicit services, economic support, or even parallel governance structures. Such developments constitute one of the most serious long-term threats to democratic resilience in the EU.

Technology has made these vulnerabilities even greater. The digitalisation of public procurement processes, online financial systems, and AI-driven processes create new opportunities for manipulation. Europol observes a growing trend towards digital corruption, where criminals target those who have access to digital infrastructures, exploit algorithmic, and use AI-generated documentation or synthetic identities to hide illicit activity. Automated fraud, encrypted platforms, and deepfake technologies make detection even harder. Prof. De la Cuesta Arzamendi notes how technological systems can create blind spots where corrupt practices thrive if oversight is weak.

This overlap of corruption and technology shows why tackling corruption is not just about prosecuting isolated crimes, it is about addressing the

¹⁵ EU-SOCTA 2025, pp. 10.

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La Corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley* n.º 8153, 2013, p. 3.

structural conditions that allow it to flourish. Prof. de la Cuesta Arzamendi advocates a holistic approach that targets corruption's political, economic, and administrative roots. Europol echoes this in its intelligence-led approach, which combines law enforcement, regulators, financial oversight, cybersecurity experts, and the private sector. At the same time, increasing reliance on private actors, including compliance officers, auditors, or digital forensic companies, raises questions about accountability and alignment with public interest. Therefore, anti-corruption efforts must stay transparent and democratic, even as they increasingly depend on private expertise.

Digitalisation continues to reshape corruption. The latest SOCTA describes corruption as adapting to digital governance by targeting individuals who have special access to digital systems, exploiting cyber vulnerabilities, and using encrypted channels to operate across borders¹⁷. Automated procurement systems, AI-supported decision-making, and blockchain-based financial processes, create new opportunities for manipulation, while cryptocurrencies, synthetic identities, and deepfake technologies provide tools for obscuring accountability.

In the coming years, corruption will likely continue to evolve as technology and institutional structures change, whether through AI-driven manipulation, more sophisticated digital intermediaries, or the growing role of specialised international brokers. These actors exploit digital vulnerabilities, target insiders in public and private systems, and integrate corruption into complex, service-based criminal models. Such developments underline the need for closer cooperation, improved data-sharing mechanisms, and stronger technological resilience in public institutions.

Prof. de la Cuesta Arzamendi's scholarship provides an analytical foundation for understanding these challenges. His work reminds us that fighting corruption is closely tied to defending democratic institutions and social trust. For Europol, his contributions offer both an analytical lens and a normative guide, emphasising the importance of robust institutions, transparent governance, and sustained international collaboration to confront one of Europe's most persistent and structurally embedded threats.

III. CONCLUSION

Throughout his academic career, Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi has returned again and again to the core questions that define contemporary

¹⁷ EU-SOCTA 2025, p. 23.

criminal policy. He was addressing these debates well before they became central to public debates, especially the ways in which technology, corruption, organised crime, and institutional governance challenge existing legal frameworks. His scholarship, deeply informed by comparative analysis and by his understanding of European and international frameworks, has often brought clarity to areas of legal uncertainty. He has grounded emerging debates in solid doctrinal reasoning while expanding their conceptual boundaries. The range of topics he has explored shows both his versatility and his ability to place criminal law within a wider socio and political context.

Equally significant is the influence of his work beyond academia. For policymakers, practitioners, and researchers alike, his work on corruption and on how criminal networks, governance gaps, and technological innovation interact, remains useful for understanding these issues today. In this sense, his work links theory and practice, offering institutions ways of understanding, preventing, and responding to threats that increasingly fall outside national borders and traditional legal categories.

Ultimately, what stands out most in Prof. de la Cuesta Arzamendi's work is his commitment to strengthening legal frameworks in support of democratic institutions and effective international cooperation. His scholarship continues to guide researchers, policymakers, and practitioners working at the intersection of law, security, and technology. Recognising his career is, therefore, both a recognition of his academic accomplishments and a testament to the lasting influence of his thinking on the development of criminal policy in Europe and beyond.

8. HUELLA, COMPROMISO Y EXCELENCIA: LA DIRECCIÓN DE JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI AL FRENTE DEL IVAC/KREI

ANA I. PÉREZ MACHÍO

Catedrática de Derecho Penal UPV/EHU

Investigadora IVAC/KREI

HELENE COLOMO IRAOLA

Profesora Ayudante Doctora (Acredit. Agregada) Derecho Penal UPV/EHU

Investigadora IVAC/KREI

Hablar de la historia y de la proyección del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC/KREI) es, en gran medida, hablar de la trayectoria y del compromiso del profesor De la Cuesta Arzamendi con la Criminología y la Victimología. Durante su prolongada etapa como director, el IVAC/KREI se consolidó como un referente en los ámbitos de la formación, la investigación criminológica y victimológica, y las relaciones institucionales.

I. FORMACIÓN

La aportación del profesor De la Cuesta Arzamendi a la dimensión formativa del IVAC/KREI constituyó uno de los pilares fundamentales de su dirección y una de las expresiones más visibles de su concepción de la Criminología y la Victimología como saber aplicado, crítico y comprometido con la sociedad.

Desde el inicio de su mandato, impulsó una política formativa amplia, plural y sostenida en el tiempo, orientada tanto a la comunidad universitaria como a profesionales del ámbito jurídico, social, policial y de las políticas públicas. Bajo su liderazgo, el Instituto se consolidó como un espacio de formación especializada que combinaba rigor académico, actualización permanente y sensibilidad hacia los problemas sociales emergentes, a través del desarrollo de seminarios, actividades formativas, congresos y jornadas científicas.

Por lo que respecta a los seminarios, el profesor De la Cuesta Arzamendi promovió un formato abierto y dinámico, el denominado «Seminario Permanente de Investigación», que, concebido como un lugar de encuentro para el debate interdisciplinar, se ha consolidado como un foro interno en el que las personas investigadoras integrantes de los distintos equipos de investigación del IVAC/KREI encuentran un espacio que fomenta el diálogo, la reflexión y el contraste de perspectivas sobre cuestiones centrales de la Criminología y la Victimología.

En cuanto a las actividades formativas, además de consolidar, a través de distintos cursos, la formación continua en estudios de Criminología (Diploma, Máster, Título propio de Detective Privado, curso complementario sobre mediación, así como diversos Cursos de Verano vinculados a temáticas criminológicas), resulta especialmente destacable su contribución al desarrollo del Posgrado en Victimología («Trabajar con Víctimas de Experiencias Traumáticas») y a la atención a las víctimas. Este programa constituye uno de los hitos más significativos de su apuesta por una Criminología centrada en las personas y se presenta como una iniciativa pionera, concebida para ofrecer una formación especializada, interdisciplinar y rigurosa en el ámbito de los derechos, la protección y la atención integral a las víctimas.

Especial relevancia adquirieron los Congresos Internacionales y las Jornadas Científicas organizados bajo su dirección, que situaron al IVAC/KREI como un referente en la organización de foros académicos de primer nivel, capaces de conectar la investigación criminológica con los debates sociales y políticos del momento. Entre ellos cabe destacar, a título ilustrativo, el Primer *Symposium* sobre «Políticas de reducción de riesgos: retos y futuro» (San Sebastián, 19-20 de diciembre de 2002); el LXVI Curso Internacional de Criminología «Justicia social y Derechos Humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad» (San Sebastián, 23-27 de junio de 2003); el primer número del *International E-Journal of Criminal Sciences* (2007); el VIII Congreso Español de Criminología «Convivencia, Libertad y Tolerancia» (San Sebastián, 19 de junio-11 de julio de 2011); la *12th Annual Conference of the European Society of Criminology* «Criminology in the 21st Century: a Necessary

Balance Between Freedom and Security» (Bilbao, 12-15 de septiembre de 2012); el Congreso europeo «Justicia Restaurativa y Terapéutica: Hacia innovadores modelos de justicia» (San Sebastián, 15-18 de junio de 2016; y la organización en San Sebastián del Simposio Mundial de Victimología (2021).

El profesor De la Cuesta Arzamendi concibió estos eventos como instrumentos de transferencia del conocimiento, abiertos a profesionales e instituciones, y como espacios de proyección internacional del Instituto.

En conjunto, su aportación en materia de formación dotó al IVAC/KREI de una identidad pedagógica propia, basada en la excelencia académica, la apertura al entorno profesional y el compromiso social. Su legado formativo no se mide únicamente en el número de actividades realizadas, sino en la huella intelectual y ética dejada en quienes participaron en ellas y en la consolidación del Instituto como un referente en la formación criminológica avanzada.

II. INVESTIGACIÓN

El profesor De la Cuesta Arzamendi reforzó de manera decisiva su propia vocación universitaria, proyectándola en el Instituto mediante la integración de la excelencia investigadora con una clara orientación social. La investigación criminológica se concibió no como un ejercicio abstracto, sino como una herramienta al servicio de la comprensión de los fenómenos delictivos, de la mejora de las políticas públicas y de la protección de las personas más vulnerables.

En este contexto, su liderazgo impulsó líneas de investigación pioneras en materias como la política criminal y las prácticas penales, la delincuencia juvenil, la percepción de inseguridad y la prevención del delito y, en última instancia, la Victimología y la Justicia Restaurativa. Estas líneas, que han marcado la trayectoria investigadora del Prof. De la Cuesta Arzamendi, pasaron a constituir los objetivos centrales de uno de los principales proyectos de investigación –aunque no el único– que lideró como director del IVAC/KREI, a saber, el Grupo Consolidado de Investigación GICCAS.

Financiado desde el año 2003 por el Departamento de Ciencia, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, el Grupo de Investigación GICCAS (Grupo de Investigación en Ciencias Criminales) constituye un espacio de investigación interdisciplinar que ofrece una mirada crítica sobre las temáticas que aborda y formula, al mismo tiempo, propuestas de *lege ferenda*, así como alternativas orientadas a la prevención, la proporcionalidad y el respeto a los

derechos humanos, situando siempre a la persona –y, en particular, a las víctimas– en el centro de la reflexión.

El grupo destaca por su capacidad para integrar investigadores e investigadoras de distintas disciplinas y por su conexión con redes académicas nacionales e internacionales, funcionando, asimismo, como un espacio de formación y proyección académica, abierto al diálogo internacional y conectado con los debates más relevantes de las ciencias criminales. Su producción científica y su participación en proyectos competitivos y redes académicas de investigación refuerzan el prestigio del Instituto y contribuyen, de manera significativa, a la transferencia del conocimiento hacia las instituciones y la sociedad.

Más allá del liderazgo del Grupo de Investigación GICCAS, durante los mandatos del profesor De la Cuesta Arzamendi al frente del IVAC/KREI fue constante la firma de convenios y acuerdos de investigación con distintas Administraciones Públicas. Ejemplo de ello son, entre otros, el Acuerdo con la Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco (31 de octubre de 2002), seguido del correspondiente Convenio de colaboración con el Instituto Vasco de Criminología; el Convenio con el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco; y el Convenio con el Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco.

Fruto de estos trabajos de investigación son las numerosas publicaciones, artículos, obras colectivas, monografías y tesis doctorales que ha firmado y/o dirigido. No obstante, más allá de estas contribuciones, su huella intelectual y académica se proyecta de manera singular a través de la *Revista Eguzkilogore*, actualmente denominada *e-Eguzkilogore*, uno de los principales instrumentos de difusión del pensamiento criminológico y victimológico vinculado al Instituto.

Reconocida a nivel estatal e internacional, y estrechamente vinculada a la misión del IVAC/KREI, la relación del profesor De la Cuesta Arzamendi con la *Revista Eguzkilogore*. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* ha constituido una de las aportaciones más relevantes a la consolidación y proyección del pensamiento criminológico y victimológico desarrollado en el seno del Instituto. Bajo su influencia, la revista mantuvo una línea editorial coherente, rigurosa y comprometida con los derechos humanos, abierta al diálogo interdisciplinar y a la pluralidad de enfoques, que se ha mantenido tras su conversión en 2016 en revista electrónica, bajo la denominación *Revista e-Eguzkilogore*. *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*.

En idéntico sentido, el paso de J. Luis de la Cuesta por la dirección del IVAC/KREI supuso un compromiso férreo con la investigación criminológica y victimológica de calidad, lo que le llevó no solo a mantener el «Premio de Investigación Jean Pinatel», sino también a impulsar la creación del «Premio

de Investigación Victimológica Antonio Beristain». A través de estos galardones, el Instituto Vasco de Criminología reconoce trabajos científicos de especial relevancia, a la vez que rinde homenaje a la figura del profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, catedrático de Derecho Penal y fundador del Instituto, por su contribución excepcional a la Victimología.

Finalmente, el compromiso y la trayectoria del profesor De la Cuesta Arzamendi con las ciencias criminológicas y victimológicas encontraron su máximo reconocimiento en dos hitos: por un lado, la concesión del Premio Euskadi de Investigación en el año 2010 y, por otro, su nombramiento como presidente del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo, también a partir de ese mismo año.

La concesión del Premio Euskadi de Investigación (con especial mención a Antonio Beristain) pone en valor la excelencia científica, el rigor metodológico y la capacidad del profesor De la Cuesta Arzamendi para articular la investigación académica al más alto nivel.

La presidencia del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo supone, de forma paralela, el reconocimiento de su compromiso con las víctimas del terrorismo, en el marco de un foro institucional en el que asociaciones de víctimas, Administraciones Públicas y personas expertas dialogan sobre cuestiones cruciales para este colectivo, incluyendo propuestas legislativas, políticas de memoria y medidas de reparación.

Ambos hitos ponen de relieve, de igual modo, su contribución a la consolidación del IVAC/KREI como centro de referencia en investigación y formación, así como su influencia en la creación de programas de posgrado, seminarios, congresos y proyectos de investigación pioneros, orientados a la mejora del sistema penal y a la defensa de los derechos de las víctimas.

III. PROYECCIÓN Y RELACIONES INSTITUCIONALES

La proyección internacional del IVAC/KREI se consolidó también de manera decisiva bajo la dirección del profesor De la Cuesta Arzamendi. Gracias a su visión estratégica y a su liderazgo académico, el Instituto no solo fortaleció su prestigio en el ámbito nacional, sino que se convirtió en un referente reconocido en la Criminología y Victimología europea e internacional.

Bajo su impulso, el IVAC/KREI estableció redes de colaboración con universidades, centros de investigación y organismos internacionales, participando activamente en proyectos conjuntos, congresos y programas de intercambio académico, entre otros, con las siguientes instituciones: la Sociedad

Internacional de Criminología; la Asociación Internacional de Derecho Penal; la Sociedad Mundial de Victimología; la Sociedad Europea de Criminología; el *Institute of Criminal Law Science* de la Beijing Normal University (China); el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (São Paulo, Brasil); el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Kriminologie* (Freiburg i. Br., Alemania); el *Siracusa Institute of Criminal Justice and Human Rights* (Sicilia, Italia); el Leuven Institute of Criminology (Bélgica); el *Lehrstuhl für Kriminologie* de la Universität Greifswald (Alemania); y el *International Victimology Institute* (INTERVICT) de la University of Tilburg (Países Bajos).

Esta apertura internacional permitió al Instituto situarse en el centro de los debates globales sobre política criminal, derechos humanos, prevención del delito y justicia restaurativa, así como sobre los derechos de las víctimas, entre otros, consolidando su papel como un espacio de investigación de excelencia y transferencia del conocimiento.

El profesor De la Cuesta Arzamendi supo, además, integrar esta proyección internacional con la formación especializada y la investigación aplicada, favoreciendo que estudiantes, docentes e investigadores del Instituto tuvieran contacto directo con experiencias comparadas, metodologías avanzadas y enfoques innovadores en Criminología y Victimología. Gracias a esta visión, el IVAC/KREI se proyectó como un referente académico que combina rigor científico, ética profesional y compromiso social, situando la Criminología y a la Victimología vasca en la vanguardia del debate internacional.

En definitiva, si algo define de manera singular el paso del profesor De la Cuesta Arzamendi por la dirección del IVAC/KREI es la defensa a ultranza de los derechos humanos como eje de la Criminología y de la Victimología. En contextos complejos y, a menudo, marcados por tensiones sociales y políticas, ha sostenido con firmeza que el conocimiento criminológico y victimológico debe estar siempre vinculado a los valores democráticos, al respeto a la dignidad humana, a los derechos humanos y al Estado de Derecho.

Esta coherencia ética que ha dotado al IVAC/KREI de una identidad reconocible y respetada, ha sido una constante a lo largo de la trayectoria académica e investigadora del profesor De la Cuesta Arzamendi.

Quienes hemos tenido el honor de colaborar muy activamente con él somos testigos del humanismo, de su honestidad y de su buen hacer universitario, así como de su permanente capacidad para situar a la persona en el centro del trabajo académico e investigador, no solo en el plano intelectual, sino fundamentalmente en el día a día de la labor desarrollada en el IVAC/KREI. Su sabiduría, dedicación, rigor y disciplina en la vida académica y universitaria

han convivido, en igualdad de condiciones, con su generosidad, su empatía y su profundo compromiso humano, haciendo de su trayectoria no solo un referente de excelencia intelectual, sino también un ejemplo de vocación, cercanía y servicio a la comunidad, poco común en el panorama universitario actual.

Aprovechamos la oportunidad que se nos brinda en este Libro-Homenaje para expresar nuestro agradecimiento al Profesor, al Maestro, al Colega, pero también al Amigo, José Luis de la Cuesta Arzamendi. Nosotras, que no somos formalmente sus discípulas, nos sentimos igualmente respetadas, valoradas y reconocidas.

Ha sido, es y seguirá siendo un orgullo para nosotras decir públicamente que formamos parte del equipo y del grupo de investigación del profesor De la Cuesta Arzamendi, esto es, de ese selecto grupo de personas que hemos tenido la inmensa suerte de disfrutar de su maestría y de su compromiso con el ser humano y con el conocimiento, valores que han marcado de manera indeleble nuestra formación académica y personal, y que trataremos de seguir proyectando con gratitud y responsabilidad.

Mila esker bihotzez eta zorionak, José Luis!

9. LAUDATIO - PROFESSOR JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

PROF. TUDOREL TOADER, PhD
Faculty of Law, «Al. I. Cuza» University of Iași
Former Minister of Justice of Romania
Former Judge at the Constitutional Court of Romania
Former Rector of Alexandru Ioan Cuza University of Iași

The personality of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi is difficult to capture in a few pages.

I consider it beneficial to compile a volume in his honor, that captures his impressive teaching, scientific, and institutional activity in the field of national, European, and international criminal law.

I got to know Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi in Istanbul in 2009, at the 18th AIDP Congress, among the leading specialists in international criminal law.

I was participating as a member of the AIDP.

I knew him from the field of criminal sciences, but also from the rich activity he had carried out and was carrying out within the AIDP.

Something brought us closer together. Perhaps it was the fact that I was the dean of Romania's first Faculty of Law, established in 1955. Perhaps it was the fact that, a century ago, Vespasian Pella taught criminal law here. Perhaps it was the fact that, from the same department, I have been teaching students the principles and values of criminal law for several decades.

Under the window of the amphitheater where Vespasian Pella gave his masterful lectures, there is a statue of him, which I inaugurated in 2024, in my capacity as Rector of the University.

From this perspective, in 2010, I proposed to the Faculty of Law Council, then to the Senate of the «Alexandru Ioan Cuza» University of Iași, to award him the title of Doctor Honoris Causa of the first University in Romania. With a unanimous vote, based on his impressive teaching and scientific research activities, both academic forums approved the proposal I had formulated.

Through the grand ceremony of conferring the highest academic distinction, he became a member of our academic community, joining a prestigious gallery of personalities in the field of law.

His passion for law began in 1972, when he began his university studies at the University of Valladolid, San Sebastian, Spain, which he completed in 1977 with the distinction *Sobresaliente y Premio Extraordinario*. This passion is evidenced by an academic career spanning more than 45 years, closely linked to this institution.

His attachment to the academic institution where he fulfilled himself professionally can serve as a model of reference. In 1979, he obtained a Diploma in Criminology from the Complutense University of Madrid. His academic career continued with the award of a Doctorate in Law in 1981 from the Faculty of Law of the University of Valladolid, San Sebastian, with the distinction of *Sobresaliente «cum laude»* and *Premio Extraordinario* from the Faculty of Law.

Complementary concerns are an integrating feature. The field of research in which Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi has distinguished himself is criminal law, both from a normative perspective and from the perspective of state criminal policy, as well as other subjects in the criminal sciences: criminology, European criminal law, and international criminal law.

His scientific research activity has also been marked by research internships at prestigious institutions in Europe and beyond, including the Université de Pau et des Pays de l'Adour (France), the University of Edinburgh (United Kingdom), Université Catholique de Louvain (Belgium), Max-Planck Institut für Strafrecht (Germany), DePaul University (Chicago, USA), and University of Nevada-Reno (USA).

He is currently a professor at the Faculty of Law of the University of the Basque Country (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea), which he joined after completing his studies, providing training to generations of lawyers in criminal law, criminal procedure law, and international criminal law.

His teaching activity is complemented by important scientific responsibilities, including the position of Director of the Basque Institute of Criminology (Instituto Vasco de Criminología) between 2000 and 2023.

From different perspectives, he has contributed to shaping the activity of AIDP.

As a sign of international recognition and appreciation of the value of his academic and research work, from 2004 to 2014, he served as President of the International Association of Penal Law (Association Internationale de Droit Pénal-AIDP), being the first Spanish president of this prestigious institution, his name thus being associated with great specialists in criminal law such as Franz von Liszt, Hans Heinrich Jescheck, and Cherif Bassiouni. After completing his two traditional terms, he was appointed honorary president of the AIDP at the Rio de Janeiro Congress in September 2014.

The international dimension of the professor de la Cuesta was evident from his early days as a student. Following his participation in 1976 in the seminar on international criminal law organized by the International Higher Institute of Criminal Sciences in Syracuse (Italy), he established close contacts with a group of foreign specialists in criminal sciences and subsequent collaborations, a group that came to occupy leadership positions within the International Association of Penal Law. The illustrious Professor M. Cherif Bassiouni was elected president of the International Association of Penal Law in 1989, and Professor José Luis de la Cuesta was a member of the Executive Committee and later served as Deputy Secretary General, a position that was renewed at successive congresses until 2004.

His work over the years within the Association has been very intense, marked by the organization of numerous international congresses to debate current issues in the field of international criminal law. The honored professor also enjoys particularly high international esteem.

The prodigious scientific activity of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi is reflected in his high international visibility, as evidenced by his positions at academic research institutions in Europe, including Director of Summer Courses at the University of the Basque Country, Deputy Director of the Basque Society of Studies, member of the International Scientific Advisory Board (Fachbeirat) at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (Freiburg, Germany since 2008), member of the Board of Directors of the International Society of Criminology, member of the Conseil of Administration of the Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (Siracusa, Italy), member of the Board of Directors of the International Center for Research on Delinquency, Marginalization, and Social Relations (Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales, San Sebastián), member of the Jakiunde Academy, President of the Hurkoa Foundation, Editor-in-Chief of the International Review of Penal Law (Revue Internationale de Droit Pénal/International Review of Penal Law) from 1987 to 2004.

He has also collaborated with international intergovernmental organizations, such as the Council of Europe in its joint project with the European Commission on the enforcement of sentences in Armenia. Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi's dedication to legal science was matched only by his concern for scientific innovation. The outstanding scientific value of his research in the field of criminal law (national, European, and international) is reflected in his appointment as honorary professor at Northwest University of Politics and Law (Xi'an, China) in September 2006.

Professor José Luis de la Cuesta has also been a visiting professor at prestigious universities, including Katholieke Universiteit, Leuven (Belgium), Pontificia Universidad Católica de Chile, Université de Pau et des Pays de l'Adour (France), Université de Paris XII (France), Renmin University (Beijing, China), Beijing Normal University (China), and Northwest University of Politics and Law (Xi'an, China). His contribution to the systematization of criminal law and the interdisciplinary dimension of the topics addressed is reflected in his impressive publishing activity, marked by scientific rigor and innovation.

The central focus is on a careful analysis of delicate and complex aspects of criminal sciences, covering a wide range of research topics, from the philosophical dimension of dogmas and pragmatism in criminal law to victimology and the issue of globalization in criminal justice, in a complex combination of legal research methods and the scientific methodology specific to criminology, with legal analysis complemented by a vision of the social reality in which the rules are to be applied.

The scope of scientific concerns addressed in over 210 specialist works as author or co-author published by prestigious publishers in Spain and Europe, together with over 100 articles, includes: the study of the fundamental principles of criminal law; the social implications of decriminalization; the issue of capital punishment; the possibility and advantages of establishing alternative penalties to imprisonment, the open system of enforcement of penalties, the rules on the criminal liability of legal persons, the interference between criminal law and genetic manipulation, social perceptions and representations of delinquency and insecurity, and concrete measures for the prevention of crime.

Alongside these topics of study, we find elements of the international dimension of criminal law through subjects such as the legitimate use of force, critical analysis and proposals regarding anti-terrorism legislation, the prohibition of torture, ensuring the effective protection of fundamental human rights through the mechanism of criminal law, the legal regime for foreigners and immigration, and anti-fraud measures relating to EU revenues.

Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi's first individual publication appeared in 1982, entitled *El trabajo penitenciario resocializador* (The resocializing function of prison work), which revisits the content of his doctoral thesis, which materialized his research in the field of prison law, a subject that was very little studied at the time. The work has become and continues to be considered a reference in this field. In 1990, he published *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del arto. 204 bis del Código Penal* (The Crime of Torture. Legal Content and Structure under Article 204 bis of the Penal Code), which analyzes the punishment of torture under national criminal law in relation to international regulations.

His extensive and tireless research work also revealed aspects of the implications of crimes related to the consumption of drugs and other narcotic products, participating in the Basque government's research commission in 1986 in the preparation of the draft law on drug addiction, his studies forming the basis of the legislative text. Another area of concern was environmental crimes, a topic that came to the attention of specialists following the publication of a study on German regulations in this regard in 1982.

Participation in research projects. Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi's research activity also included participation in over 100 international and national research projects carried out at prestigious and traditional institutions such as the University of Syracuse (Italy), DePaul University (United States), and the Irish Centre for Human Rights (Ireland). The topics of his research projects cover specific aspects of criminal sciences: the incompatibility of the death penalty with the principle of humanism in criminal law, the protection of fundamental human rights and their correlation with criminal law, the fight against drug trafficking, terrorist crimes, fundamental institutions of international criminal law and European criminal law.

Through the vastness of the research topics covered and the original approaches established in an impressive number of works, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi is currently a leading figure in the field of criminal sciences, highly regarded in European academia, and implicitly in Romania.

I am honored to (re)write this *Laudatio* for Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi 15 years later.

With friendship.

10. EL MAGISTERIO DE JOSÉ LUIS DE LA CUESTA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA MIRADA INTEGRAL DE LA CALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA, UNA MANERA DE ENTENDER LA EXCELENCIA COMO COMPROMISO CON LA MEJORA CONTINUA

M.^a ISABEL TRESPADERNE BERACIERTO

Profa. Titular de Universidad

Facultad de Medicina y Enfermería. San Sebastián (UPV/EHU)

Investigadora IVAC/KREI

Mi primer acercamiento al profesor José Luis de la Cuesta no vino de la mano del Derecho Penal, ni del análisis dogmático de la norma jurídica. Llegó, de forma casi inesperada, desde el ámbito de la gestión universitaria y, más tarde, desde la reflexión sobre la calidad como eje vertebrador de las organizaciones.

Corrían los primeros años de la década de los noventa cuando José Luis de la Cuesta, en su condición de Vicerrector del Campus de Gipuzkoa, se convirtió en una figura clave para un grupo de enfermeras que aspiraban a asumir la capacidad de gestión de su propio centro. En un contexto universitario y administrativo poco permeable a este tipo de reivindicaciones, fue una de las escasas personas –y sin duda la primera– que mostró una sensibilidad real hacia aquella aspiración. Su apoyo resultó decisivo para desbloquear un proceso administrativo que, sin su impulso, difícilmente habría prosperado. Gracias a ello, la entonces Unidad delegada se transformó,

en 1997, en una Escuela Universitaria propia de la UPV/EHU en el Campus de Gipuzkoa ¹.

Este hito no constituyó únicamente una conquista institucional, sino también una expresión temprana de una manera de entender la excelencia como compromiso y estilo profesional en las organizaciones. Esta concepción quedó reflejada de manera explícita en su participación en las XX Sesiones de Trabajo de la Asociación Española de Enfermería Docente (AEED) ². En su ponencia, titulada «La excelencia como compromiso y estilo profesional», José Luis de la Cuesta subrayó que la única vía para alcanzar la excelencia en un mundo cambiante y sometido a una rápida obsolescencia del conocimiento científico es el compromiso con la mejora continua, un compromiso que exige formación permanente y un esfuerzo constante por mejorar, incluso –o especialmente– en aquellos aspectos que pueden parecer insignificantes de la práctica profesional.

De manera paralela, en 1996, la Universidad del País Vasco (EHU) suscribió un acuerdo con el Foro Gipuzkoa XXI para la creación de una Cátedra de Calidad, con el objetivo de extender la cultura de la calidad total y la mejora continua, particularmente en el Campus de Gipuzkoa.

La dirección de la Cátedra recayó en el profesor Robert S. Winter, de la Universidad de Illinois en Chicago, quien inició su labor en San Sebastián en febrero de 1997. Este contexto institucional reforzó y amplificó una inquietud que José Luis de la Cuesta ya había hecho suya: la necesidad de integrar la gestión de la calidad en el funcionamiento ordinario de las organizaciones universitarias.

La inquietud y compromiso institucional de José Luis de la Cuesta con la mejora continua se tradujo en iniciativas concretas en los órganos universitarios que lideró, entre otros, en el Campus de Gipuzkoa creando el Consejo de Calidad y la definición de una visión estratégica compartida o la instauración de la figura del Responsable de Programas de Calidad.

¹ Decreto 178/1997, de 22 de julio, por el que se crea una Escuela Universitaria de Enfermería en Donostia-San Sebastián dependiente de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (BOPV, n.º 142, de 28 de julio de 1997).

Decreto 55/1998, de 24 de marzo, por el que la Administración de la Comunidad Autónoma de Euzkadi traspasa cuatro bienes inmuebles adscritos a la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (BOPV, n.º 66 de 7 de abril de 1998), en el que se traspasa a la UPV/EHU el edificio ocupado por la E.U. de Enfermería de San Sebastián.

² Asociación Española de Enfermería Docente (AEED). *XX Sesiones de Trabajo de la Asociación Española de Enfermería Docente. XX años creando estilo enfermero la propuesta de la AEED para la excelencia profesional*. Donostia-San Sebastián, 3-5 marzo de 1999. 2000, pp. 15-28.

Del mismo modo, en el Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI) promovió un proceso de reflexión estratégica que culminó en la definición de las líneas básicas para la implantación de una gestión orientada a la mejora continua en la calidad (1996-97) y, posteriormente, en la aprobación del Primer Plan Estratégico del IVAC-KREI, el 27 febrero 2004.

Entre los principios generales de ese Plan Estratégico destacan dos ideas que condensan con precisión su visión institucional: la búsqueda de la excelencia como eje central de la actividad del Instituto, mediante una investigación y una formación del máximo nivel y calidad, y el servicio a la sociedad como vocación irrenunciable de una institución llamada a responder a las demandas sociales a través del conocimiento criminológico y victimológico.

Este enfoque fue determinante para incorporar a mi propia trayectoria intelectual la dimensión organizacional de la gestión de la calidad como uno de los factores clave de competitividad y solidez de las organizaciones. Comprendí entonces que la capacidad de una organización para operar de forma estable, afrontar entornos turbulentos y generar una percepción social positiva depende, en gran medida, de su estructura interna, de sus procesos y de su cultura organizativa. Esta lógica es la que hoy se materializa, por ejemplo, en el modelo de Gestión Avanzada³, orientado a generar los mejores resultados posibles de manera sostenida y equilibrada para todos los grupos de interés. La adopción de este modelo implica una apuesta decidida por la transparencia, la rendición de cuentas y la autorregulación mediante códigos de buen comportamiento, normas ISO, herramientas de gestión de riesgos, protocolos y estándares de actuación, etc. Así, en contextos dominados por una elevada complejidad técnica y ética, donde únicamente los profesionales son capaces de descifrar, la autorregulación se revela como una respuesta necesaria, especialmente cuando el riesgo se sitúa en el centro de la actividad, como es el caso de la atención que tiene lugar en las organizaciones sanitarias.

Fue precisamente en este marco donde, bajo el magisterio jurídico de José Luis de la Cuesta, encontré la motivación para abordar mi tesis doctoral. Su estímulo intelectual y su exigencia crítica me llevaron a analizar la atención sanitaria desde una perspectiva organizacional, con el objetivo de delimitar los distintos ámbitos de responsabilidad que emergen ante un cuidado de la salud defectuoso. Se trataba de superar una visión reduccionista centrada exclusivamente en el profesional individual para incorporar el papel determinante de la organización sanitaria.

³ Sobre el Modelo de Gestión Avanzada Euskalit, véase: <https://www.euskalit.net/buscador/marco-gestion/4076/modelo-de-gestion-avanzada-2023.html>

Dos circunstancias contribuyeron decisivamente a consolidar esta óptica.

De un lado, el conocido caso del bebé Ryan⁴, ocurrido en 2009 en el Hospital Gregorio Marañón, que puso de manifiesto las graves consecuencias de una organización deficiente y planteó interrogantes incómodos sobre la distribución de responsabilidades en el ámbito sanitario.

Así se recogió en la prensa escrita:

«¿Es normal que un profesional cometa un error tan grueso? ¿Es habitual en este u otros hospitales asignar a una sola enfermera, sin que nadie le ayude, el cuidado de pacientes intensivos el mismo día en que se estrena en su trabajo aun no estando especializada en ello? ¿Es una negligencia de un solo profesional o resultado de una organización caótica? ¿Había o hay un exceso de pacientes en este hospital que impide a los profesionales sanitarios desarrollar correctamente su labor? (...) Las muertes de Dalila y su pequeño Ryan exigen muchas explicaciones y, sobre todo, un análisis riguroso de nuestro sistema asistencial».

Editorial *EL PAIS*, martes 14 de julio de 2009, p. 26.

De otro, el debate doctrinal en torno al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que diferentes posicionamientos consideraban que mediante la regulación contenida en el art. 129 CP ya se había admitido⁵. Finalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedó incorporada de manera expresa al Derecho Penal español mediante la LO 5/2010⁶, con la introducción del artículo 31 bis del Código Penal⁷.

⁴ Los hechos tuvieron lugar el 13 de julio de 2009. Una enfermera del Hospital Gregorio Marañón en su primer día de trabajo en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) de neonatos, comete el error de administrar los nutrientes por la vía venosa periférica (directamente en sangre), lo que provocó la muerte del bebé Ryan.

⁵ Así, por ejemplo, un sector doctrinal las consideró como consecuencias preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción». Véase, GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 438 y ss. Para otros, se sostuvo que se trataba de verdaderas penas. En este sentido se manifestó entre otros Zugaldía, por lo que a partir de su introducción en el CP entendió que se había reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)» en Morales Prats, F. (coord.)/Quintero Olivares, G. (coord.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2001, p. 889.

⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010).

⁷ Aunque téngase en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el Artículo 31 quinquies, en su apartado 1.º, las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. Por lo que las organizaciones sanitarias de carácter público no quedan afectas por este tipo de responsabilidad.

Quedando derogado, en consecuencia, el principio *societas delinquere non potest*.

En este escenario, el análisis y la reflexión impulsados por José Luis de la Cuesta me permitió alumbrar una tesis que culminó en 2011 con el doctorado en Derecho y que se plasmó en el trabajo titulado «¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada». A lo largo de ese proceso, aprendí a mirar los desafíos jurídicos con rigor y espíritu crítico, pero también con la humildad de quien reconoce la deuda intelectual contraída con su maestro.

La investigación se inscribía en un cambio más amplio de paradigma: el tránsito desde modelos de culpabilidad centrados en la persona hacia enfoques que sitúan el foco en el sistema, esto es, «un cambio en los modelos de culpabilidad, pasando estos de estar centrados en la persona (perversidad de la naturaleza humana⁸) con un enfoque punitivo, a estar centrados en el sistema, concibiendo el error en la asistencia sanitaria como una consecuencia»⁹. Es-tando, por tanto, más extendidas las teorías que consideraban que los factores causantes¹⁰ de los errores humanos (de los profesionales sanitarios) se derivaban de fallos de la propia organización¹¹ (fallos del diseño, de las tareas, del equipamiento, de la organización y/o del entorno), aunque existen dificultades

⁸ Una observación fáctica pone de manifiesto que, en la casi totalidad de los casos enjuiciados del actuar del profesional sanitario generador de responsabilidad penal, éste resulta únicamente imputable a título de imprudencia y no es, por lo tanto, doloso. Este tipo de responsabilidad es el que mayor preocupación despierta en los profesionales sanitarios por las consecuencias que de la misma se derivan.

⁹ HILARIÓN, P. «La calidad que no se da» en XXIII Sesiones de Trabajo de la Asociación Española de Enfermería Docente (AEED), *Gestionando cambios en el siglo XXI*, Asociación de Enfermería Docente Tarragona, 2002.

¹⁰ Se entiende por factor causante como «algo que provoca directamente el evento adverso. La eliminación de estos factores conllevará bien la desaparición del evento adverso o la reducción de posibilidades de ocurrencia en el futuro. Los factores causales suelen estar íntimamente ligados al evento adverso estudiado» en Agencia Nacional para la Seguridad del Paciente (NPSA)-Sistema Nacional de Salud, Reino Unido, *La seguridad del paciente en siete pasos*, Agencia de Calidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006, p. 48.

¹¹ En el estudio ENEAS se distinguen, entre otros: factores de tarea (tarea o procedimiento novedoso, no evaluado o difícil, evidencia de falta de guías/ protocolos, baja calidad del diseño/ estructura de la tarea,...), factores individuales (personal trabajando fuera de su área de capacitación, falta de conocimiento en los individuos, falta de habilidades individuales, problemas de actitud/motivación, turno demasiado largo/bajo presión,...), factores de equipo (ausencia de trabajo en equipo, supervisión inadecuada, comunicación verbal pobre, escasa comunicación escrita...), ambiente de trabajo (equipamiento defectuoso o no disponible, funcionamiento inadecuado de los servicios centrales, plantilla inadecuada en el momento de los EAs...) y factores de organización/gestión (escasa coordinación entre servicios, liderazgo inadecuado...). ARANAZ, J.M. (dir.)/AIBAR, C./VITALLER, J./RUIZ, P. (cols.), *Estudio nacional sobre los efectos adversos ligados a la hospitalización*. ENEAS 2005. Informe, febrero 2006. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo.

para hacerlos evidentes, siendo muy importante su contribución a la producción de eventos adversos ¹².

La normativa sanitaria española (LGS ¹³, LCCSNS ¹⁴, LOPS ¹⁵) ofrece múltiples referencias a esta exigencia organizativa con relación a la calidad asistencial ¹⁶:

- Adecuar su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (art. 7 LGS).
- Prestar una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados (art. 46 LGS).
- Garantizar que la mejora de la calidad presida sus actuaciones (art. 59.1 LCCSNS).
- Dotarse de una infraestructura de la calidad: normas de calidad y seguridad, indicadores, guías de práctica clínica y asistencial, registro de buenas prácticas, registro de acontecimientos adversos (art. 59.2 LCCSNS).
- Proceder a la evaluación externa y periódica de la calidad y seguridad, mediante evaluación independiente (art. 62.1 LCCSNS).
- Establecer protocolos y guías de práctica clínica e indicadores (art. 4.7b y d LOPS).
- Contar con normas de funcionamiento interno y definición de objetivos y funciones (art. 4.7c LOPS).
- Facilitar el derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales que les atienden (a los pacientes) (art. 5. 7e LOPS).
- Preservar el derecho de los pacientes a recibir información de acuerdo a lo establecido en la LAP (art. 5.7f LOPS).

¹² Se entiende por evento adverso una circunstancia o incidente que ha producido daño al paciente. Un evento adverso es la parte visible de un iceberg, la última fase de un proceso que ha comenzado con la interacción de múltiples factores: fallos del sistema o condiciones latentes que facilitan su aparición; características personales del paciente tales como edad, gravedad, comorbilidad e implicación en el proceso, etc., que supone la plasmación de un riesgo asistencial. Sobre seguridad del paciente véase: <https://seguridaddelpaciente.sanidad.gob.es/>

¹³ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE, núm. 102, de 29 de abril de 1986).

¹⁴ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE, núm. 128, de 29 de mayo de 2003).

¹⁵ Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).

¹⁶ La OMS define la calidad de la atención sanitaria como «(...) asegurar que cada paciente reciba el conjunto de servicios diagnósticos y terapéuticos más adecuado para conseguir una atención sanitaria óptima, teniendo en cuenta todos los factores y los conocimientos del paciente y del servicio médico, y lograr el mejor resultado con el mínimo riesgo de efectos iatrogénicos y la máxima satisfacción del paciente con el proceso». World Health Organization. Regional Office for Europe. The principles of quality assurance, report on a WHO meeting. Copenhagen: OMS, 1985. (Euro Reports and Studies Series: n.º 94).

- Revisar cada tres años que los profesionales de su plantilla cumplen los requisitos necesarios para ejercer la profesión (art 8 LOPS).
- Configurando un estándar general de cuidado organizacional y de donde es posible extraer una determinada obligación de organización, exigible por tanto legalmente.

Pero es que, además, la atención sanitaria se valora como actividad arriesgada por: – el número de profesionales que desarrollan su actividad asistencial sobre un paciente o usuario: trabajo en equipo, intervenciones simultáneas e interdependientes,...; – la necesidad de adopción de decisiones en situaciones de incertidumbre y con tensión; – la excesiva tecnificación de la asistencia; – el número de relaciones soportadas de manera significativa en una adecuada comunicación: derecho a la información, consentimiento informado, etc.; – los bienes que se ven afectados en la relación asistencial; y la mayor probabilidad de «*Burn out*» en los profesionales.

Así lo evidencian numerosos estudios¹⁷, generalmente, centrados en el entorno hospitalario dirigidos a cuantificar los eventos adversos relacionados con la atención sanitaria. Su propósito es doble, por un lado, cuantificar la magnitud y trascendencia de estos y, por otro, evaluar sus posibilidades de prevención, así como determinar actuaciones concretas de mejora del sistema.

Se debe tener en consideración que no todos los eventos adversos que tienen lugar a consecuencia de una atención sanitaria defectuosa son susceptibles de generar responsabilidad, pero en aquellos en los que se produce es posible analizar y valorar, adoptando una óptica global, las condiciones organizacionales, lo que Reason¹⁸ ha denominado condiciones latentes, fallos del sistema que han contribuido a su producción.

Por tanto, la necesidad de cambio de rumbo en el estudio de la responsabilidad por defectuosa atención sanitaria parte de la constatación de que la aparición de un evento adverso tiene más consecuencias que el acontecimiento en forma de resultado no deseado para el paciente o usuario.

¹⁷ El primero que evidenció las consecuencias de los eventos adversos fue el informe *To Err is Human*. En las estimaciones sobre los riesgos asistenciales realizadas se afirmaba que entre 44.000 y 98.000 norteamericanos fallecían anualmente debido a fallos o errores cometidos en el sistema sanitario de los Estados Unidos de Norteamérica, marcaron el comienzo de cambios importantes a nivel nacional e internacional para mejorar la seguridad del paciente y reducir los riesgos asistenciales. KOHN, L.T/J.M. CORRIGAN, J.M./DONALDSON, M.L., *To Err Is Human. Building a Safer Health System*, Washington, DC: National Academy Press, 2000.

¹⁸ Reason ha explicado la generación de un accidente como la superposición o coincidencia de fallos en diferentes niveles de la organización en un mismo momento: la cadena de fallos. REASON, J. (2000). «Human error: models and management». *British Medical Journal*, 320, 768-770.

En este sentido, los profesionales sanitarios, la organización sanitaria y la propia comunidad son testigos de un deterioro de las relaciones, de una pérdida de confianza que se ha traducido en lo que se ha dado en conocer como medicina defensiva¹⁹, cuya adopción por parte de los profesionales sanitarios pretende neutralizar las potenciales consecuencias judiciales a su intervención. La falla generada tras la aparición de un evento adverso puede estar relacionada con lo que se ha denominado organizaciones «enfermas»²⁰ en las que los fallos de sistema vienen a concitar conductas profesionales imprudentes en los profesionales sanitarios, en los que cristalizan todas las ineficiencias organizacionales, junto con pacientes y familiares que, conscientes de sus derechos, cuando reclaman, lo que persiguen es que «no vuelva a producirse». De tal manera que quienes se ven afectados, no solo busquen una compensación material por los daños sufridos, sino que también persiguen que se disculpen con ellos, que les den una explicación respecto a lo acontecido que les pueda ayudar a asumir las consecuencias de ese hipotético error, o simplemente que les reconozcan el estado en que se encuentran.

Un enfoque integral permite captar el hecho generador del daño trae la ruptura de relaciones sociales y numerosas víctimas. Además de los pacientes y usuarios por cuanto sus expectativas para con la atención sanitaria se ven frustradas, los profesionales sanitarios, también padecen las consecuencias de un daño generado. Diferentes estudios muestran que los profesionales de la salud involucrados en los eventos adversos posteriormente pueden generar efectos emocionales, físicos y funcionales, lo que los convierte en segundas víctimas; mientras que las instituciones prestadoras de salud se deben enfrentar a daños reputacionales –pérdida de confianza de la sociedad en general–, legales y organizativos configurándose como terceras víctimas (Fundación Española de Calidad Asistencial [FECA], 2021; Mira *et al.*, 2024) resultando

¹⁹ La medicina defensiva es una práctica creciente en la que las decisiones que se adoptan están motivadas por el miedo a demandas legales, más que por criterios clínicos. Esto incluye tanto la realización de pruebas y tratamientos innecesarios (forma activa), como la evitación de procedimientos o pacientes complejos (forma pasiva). Sus causas principales son la inseguridad jurídica, una sociedad más demandante, la presión institucional y una cultura que penaliza el error. Las consecuencias son graves: aumento de costos, sobrecarga del sistema sanitario, pérdida de eficiencia, desgaste emocional de los profesionales y deterioro de la relación médico-paciente. ORTIZ, J./GUTIÉRREZ, M. «Medicina defensiva y su impacto en la práctica clínica». *Revista de Calidad Asistencial*, 31(2), 2016, 95-101.

²⁰ Villar se refiere al «Hospital enfermo» como estructuras tan complejas y faltas de definición que carecen de transparencia. «Ahora sabemos que muchos de esos hospitales están también enfermos» para cuya «curación» propone que «Los grandes hospitales públicos perdurarán, pero sólo a través de una mejor organización, reestructuración y recuperación de sus objetivos aseguraremos la calidad de la atención sanitaria, elemento clave del contrato que mantienen con los ciudadanos. VILLAR, J. Editorial. *La Provincia. Diario de Las Palmas*. 12 de octubre de 2008. <https://www.laprovincia.es/opinion/2008/10/12/hospital-enfermo-10747625.html>

indispensable responder de manera sistemática, concreta y ética estos eventos presentados.

Es en esta conflictividad asistencial donde la justicia restaurativa²¹ está llamada a alcanzar un mayor protagonismo para resarcir a la víctima de una atención sanitaria defectuosa, pero también en la reparación del conjunto de relaciones rotas por el delito, en una suerte de justicia terapéutica²².

La innovación fundamental se plantea en términos de sistemas más humanistas donde los verdaderos protagonistas sean las personas afectadas, sin privatizar por ello la justicia o degradar las garantías jurídicas. Además, aunque no se solucionen los problemas de fondo, al menos, se pueden contener y no agravar. Para hacer esto es preciso un cambio cultural, un cambio de valores a escala profesional y social. Aquí reside su principal dificultad porque hemos naturalizado la respuesta judicial penal (Varona, 2019)²³.

La humanización de la asistencia sanitaria no se limita únicamente a saber atender, comunicar malas noticias o mostrarse amable. Implica, sobre todo, un cambio cultural profundo: pasar de una gestión de los errores centrada en el «quién» –caracterizada por el silencio y la ocultación de fallos por miedo a sanciones, litigios, pérdida de prestigio personal o institucional– a una cultura orientada al aprendizaje y la mejora continua.

La cultura tradicional se asocia a:

- Silencio y ocultación de fallos y errores por temor a sanciones, litigios o pérdida de crédito profesional.
- Actuaciones reactivas.
- Predominio del individualismo.
- Ejercicio de una medicina defensiva.
- Confianza excesiva en los dispositivos.
- Despersonalización de la asistencia.

²¹ La valoración positiva de este enfoque se puede ver en el reconocimiento institucional de la Ley Orgánica 1/2025 que incorpora la justicia restaurativa como una forma de gestionar los conflictos cuando existe voluntad de diálogo y reparación. Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE, núm. 3, de 03 de enero de 2025).

²² Herrera Moreno afirma que: «el modelo judicial *terapéutico* postula decisiones, que, en armonía con la ley, estén revestidas de sensibilidad interpersonal, atentas a las emociones, necesidades, y preocupaciones de los ciudadanos implicados» en HERRERA MORENO, M. «Rehabilitación y restablecimiento social. Valoración del potencial rehabilitador de la justicia restauradora desde planteamientos de teoría jurídica terapéutica» en *Las penas y medidas de seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, p. 185.

²³ VARONA MARTÍNEZ, G. «Justicia restaurativa y justicia terapéutica: hacia una praxis reflexiva de transgresiones disciplinarias», en: Pillado González, E. Farto Piay, T. (coord.). *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: avances desde la justicia terapéutica*. Dykinson, 2019. p. 30.

Frente a ello, la humanización promueve una cultura basada en las preguntas: ¿qué ocurrió?, ¿cómo ocurrió?, ¿por qué ocurrió? y ¿cómo se podría haber evitado?, lo que favorece:

- La confianza en las personas y en la organización.
- Actuaciones proactivas.
- Predominio del trabajo en equipo.
- Ejercicio de una práctica basada en la mejor evidencia disponible.
- Integración de la tecnología como complemento, y no sustituto, de las personas.
- Una auténtica humanización de la asistencia.

Dentro de esta humanización, incluir en los procesos de atención sistemas no adversariales de gestión de conflictos contribuiría al bienestar social²⁴, pues aportan un modelo de pacificación social y la consolidación de una convivencia global, pues todo problema que surja en una organización sanitaria repercute en las relaciones de los pacientes con el propio sistema de salud y, en consecuencia, en la propia comunidad. Una sociedad que gestiona sus conflictos a través del diálogo y el consenso será, en definitiva, una sociedad más sana.

Como plantea Castrillo (2021)²⁵, pensar en justicia restaurativa en salud implica reconocer las desigualdades estructurales que atraviesan la relación entre profesionales y pacientes, y no solo reparar un daño individual.

En este sentido, Simón apunta que la organización sanitaria, «capaz de deliberar prudente, recíproca y responsablemente acerca de la manera de conseguir una utilización de los medios tal que logre que la organización realice adecuadamente su fin o sus fines sin quebrantar el marco ético y jurídico, y se

²⁴ Por ejemplo, la Sociedad Catalana de Mediación en Salud (SCMS) es una entidad integrada por colectivos de usuarios, de profesionales y también agrupaciones organizacionales. Todos ellos vinculados al ámbito de la Salud. El 1 de febrero de este año 2026 y en el marco de la Semana Europea de la Mediación, la Fundación Sant Hospital de la Seu d'Urgell, el Servicio Andorrano de Atención Sanitaria (SAAS) y la Sociedad Catalana de Mediación en Salud (SCMS) organizaron una jornada bajo el título «La mediación en el ámbito de la salud: experiencias y retos», que ha reunido a profesionales de los ámbitos sanitario, jurídico y de la gestión de conflictos.

El acto puso el foco en la mediación como herramienta clave para mejorar las relaciones, la comunicación y la gestión de conflictos dentro del sistema de salud, tanto entre profesionales como con las personas atendidas y sus familias. Asimismo, se subrayó que el reto actual es extender esta cultura de mediación también a las personas atendidas y a sus familiares.

<https://www.mediacioensalut.org/index>

²⁵ CASTRILLO, B. «Violencia obstétrica: genealogía, concepto y luchas por el reconocimiento». *Revista Derechos en Acción*, 7(7). 2021. pp. 1-25.

garantice al mismo tiempo su propia supervivencia como organización»¹, constituye una organización sanitaria excelente.

Por tanto, «Mirar los conflictos, litigios, victimizaciones o delitos desde el prisma del Derecho integrativo supone contemplarlos como una oportunidad o recurso para mejorar su situación actual y, en todo caso, evitar efectos iatrogénicos de la intervención del propio sistema, lo que puede relacionarse también con una mirada más amplia de salud pública». (Varona, 2019)².

Adoptar esta nueva perspectiva requiere un nuevo enfoque, contemplar el problema consecuente a un evento adverso desde dentro, como una oportunidad de aprendizaje, recomposición y transformación que emergen de la situación conflictiva. Lo que posibilita vislumbrar el potencial de transformación presente en cada situación al reconocer el entramado de vínculos, emociones y necesidades que favorecen o deterioran la vida del grupo.

Cerrar este recorrido supone volver al punto de partida: al magisterio de José Luis de la Cuesta. Su legado no se limita a sus aportaciones doctrinales ni a los cargos institucionales que desempeñó; se manifiesta, sobre todo, en una forma de pensar el Derecho como herramienta al servicio de la sociedad, en una manera de entender la excelencia como compromiso permanente y en una invitación constante a mirar más allá de las fronteras disciplinares. Este capítulo quiere ser, humildemente, testimonio de esa influencia profunda y duradera.

¹ SIMÓN, P. (ed.). *Ética de las organizaciones sanitarias. Nuevos modelos de calidad*. Triacastela, Madrid, 2005, p. 69.

² VARONA MARTÍNEZ, G. «Justicia restaurativa y justicia terapéutica...», p. 27

11. JOSÉ LUIS, DIRECTOR DE LOS CURSOS DE VERANO DE LA UPV/EHU: UNA TAREA DIFÍCIL, PERO DE ÉXITO CONTINUADO

UDA IKASTAROETAKO ORAINGO ETA AURREKO ZUZENDARITZETAKO KIDEAK
MIEMBROS DE LA ACTUAL Y DE ANTERIORES DIRECCIONES DE LOS CURSOS
DE VERANO

El día en que, en 2008, una vez nombrado y asumido el cargo de director de los Cursos de Verano de la EHU, José Luis hizo la presentación a los medios de comunicación de la XXVII edición, destacó que asumía la dirección de «una actividad y una experiencia de éxito». Conocía el entorno de la gestión de los Cursos que cada verano se celebraban en el palacio Miramar, pues en calidad de Vicerrector del Campus de Gipuzkoa había participado en múltiples reuniones del Consejo de Gobierno, en el comité de selección del Programa y también tenía la perspectiva de alumno y profesor de diversos Cursos, así como de la dirección de muchas actividades en diversas ediciones de los mismos y la de Director Adjunto de los Cursos durante la edición anterior a su nombramiento.

Sustituía a Ricardo Echepare, persona admirable y admirada dentro y fuera de los Cursos, *factotum* de los mismos desde el inicio y verdadero líder de una organización estable y consolidada. Ricardo consideraba que después de veintitrés años asumiendo la dirección había llegado el momento de ceder el puesto de patrón de la trainera.

Aunque sabía que la tarea no era fácil, José Luis la asumió sabiendo que contaba con el apoyo incondicional del equipo de Ricardo. Era consciente que había que modernizar los Cursos y, en algunas ocasiones, redirigir y/o dimensionarlos, porque el número de actividades estaba creciendo y los Cursos esta-

ban alcanzando un volumen que era preciso acotar. También sabía que había que, cuando menos, mantener el número de colaboradores económicos, de proponentes de Cursos, el número de asistentes y las buenas evaluaciones del profesorado y alumnado. Para dimensionar el tema, baste recordar que el número de participantes superaba las 12000 personas.

Pero, José Luis conocía las reglas. Sabía que tenía que contar también con la confianza del personal del centro, verdadero eje vertebral de la actividad, en sus áreas de alumnado, profesorado, contabilidad, difusión/prensa e informática. Y también sabía que la clave del éxito estaba en la calidad de la actividad y que, para ello, debía mantener estable la estructura básica de la organización, en ocasiones, a pesar de las objeciones del equipo rectoral de la Universidad... Era conocedor de que la columna básica de los Cursos era la calidad, para lo que era imprescindible la implicación del personal del centro.

También sabía que debía contar con la colaboración de los medios de comunicación, conocía que una de las claves del éxito «popular» se mide por la exposición pública de la actividad. En consecuencia, era preciso buscar el equilibrio, a veces nada fácil, entre academia y divulgación que, efectivamente, consideraba complementarias y compatibles.

Y José Luis entendía el proyecto y fue firme y coherente... Mantuvo sin cambios la misión y la visión de los Cursos que años atrás se habían establecido, así como los cuatro grandes ejes del programa, señalados por *Jacques Delors* en el documento *La Educación encierra un tesoro*, en el informe de la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI (1996):

- Aprender para vivir.
- Aprender para convivir.
- Aprender para progresar.
- Aprender para enseñar.

Creía en los Cursos y en la formación continua. Estaba convencido de su necesidad y virtualidad de los Cursos. Así, en la presentación de la XXVII edición (año 2008), ya como director de los mismos indica que, en épocas de crisis, ante la falta de perspectivas respecto al futuro, la única inversión con garantía de éxito es el esfuerzo en formación. Y con ese convencimiento lideró la actividad durante 7 años.

No era fácil mantener el nivel de los Cursos. Era evidente que el perfil del alumnado cambiaba poco a poco (y las y los estudiantes universitarios asistían

para obtener créditos y se incrementaba el número de personas con mucho tiempo libre). Se hacía necesaria una adaptación. En aquella época, la actividad de los Cursos se desarrollaba y crecía en todas las universidades estatales, la competencia era enorme y cada vez era más difícil lograr un enfoque distintivo. También era evidente que había que incrementar los Cursos en euskara y era necesario seguir ampliando las diferentes sedes de la actividad, entre los que se encontraba la de Bilbao que, a su vez, podía constituía una amenaza. Pero el Palacio Miramar quedaba pequeño.

Imbuido por la cultura de la calidad de los centros educativos, siendo el vicerrector de Campus, junto con Ricardo Echepare y otras personas dedicadas a la misma, dio un significativo empuje a la implantación de la cultura de la calidad impulsando las 5 dimensiones que la Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe, (OREALC) concretó e indicó que debían estar presentes en los sistemas educativos de calidad: Eficiencia, Eficacia, Relevancia, Pertinencia y Equidad. A ello dedicó mucho esfuerzo.

Trató de ejercer un liderazgo prudente, basado en la coherencia y la estabilidad. Reforzó la estructura existente, prestando gran atención a la organización interna, a la vez que potenció la tarea de los directores y directoras de cada actividad.

Asimismo, mantuvo los distintos tipos de actividad: Cursos, seminarios, talleres, congresos y actividades abiertas en colaboración con el Gobierno Vasco, Diputación Foral, Fundación BBVA, ayuntamientos, empresas, museos y medios de comunicación.

Su trabajo previo en los Cursos posibilitó que el cambio en la dirección fuera continuo, y liviano y se viviera de forma lógica, fácil y natural. Fue importante en el cambio, mejor dicho, en el «no cambio» y tuvo la visión, capacidad y habilidad de mantener viva la cultura organizativa que había posibilitado el éxito previo. Fue respetuoso con las formas de trabajo del equipo anterior.

Asumía que los Cursos de Verano de la UPV-EHU tenían como misión (ya definida en la etapa anterior) «la extensión universitaria, la actualización de conocimientos profesionales con especial atención a la formación continua en general y, en especial del profesorado de todos los niveles, la relación interuniversitaria y la reflexión acerca de una Sociedad siempre cambiante, tanto en el marco de Euskal-Herria como en el marco universal. Y que es misión complementaria de los Cursos la transmisión de una imagen positiva de la CAV, Gipuzkoa y Donostia, así como de sus instituciones, de la UPV-EHU y de las entidades colaboradoras y patrocinadores». Y se indicaba que, para la consecución de la misión, los Cursos estarán abiertos a la colaboración con Organismos e

Instituciones de Euskal-Herria, España y Europa. También se precisaba que la visión de los Cursos era convertirse en un referente a nivel estatal e internacional para la formación y el encuentro de diferentes agentes en torno a los retos de la sociedad, conectando saberes para abordar problemas actuales.

¡Ardua tarea!

En su etapa como director de los Cursos, diversificó la oferta de los mismos, siempre atento a las temáticas de actualidad, ampliando el número de sedes y continuó dando especial relevancia al tema de la educación en todos los niveles, organizando actividades dirigidas a todos y todas las profesionales que forman parte de ese ámbito. Para ello amplió la colaboración con otras universidades, instituciones y asociaciones científicas y culturales, lo que posibilitó la extensión universitaria, la formación continua, la actualización de conocimientos, así como la cooperación y el intercambio de ideas dando protagonismo a las entidades sociales y culturales.

Para lograr esta actualización, innovación y la necesaria diversificación, puso especial atención en la divulgación de la actividad que cada año se desarrollaba en el Palacio Miramar, así como en el resto de las sedes a las que se amplió. La gran divulgación lograda ayudó a aumentar las entidades de diversa índole que se interesaban por formar parte del programa de la siguiente edición, lo cual (es preciso indicarlo) tuvo también como consecuencia algunos enfados de proponentes de Cursos a los que el Comité de Programa había desestimado la propuesta... había crecido el número de propuestas y no cabían en el programa. Por otra parte, se propuso que el euskera tuviera un mayor protagonismo y fue ocupando, poco a poco, un mayor espacio en el programa.

A lo largo de su mandato, el trabajo de muchos referentes de la cultura vasca fue objeto de estudio en los Cursos de Verano: Eduardo Chillida, Ignacio Zuloaga, Koldo Mitxelena, Pío Baroja, Francisco Escudero, entre otros.

Toda la actividad se realizó con una gestión que requería una administración equilibrada de los recursos humanos y materiales, utilizándolos con eficacia y transparencia, lo que, a su vez, redundó en la confianza de las instituciones colaboradoras. La actividad fue ampliándose a lo largo de los años, mientras los presupuestos permanecían casi inalterados. La eficaz labor tanto del personal de administración como del de difusión fueron la clave de este difícil equilibrio.

Los conocimientos de Derecho y la experiencia en la gestión universitaria de José Luis, fueron claves para resolver los pequeños conflictos cotidianos que surgen en toda organización y, posibilitaron que el ambiente de la, a veces, complicada organización se desarrollara en una envidiable calma y una gran cooperación interna.

El fruto de su trabajo fue una organización compacta, una alta eficacia y una gran colaboración interna que se derivaban en un envidiable ambiente de trabajo.

No hizo revoluciones organizativas, pero supo adaptar la estructura a los cambios sociales y necesidades y formatos de formación a todos los niveles. En su presentación había expresado que llegaba a una organización que calificó como «una actividad y una experiencia de éxito» y finalizó su tarea consolidando dicha actividad y mejorando cuantitativa y cualitativamente los Cursos. La difícil tarea que asumió la resolvió con premio extraordinario.

EHUko Uda Ikastaroen antolaketa ardua dugunontzat eta izan dutenentzat, José Luis de la Cuesta bezalako pertsona bat lantaldean izatea, izugarriko ohore eta zorte handia da. Uda Ikastaroen ezagutza sakona izateaz gain, bere goi maila intelektual eta pertsonalari esker, hartu beharreko erabaki estrategiko zein bestelakoetan, beti du eta izan du erantzun eta hitz egokia.

Edozein erakundetan gertatzen den bezala, Uda Ikastaroetan ere, etengabeko eguneratze, berrikuntza eta kudeaketa orekatua egin behar izan dira eta arlo horietan helburuak lortzeko hartu beharreko erabakiak ere, ezagutzatik hartutakoak izan dira.

José Luis de la Cuesta 2008tik 2014ra bitartean EHUko Uda Ikastaroetako zuzendaria izan zen baina, Uda Ikastaroen onurarako, ez da oraindik Ikastaroetatik aldentu. UIK Fundazioaren Patronatu kidea da eta 2015etik, urtero berriztatzen den Programa Batzordeko Presidentea ere eta UIKko talde osoarekin batera, 2026ko edizioaren antolaketa lanetan dirau. Programa Batzordeko Presidente lanetan, argi azaldu izan digu Uda Ikastaroetako zuzendaritzako kideoi gure egitekoa: Uda ikastaroen ediziorik hoberena diseinatzea. Uda Ikastaroen helburuak eta zereginak oso garbi ditu.

Patxadako pertsona dela erakutsi digu eta zarata handirik atera gabe bere iritzia partekatzeko gai da. Urteetan zuzendaritza akademikoaren aholkulari informala ere izan da, ezerezen truke lan egin duena, ez diru ez lan zama murritzetarik. Hori egiteko ere, maila handiko pertsona dela berretsi du. Bere iritzia eta ikuspuntua ezinbestekoak dira Uda Ikastaroen ibilbiderako. Berarentzat Uda Ikastaroak garrantzitsuak direla erakutsi izan du eta boluntario lan egiteko prestutasuna izan du. Nola egin uko horrelako laguntzari? Gustura jasotzen da ibilbide luzeko pertsona honen legatua. Uda Ikastaroetako zuzendaritzako kideentzat itsasargi garrantzitsua da, iragana eta oraina uztartzeko gaitasuna izan duen pertsona delako.

José Luis de la Cuestak utzitako ondarea altxor bat da, eta bere irakaspe-
nek eta egiteko moduek erreferente izaten jarraituko dute Uda Ikastaroetan.

12. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI AND ROMANIA: A WORM-HEARTED ACCOUNT OF TWO DECADES OF ACADEMIC FRIENDSHIP

VLAD ALEXANDRU VOICESCU
Police Academy «Alexandru Ioan Cuza»,
Faculty of Police, Bucharest, Romania

This article offers a personal and professional account of the relationship between Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi and the Romanian criminal law community over approximately two decades. Rather than a conventional doctrinal analysis, the paper is trying to highlight the ways in which professor José Luis de la Cuesta made a lasting footprint on Romanian legal institutions –through conferences, lectures, academic exchanges and friendly dialogue– thus contributing to the development of criminal law in Romania. The endeavor takes into account the broader historical context of the Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) and its longstanding Romanian contribution, dating to the Association’s founding father, Vespasian V. Pella in 1924. The article examines key events including the 2011 AIDP Regional Conference in Bucharest, the conferral of a Doctor Honoris Causa by the University of Iași, de la Cuesta’s on 28 october 2011 lecture at the Romanian Academy, and several subsequent conferences on environmental criminal law, terrorism, cybercrime, and victims’ rights.

I. INTRODUCTION

I first heard the name José Luis de la Cuesta sometime around 2009 or 2010, when professor José Luis de la Cuesta, then the President of the AIDP had expressed interest in closer ties with the Romanian criminal law acade-

mics and practitioners¹. The name was rather distant for me at the time. That would change considerably in the years that followed.

What follows is not a conventional academic tribute. I will not write about professor de la Cuesta's doctrinal contributions to criminal law, his role in shaping the AIDP's scientific programme or his extensive publication record. The aim of this paper is different. I will try to present from a personal point of view, what professor de la Cuesta has meant for Romanian criminal law academic community – and for those of us who had the honour of meeting him– to have had José Luis de la Cuesta as a friend, interlocutor and mentor for the better part of two decades. In doing so, the paper also is trying to review the ways in which international academic cooperation impacts on the scientific research: not through grand theoretical interventions, but through the patient warm-hearted conversations, examples and shared commitments.

II. THE HISTORICAL BACKGROUND: PELLA'S SHADOW

From my point of view, any discussion regarding the AIDP and Romania must begin with Vespasian V. Pella. This is not merely a matter of academic respect, the institutional connection between Romania and international criminal law is, in a very real sense, Pella's contribution. He was among the founding fathers of the AIDP in 1924, he taught at the University of Iași and subsequently at Bucharest university and he organised the Second International Congress of Penal Law in Bucharest in 1929². The transfer of the AIDP presidency to Pella by Count Carton de Wiart in 1946 strengthened this connection. Then, the decades of communist rule had affected many of the contributions connecting Romanian legal scholarship to its interwar antecedents and the recovery of those connections has been uneven and incomplete.

It was José Luis de la Cuesta who made me understand Pella's legacy to its full nature. I recall when within the margins of the 2011 Bucharest conference he spoke about Pella not as a historical curiosity but as a living presence in the AIDP's institutional memory. He described how, upon being elected

¹ The AIDP (Association Internationale de Droit Penal) was founded in Paris in 1924 by a group of jurists including Vespasian V. Pella of Romania, Quintiliano Saldana of Spain, Henri Donnedieu de Vabres of France, and others. Pella served as Secretary-General and later President of the Association.

² The Second International Congress of Penal Law was held in Bucharest from 6 to 12 October 1929, organized under Pella's direction. It represented an early milestone in international criminal law cooperation.

President in Beijing in 2004³, he had felt a particular responsibility toward the Association's founding traditions, the Romanian contribution being implicitly understood. He spoke of the 1946 transfer of the presidency showing the respect of a Basque professor to a Romanian one: acknowledging one's own legal contribution in the history of criminal law.

III. BUCHAREST, APRIL 2011: THE AIDP REGIONAL CONFERENCE

A very important moment highlighting professor de la Cuesta contribution at the development of Romanian criminal law was the AIDP Regional Conference held at Nicolae Titulescu University on 15–16 April 2011. The conference theme – the standardisation of judicial practice – could have been at first slightly more theoretical in approach. In substance, it addressed one of the most important challenges that the Romanian law was facing back then: how to ensure a consistent judicial interpretation of entirely new both, Criminal Code⁴ and Criminal Procedure Code⁵ which Romania was on the way of implementing.

National reports from Spain, Croatia, Germany, Hungary and several other national jurisdictions offered a distinct perspective on the fundamental struggle between uniformity of interpretation and judicial independence. What distinguished de la Cuesta's participation was not primarily the content of his formal interventions, though they were quite incisive and very well-informed. It was, rather, the quality of his engagement. As President of the AIDP, a scholar of considerable international standing, he nevertheless listened the Romanian national report with genuine intellectual curiosity. He asked specific questions about the Romanian Constitutional Court's approach to the unity of judicial practice and about the interpretive role of the High Court of Cassation and Justice. These were not the courteous questions of somebody fulfilling ceremonial obligations. They reflected authentic interest in the particularities of the Romanian legal system.

De la Cuesta engaged with equal seriousness with junior researchers and renowned professors the same. George Antoniu, who at that time was leading the Romanian Association of Penal Sciences, evidently had a close and long-

³ De la Cuesta was elected President of the AIDP at the XVII International Congress of Penal Law in Beijing in 2004, serving until 2014.

⁴ Law No. 286/2009 regarding the Criminal Code of Romania, published in the Official Gazette No. 510 of 24 July 2009, entered into force on 1 February 2014.

⁵ Law No. 135/2010 regarding the Criminal Procedure Code of Romania, published in the Official Gazette No. 486 of 15 July 2010, entered into force on 1 February 2014.

tanding relationship with him, and the two could be observed in animated discussion during coffee breaks, moving between French and English with the fluency of men who had spent decades at international gatherings.

IV. IAȘI, OCTOBER 2011: THE DOCTOR HONORIS CAUSA

On 28 October 2011, the «Alexandru Ioan Cuza» University of Iași conferred upon José Luis de la Cuesta the title of Doctor Honoris Causa. The ceremony was held in the Aula Magna «Mihai Eminescu» –an auditorium carrying the accumulated weight of over a century and a half of academic life.

The choice of Iași was one with deliberate symbolism. This was Pella's university. To award the highest academic distinction to the man who had led the AIDP into the twenty-first century, in the very institution where one of the Association's founders had lectures, was a gesture whose significance was not lost on those who knew the historical context. The *Laudatio* reportedly emphasised de la Cuesta's work on human rights within the criminal justice system, alternatives to imprisonment, and the protection of victims –topics of actual and very important relevance to Romanian law.

It is of worth mentioning that Romania's record on prison conditions back then was facing some challenges. The European Court of Human Rights has issued multiple adverse judgments against Romania on this point⁶. That a scholar of de la Cuesta's stature would engage with these issues –and do so with empathy rather than condescension– carried a significance that transcended any formal honour.

V. THE ROMANIAN ACADEMY LECTURE, OCTOBER 2012

In late October 2012, professor José Luis de la Cuesta delivered a lecture at the Romanian Academy in Bucharest under the title «The New Criminal Law: Tradition, Recodification, Reform, Judicial Progress». The timing was significant. Romania had adopted but not yet implemented its new Criminal Code (Law No. 286/2009) and new Criminal Procedure Code (Law No. 135/2010); the codes would not enter into force until 1 February 2014, after

⁶ See, inter alia, the judgments of the European Court of Human Rights in *Rezmives and Others v. Romania* (Applications Nos. 61467/12 et al., judgment of 25 April 2017) and *Bragadireanu v. Romania* (Application No. 22088/04, judgment of 6 December 2007).

a series of postponements. The legal community of scholars and practitioners was then divided between those who viewed the new legislation as a necessary modernisation and those who feared that excessive borrowing from foreign models had been done without adequate consideration of local existing conditions.

Into this atmosphere of somewhat of a circumspection, José de la Cuesta spoke about the Spanish experience with the criminal law reform. Spain had undertaken its own comprehensive recodification in 1995 and had subsequently amended the Criminal Code on multiple occasions⁷. He addressed the difficulty of reconciling tradition with the necessity of modernisation, the hazards of importing legal solutions across jurisdictional boundaries without sufficient adaptation, and the indispensable role of judicial practice in making a new code operationally effective. These were not abstract observations delivered from just a theoretical point of view. He was describing problems that the Romanian legal community was experiencing in real life, and his experience referring to concrete Spanish examples provided his analysis with an authenticity that a purely doctrinal exposition could not have achieved.

The Romanian Academy is not a forgiving audience. The scholars and jurists assembled in that room possessed strong beliefs and considerable willingness to express them. José Luis de la Cuesta held his ground with courtesy and intellectual firmness, and he did not avoid acknowledging that Spain's own reform trajectory had been far from flawless. That quality of intellectual honesty –the willingness to present one's own national experience as instructive precisely because it is imperfect– earned him considerable respect.

VI. BUCHAREST, MAY 2016: ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW

Among the most important events organised by the AIDP together with Romanian representatives of the penal law society of scholars and practitioners was the Second World Conference on «The Protection of the Environment through Criminal Law», held in Bucharest from 18 to 20 May 2016. The conference was organised jointly by the AIDP, the Institute for Legal Research of the Romanian Academy, the Romanian Association of Penal Sciences, and the Ecological University of Bucharest. Although José Luis de la Cuesta had by

⁷ The Spanish Criminal Code (Ley Organica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) was adopted in 1995 and subsequently underwent major amendments in 2003 (LO 15/2003), 2010 (LO 5/2010), and 2015 (LO 1/2015).

then concluded his presidency of the AIDP (which ended in 2014), his academic and professional imprint on the event was unmistakable.

The conference addressed topics ranging from corporate criminal liability for environmental harm to the practical challenges of prosecuting environmental offences in developing countries. The proceedings were subsequently published as a special volume of the *Revue Internationale de Droit Pénal*, with de la Cuesta among the editors⁸.

For Romania, the subject matter was of high actual relevance. Persistent problems of illegal logging, industrial pollution, and waste management failures have demonstrated the need of amending and updating the national legal framework in the matter. Law No. 101/2011, which transposed the EU Environmental Crime Directive, is widely considered to need serious analysis and reform⁹. Of course the Bucharest conference did not solve these deficiencies, but it performed a valuable function: bringing together Romanian practitioners and academics, creating an international network of expertise and producing the Bucharest Declaration, which provided a reference point for subsequent reform discussions in this matter.

VII. THE TERRORISM CONFERENCE, FEBRUARY 2017

In February 2017, Bucharest hosted the AIDP World Conference on «Towards an International Court on Terrorism»¹⁰. The conference arose from a Romanian-Spanish diplomatic initiative launched in 2015 that proposed the establishment of an international criminal court dedicated to the prosecution of terrorist acts. The proposal raised difficult questions concerning jurisdiction, the political instrumentalisation of counter-terrorism proceedings, and the perennial problem of developing a widely acceptable definition of terrorism.

Regardless of one's position on the merits of the underlying proposal – and scholarly opinion was divided– the conference was intellectually substantial. That it was framed as a joint Romanian-Spanish initiative gave it particular resonance for those of us who had observed the deepening partnership

⁸ The Bucharest Declaration on the Protection of the Environment through Criminal Law was adopted at the close of the conference on 20 May 2016. The conference proceedings were published in the *Revue Internationale de Droit Penal*, Vol. 87 (2016).

⁹ Law No. 101/2011 for the prevention and sanctioning of certain acts regarding environmental degradation, transposing Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law.

¹⁰ The Romanian-Spanish initiative for an International Court against Terrorism was formally launched in 2015, building on earlier proposals by Romanian academic and diplomatic actors.

between the two countries' legal communities. De la Cuesta's presence was, by this point, both expected and valued: quiet, authoritative and always prepared to engage with the substance of the discussion.

VIII. THE ARSP CONFERENCES: 2018 AND 2019

The final two occasions on which I personally witnessed de la Cuesta present in Bucharest were the annual conferences of the Romanian Association of Penal Sciences (ARSP). The first, held on 17 November 2018 at the Palace of the Parliament, addressed cybercrime. On this occasion José Luis de la Cuesta presented a paper entitled «Information Society and Penal Law.» The second, on 17 May 2019 at the Romanian-American University, dealt with current issues in criminal law, when his contribution was entitled «Victims and the Criminal Justice System in the XXIst Century.»

These conferences were more intimate than other academic events and in certain respects, more productive. The audience was predominantly formed of Romanian academics, practitioners, doctoral students and thus discussions frequently turned to specific problems of national law. I would recall a particularly vigorous exchange at the 2019 conference concerning the transposition of the EU Victims' Directive in Romania¹¹, during which José Luis de la Cuesta offered comparative observations drawn from the Spanish experience that shed light to several issues with which the Romanian legal community had been dealing.

What I valued most about these occasions was the contact between de la Cuesta and younger Romanian scholars. Colleagues from the Police Academy were present alongside senior figures such as Tudorel Toader and Constantin Duvac. José Luis de la Cuesta treated every participant with the same intellectual seriousness. He questioned junior scholars about their presentations, offered substantive commentary and provided encouragement. This form of academic generosity is not universal among theoreticians of his standing and it left a lasting impression on those who experienced it.

IX. ASSESSING THE NATURE OF SCHOLARLY INFLUENCE

A measure of caution is nevertheless required. Romania's criminal law reform has been primarily realised by Romanian jurists, responding to domes-

¹¹ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.

tic conditions and European legal obligations. No single foreign scholar, however distinguished, can claim credit for the direction that reform has taken. But academical influence in the field of law does not operate through direct influence. It operates through conversations, through the provision of comparative examples, through the gradual accumulation of ideas that enter the professional discourse and thus influence the terms of debate.

De la Cuesta's influence on Romanian criminal law has worked in precisely this manner. His ideas on alternatives to imprisonment has informed domestic debates about prison reform at a time when the European Court of Human Rights was, with ample justification, placing sustained pressure on Romania to address systemic deficiencies. His work on corporate criminal liability contributed to the framing of discussions that accompanied Romania's implementation of relevant EU standards. His research on environmental criminal law provided conceptual resources that were needed but lacking. And his consistent presence in the Romanian community of both academics and practitioners – year after year, conference after conference – communicated a signal of considerable importance: that the work of Romanian criminal law scholars mattered to the wider international community.

X. CONTINUITY AND CONCLUSION

I began this paper by mentioning that José Luis de la Cuesta made me understand the real importance of Vespasian Pella. I wish to conclude by reflecting on what that represents. The AIDP is now a century old. Its history is, in many respects, the history of international criminal law itself – its ambitions, its failures, its slow and uneven but definitely steady progress towards an international legal order. Romania has been part of that history since its inception, yet for much of the twentieth century, that connection was altered or attenuated by political circumstances beyond the control of the academic community.

José Luis de la Cuesta has put up significant efforts to restore that connection. He achieved this not through dramatic gestures but through the patient and persistent work of showing up, engaging with substance and demonstrating genuine attention for the academic life of a legal community other than his own. The Doctor Honoris Causa from Iași, the conferences in Bucharest, the lectures, the papers, the conversations at coffee breaks – taken together, these constitute something more than a mere list of professional activities. They constitute a relationship. And relationships, in academic life as in all other domains of human endeavour, are what endure.

Con todo mi respeto y amistad, querido José Luis.

CAPÍTULO II

Derecho Penal. Parte General

13. TRAS EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD. O SOBRE LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

MERCEDES ALONSO ÁLAMO

Catedrática jubilada de la Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

José Luis de la Cuesta Arzamendi se ha ocupado del principio de humanidad en diferentes ocasiones a lo largo de su vida académica¹. Siguiendo los pasos de su maestro, Antonio Beristain Ipiña, sostiene en sus publicaciones una concepción amplia de dicho principio. Beristain lo consideraba un axioma, una verdad clara apoyada en la tradición, la cultura, los valores, a los que, decía, recrea y supera, y que «nos obliga a cultivar el valor de la compasión»². Nos preguntamos si el principio de humanidad se halla hoy en crisis. Sobre ello vamos a reflexionar en estas páginas en homenaje a José Luis de la Cuesta con motivo de su jubilación. Al hilo del alcance y contenido del principio, de sus avances y retrocesos, trataremos de examinar la cuestión de si el derecho penal actual tiende a deshumanizarse.

¹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore*, n.º 23, 2009, pp. 209 y ss., el mismo «Principio de humanidad y prisión perpetua», en *Contra la cadena perpetua*, Arroyo Zapatero, L./Lascaraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (eds.), Rodríguez Yagüe, C. (coord.), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 125 y ss.

² BERISTAIN IPIÑA, A., «Axiomas fundamentales de la criminología ante la globalización y la multiculturalidad», en *Eguzkilore*, n.º 17, 2003, pp. 90 y 93.

II. ALGO DE HISTORIA

Los orígenes del principio pueden situarse en el derecho penal humanitario que surge con la Ilustración. Como recordaba Antón Oneca, el *humanitarismo* «impulsado por la sensibilidad de la época de las luces, y favorecido por el sentimentalismo de la época romántica, ha llevado a una continua dulcificación de los castigos»³.

Pero el humanitarismo no debe ser entendido como una cuestión de sentimientos. Decía Tomás y Valiente que «si hay una moral propia de la Ilustración y en ella nuevas virtudes como la tolerancia y la beneficencia, entre ellas hay que situar el humanitarismo, «la compasión de las desgracias ajenas»»⁴. Sin embargo, advertía, el humanitarismo es algo más que pura sentimentalidad o puro sentimiento humanitario: el pensamiento riguroso de la Ilustración no puede ser reducido a mera sentimentalidad, antes bien, «este componente sentimental del pensamiento ético-jurídico de la Ilustración cumple una función complementaria de su racionalismo ético»⁵.

En la exigencia de filósofos y juristas del siglo XVIII de un castigo sin suplicio, con anulación del espectáculo y anulación del dolor, veía Foucault «un grito del corazón o de la naturaleza indignada» que clamaba por respetar la humanidad hasta del peor de los asesinos⁶. En el centro del movimiento ilustrado se halla la reacción frente al rigor de las penas del Antiguo Régimen: la pena de muerte, las penas corporales, las penas infamantes..., las penas desproporcionadas. Conocido es el alegato de Beccaria en favor de la dulzura de las penas: «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave»⁷. Las legislaciones penales fueron respondiendo de forma progresiva, gradual, a las exigencias humanitarias de la Ilustración⁸.

Un importante retroceso se produjo en la primera mitad del siglo XX en la fase del llamado derecho penal autoritario (en rigor, totalitario) en Rusia, Italia y Alemania⁹.

³ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed. por Hernández Guijarro, J. J./ Beneytez Merino, L., Madrid: Akal, 1986, p. 61.

⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1994, p. 239.

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, cit., pp. 239 y ss.

⁶ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, 3.ª ed., Madrid: Siglo XXI, 1978, pp. 19 y 78.

⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, traduc. De las Casas, J. A., 3.ª ed., Madrid, Alianza ed., 1982, pp. 71 y s. Si bien, justificaba excepcionalmente la pena de muerte, pp. 74 y ss.

⁸ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit. pp. 60 y s.

⁹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit. pp. 64 y ss.

El principio de humanidad resurge tras la Segunda guerra mundial como uno de los fundamentos de la moderna política criminal. El principio de humanidad es erigido, ante todo, como «el principio director del derecho penitenciario»¹⁰, y hoy se proyecta, como veremos, no solo sobre las penas y su ejecución sino también sobre el delito y sobre las víctimas.

Frente a los excesos represivos del derecho penal, tras la Segunda guerra mundial se abrió camino una tendencia hacia la resocialización del delincuente. Sin embargo, como ya advirtió Mir Puig, frente al problematismo de la resocialización, el principio de humanidad es más indiscutible¹¹. Mir Puig veía en el principio de humanidad uno de los límites del *ius puniendi* propios del Estado democrático. La dignidad de la persona es un límite a respetar por el Estado democrático «fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren»¹², de manera que por razones de conveniencia o utilidad no pueda un Estado democrático acudir a penas crueles ni desproporcionadas.

Pero Mir Puig constató también que desde los años ochenta del pasado siglo la tendencia a la humanización del derecho penal parece haberse detenido, apreciando en el ámbito nacional e internacional una tendencia a la ampliación y endurecimiento del derecho penal¹³. Esta tendencia no solo no se ha contenido desde que Mir Puig la observara, sino que ha seguido avanzando. ¿Nos hallamos entonces ante un segundo periodo de retroceso del principio de humanidad? ¿Podemos hablar de la deshumanización del actual derecho penal? Antes de tratar de responder a estas cuestiones, importa examinar la relación del principio de humanidad con la dignidad humana.

III. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y DIGNIDAD HUMANA

Si bien el principio de humanidad se abrió camino a partir de las ideas de la Ilustración y pudiera verse en él, a efectos penales, una prioridad cronológica toda vez que propició el reconocimiento de la dignidad por las constituciones modernas, desde la perspectiva actual del Estado democrático, constitucional, la dignidad humana es el *prius* lógico y axiológico. La dignidad se halla

¹⁰ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, traduc. Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 30.

¹¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín, V./Valiente Iváñez, V., Barcelona: Reppertor, 2015, p. 134.

¹² MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 134.

¹³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 134.

en la base de los derechos inviolables de la persona y de la proscripción constitucional de los tratos inhumanos y degradantes. Porque se reconoce la dignidad de las personas, las penas no pueden ser crueles, ni degradantes, ni desproporcionadas, y deben ejecutarse «humanamente» respetando la dignidad. La afirmación de la dignidad de la persona en las constituciones modernas y en las declaraciones internacionales de derechos comporta el reconocimiento del principio de humanidad y su elevación a principio rector de la política criminal. Ello suscita la cuestión de las relaciones y límites entre principio de humanidad y dignidad humana.

La estrecha conexión entre los principios de dignidad y humanidad se evidencia en el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, de 1966, cuyo artículo 10.1 establece que «toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Trato humano y respeto a la dignidad deben estar presentes en la ejecución de la pena privativa de libertad, pero ¿en qué relación se hallan ambos principios? ¿el respeto a la dignidad comporta por sí mismo un trato humano y al revés?

Decía Torío López que «humanidad y dignidad no se confunden necesariamente», y que «de cada valor brotan indicaciones diferenciadas, aunque quizá no distintas, para la valoración de hechos o comportamientos». En un esfuerzo por trazar la difícil línea de demarcación entre ataques a la humanidad y ataques a la dignidad, sostenía que en los ataques a la humanidad predomina la crueldad y en los ataques a la dignidad predomina la degradación y envilecimiento de la víctima¹⁴. La distinción posibilita, sin duda, una aproximación diferenciadora de, por un lado, conductas que comportan un ataque a la dignidad de la persona a la que se degrada, cosifica o instrumentaliza como medio para un fin (por ejemplo, prisión perpetua, penas infamantes, pero también delitos de trato degradante y tortura, de trata de seres humanos, relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, explotación laboral, utilización de menores de edad o de incapaces para la práctica de la mendicidad, tráfico ilegal de órganos humanos, etc.), y, por otro lado, conductas que atentan contra el valor de humanidad (así, pena de muerte, penas corporales, delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad...). Sin embargo, la posible concurrencia en la situación concreta de crueldad y degradación, incluso si tienen diferente peso, hace que la distinción sea poco operativa en aquellos supuestos, delitos y penas, en los que concurre la degradación de otro y la acción cruel (pensemos en la pena de muerte agravada por

¹⁴ TORÍO LÓPEZ, A., «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, p. 81.

la forma de ejecución, por ejemplo, haciendo sufrir innecesariamente con suplicios al ajusticiado, o en delitos de lesa humanidad con tortura). Es por ello que, si bien la distinción proporciona un aparato conceptual valioso para una mejor comprensión de la realidad, debe acogerse con la prudencia que aconseja la propia indeterminación de los conceptos y la compleja realidad jurídica a la que va referida. Y así, por ejemplo, una pena como la prisión perpetua, degradante y, por tanto, contraria a la dignidad, puede también ser examinada (y cuestionada) a la luz del principio de humanidad.

Para De la Cuesta, el principio de humanidad postula la dignidad de la persona¹⁵ o se identifica con ella¹⁶. Pero, pese a la estrecha conexión entre principio de humanidad y dignidad, es posible mantenerlos conceptualmente diferenciados sin incurrir en un círculo vicioso. La dignidad de las personas es el *prius* lógico y axiológico que lleva a afirmar la humanidad de las penas... y del derecho penal. A su vez, el principio de humanidad ha posibilitado, y posibilita, la afirmación de la dignidad.

La proyección del principio de humanidad en el delito, la pena o las víctimas requiere un acuerdo acerca de su contenido esencial, es decir, acerca de lo específicamente humano. A lo largo del tiempo y en las diferentes sociedades y culturas, lo que se considera humano o inhumano varía sustancialmente. Esto explica la pervivencia histórica de la pena de muerte o de la prisión perpetua en países que se proclaman democráticos¹⁷, o, en España, el retorno de la prisión perpetua por la puerta de la prisión permanente revisable.

Inhumana es la acción cruel que recae sobre una persona con independencia de que se instrumentalice a la misma como un medio para un fin¹⁸. La

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Principio de humanidad y prisión perpetua», cit., p. 125.

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», cit., p. 210.

¹⁷ Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 159.

¹⁸ En un sentido amplio, la crueldad puede ser entendida, con Von Trotha, como la acción que involucra a un sujeto que actúa con la intención de infligir dolor físico o sufrimiento psíquico, social o espiritual a un ser vivo capaz de experimentar dolor, en contra de su voluntad o resistencia. La crueldad se presenta como un síndrome de disposiciones y habilidades que se muestran en la acción cruel. A juicio de Von Trotha la acción cruel responde a las siguientes características: es una acción intencional; la intención de la persona que actúa cruelmente es infligir dolor y sufrimiento a la víctima; es irrelevante que coincida con el deseo subjetivo de ser cruel con otra persona; se dirige a un ser humano vivo o a un animal, esto es, a quienes sabemos o presumimos que pueden sufrir dolor; puede consistir en violencia física o concentrarse en la psique de la víctima por lo que es posible crueldad sin violencia física; causa graves daños físicos o psíquicos, permanentes o no; para que el concepto sea válido interculturalmente, no puede reducirse al daño físico sino que ha de atender a otros determinantes (psíquicos, sociales y espirituales); la acción cruel tiene un componente de exceso porque se desvía de las acciones usuales de acuerdo con las categorías de la cultura respectiva; y, finalmente, la acción cruel se inflige en contra de la voluntad o resistencia de quien es victimizado, sea hombre o animal, VON TROTHA, T., «On cruelty. Conceptual considerations and a summary of an interdisciplinary debate», en *On Cruelty*, Trotha, T. V./ Rösel, J. (eds.), Köln: Rüdiger Köppe, 2011, pp. 5 a 15. Al respecto, ya en ALONSO ÁLAMO, M., «La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso», en *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*,

crueledad que se ejerce sobre personas es una acción inhumana que puede causar dolor físico, sufrimiento psíquico, social o espiritual. La crueldad que recae sobre personas es inhumanidad. Con ello nada se dice, sin embargo, sobre el contenido esencial, la consistencia, de la acción inhumana, cruel, ni acerca de bajo qué circunstancias concurre un atentado contra la dignidad, esto es, con instrumentalización o cosificación de la persona. La incorporación de variables multiculturales puede acarrear una relajación del principio dado que hay culturas en las que perviven las penas corporales¹⁹. Sin embargo, frente a lo que se sostiene desde el colectivismo crítico, no se puede renunciar a la universalidad de los derechos humanos, ni tampoco cabe redefinir la dignidad en términos culturales. La dignidad de la persona, en línea con la tradición kantiana, tiene un contenido esencial permanente e irrenunciable que se eleva como una barrera ante derechos culturales e identitarios, proscribiendo las penas corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua. También se alza frente a las penas privativas de libertad de larga duración e, incluso, permite examinar críticamente la pena de prisión. La invocación del contenido esencial o de lo específicamente humano nada dice, ciertamente, sobre lo que la humanidad y la dignidad sustancialmente es, por lo que subsistiría un remanente de incertidumbre por el que podrían filtrarse valoraciones culturales. Pero al menos sí establece un coto, delimitable en el marco de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que apunta a lo que no se puede aceptar: la acción cruel, inhumana, y la instrumentalización de la persona como un medio para un fin envileciéndola o degradándola; lo que significa rechazar los postulados colectivistas del comunitarismo más puro o estricto.

IV. ÁMBITOS DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y CRISIS DEL PRINCIPIO

El principio de humanidad, anclado en la dignidad de la persona, deviene en exigencia político criminal que se disemina y proyecta sobre todos los ámbitos de la justicia criminal, singularmente en los delitos, las penas y las víctimas.

Arroyo, L./ Schabas, W. (eds.), García-Moreno, B. (coord.), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 41 y ss.

¹⁹ ALONSO ÁLAMO, «Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, pp. 8 y s.

Principio de humanidad por antonomasia es el principio de humanidad de las penas, pero el principio va más allá: es una exigencia a cumplir en la total realización de la justicia criminal. Con ser muy importante su proyección en el ámbito de las penas y su ejecución, alcanza también a los delitos, exigiendo, de un lado, y negativamente, que acciones insignificantes, de bagatela, queden fuera del Derecho Penal, o que no se recurra innecesariamente a tipos cualificados o a agravaciones específicas, y, de otro lado, y positivamente, que el Derecho Penal proteja la humanidad y dignidad de la persona incriminando conductas que comporten crueldad o degradación o envilecimiento de la víctima. Además, como ha señalado especialmente José Luis de la Cuesta, el principio de humanidad se proyecta también en la necesaria atención a las víctimas de cualquier delito²⁰.

Examinemos los diferentes ámbitos en los que el principio de humanidad se proyecta a fin de detectar en qué supuestos el mencionado principio se halla en crisis.

1. Uno de los ámbitos en que más tardíamente se ha proyectado el principio de humanidad es el de las víctimas. José Luis de la Cuesta advirtió muy pronto, sin embargo, que a la luz de las enseñanzas de la victimología «una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción»; y señalaba, entre las exigencias del principio referido a las víctimas, «su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia, y a la reparación»²¹.

En el derecho penal sustantivo, la circunstancia atenuante de reparación –hoy examinada también a la luz de la crisis del sistema tradicional de sanciones²²–, despliega una importante función cuando se la examina desde la perspectiva de los intereses de las víctimas²³. Siendo esto así, es un instrumento que contribuye a la humanización del derecho penal.

²⁰ A su juicio, «tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho Penal: – la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho Penal y en las consecuencias jurídicas del delito; – la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; – la atención a las víctimas de toda infracción penal», todo ello sin perjuicio, como también señala, de su incidencia en categorías dogmáticas, como la culpabilidad, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», cit., p. 211.

²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», cit., p. 224.

²² Sobre la crisis de la política criminal tradicional, ALASTUEY DOBÓN, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 57 y ss.

²³ GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de*

En el ámbito procesal penal, la justicia restaurativa, que se abre paso desde hace décadas junto a la justicia convencional, tiene entre sus fines la humanización de la justicia²⁴. Los beneficios de la justicia restaurativa para víctimas y ofensores están ampliamente reconocidos²⁵. Las prácticas restaurativas permiten, a juicio de De la Cuesta/ Germán, «reforzar la autonomía y la dignidad de la víctima del delito»²⁶. De la justicia restaurativa se ha dicho que refleja los valores democráticos por los que los europeos han luchado a lo largo de la historia y que nunca hasta ahora habían sido tan relevantes en Europa²⁷. La transformación del modelo procesal penal se ha relacionado con la expansión del derecho penal. A juicio de Barona Vilar, en el «desasosiego jurídico» producido por un derecho penal que va dejando de ser mínimo emerge la justicia restaurativa²⁸. La atención a las víctimas en el modelo complejo restaurativo²⁹, del que se ha destacado su afán «garantista y humanitario»³⁰, constituye sin duda un avance en el proceso de humanización del derecho penal. Dicho modelo se puede ver como una cristalización del principio de humanidad en relación con las víctimas.

Sin embargo, lo logrado con la justicia restaurativa corre el riesgo de perderse a través de la figura de la conformidad, progresivamente reconocida en la actualidad, que parece centrarse en razones de eficacia, esto es, en la aceleración del proceso y en ser «aliviadero» de la justicia, más que en la de-

Sevilla), Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 23 y s. Sobre la discutida intelección de la atenuante desde la perspectiva de la justicia restaurativa, ALCÁCER GUIRAO, R., «La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación», en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Martínez Escamilla, M./Sánchez Álvarez, P. (coords.), Madrid: Reus, 2011, pp. 109 y s. Sobre la reparación del daño ocasionado a la víctima como un instrumento de la justicia restaurativa, RUEDA MARTÍN, M.^a A., «La dimensión restaurativa de la circunstancia atenuante de reparación del daño ocasionado a la víctima en la violencia sexual y de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 46, 2025, pp. 31 y ss.

²⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. C., *La justicia restaurativa como alternativa integrada en el proceso penal*, Barcelona: Atelier, 2024, pp. 29, 75 y ss. y 105 y ss.

²⁵ ALONSO RIMO, A., *El diálogo como derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Madrid: Dykinson, 2024, pp. 15 y s.

²⁶ DE LA CUESTA, J. L./GERMÁN, I., *La justicia restaurativa en España*, Madrid: Iustel, 2022, p. 111.

²⁷ CHAPMAN, T., «La justicia restaurativa en Europa», en *Justicia restaurativa; Una justicia para las víctimas*, Soletto, H./Carrascosa, A. (dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 38.

²⁸ BARONA VILAR, S., «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización», en *Justicia restaurativa; Una justicia para las víctimas*, Soletto, H./Carrascosa, A. (dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 56 y s.

²⁹ Ampliamente sobre el mismo y sus diversas manifestaciones, BARONA VILAR, S., «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización», cit., pp. 58 y ss.

³⁰ AGUILAR CÁRCELES, M. M.^a, «La cara opuesta al retribucionismo penal: la justicia restaurativa y la especial protección de los menores de edad», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, p. 15.

fensa de la parte pasiva del proceso³¹. Conformidad y reparación de la víctima, dice Aguilera Morales, «son dos nociones que rara vez confluyen y, menos aún, por este orden»³². Puede decirse, por tanto, que en relación con las víctimas el principio de humanidad, pese a los indudables avances, no acaba de consolidarse.

2. En el ámbito de los delitos, el principio de humanidad se proyecta en la parte general y en la parte especial del derecho penal.

Entre las cuestiones de parte general, cabe mencionar en primer lugar la proyección del principio de humanidad en la culpabilidad jurídica. La concepción personal, individual, de la culpabilidad, según la cual solo puede imputarse personalmente la acción libre, más o menos condicionada, realizada por un sujeto capaz de comprender la significación antijurídica de su comportamiento y autodirigirse de acuerdo con dicha comprensión, es una concepción respetuosa y acorde con el principio de humanidad. José Luis de la Cuesta, siguiendo a Roxin, se muestra partidario de una concepción de la culpabilidad que parte de tratar al sujeto normal «como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad» en base a la «recíproca atribución de libertad», y entiende que esta concepción es coherente con el principio de humanidad³³. El concepto personal de culpabilidad fundado en la libertad de la voluntad, que estimamos preferible a la propuesta de acudir a una recíproca atribución de libertad para fundamentar la culpabilidad jurídica³⁴, responde igualmente a las exigencias del principio de humanidad. La culpabilidad individual, que pone en su centro a la persona, es conforme materialmente con el principio de humanidad. Desde esta posición, cabe aceptar causas supralegales de exclusión de la culpabilidad³⁵ que respondan al principio rector de la inexigibilidad y sean análogas a las reconocidas legalmente, sin que pueda verse en ello un humanitarismo claudicante, ni suponga reconocer al juez facultades

³¹ AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en *Justicia restaurativa; Una justicia para las víctimas*, Soletto, H./ Carrascosa, A. (dirs.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 291. Otras críticas al sistema de la conformidad en FERRÉ OLIVÉ, J. C., «El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-06, 2018, TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», en *InDret* 4, 2024, pp. 183 y ss.

³² AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», cit., p. 291.

³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», cit., p. 211.

³⁴ ALONSO ÁLAMO, M., «Sobre el fundamento de la culpabilidad jurídica. Unas últimas reflexiones», en Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, García Mosquera, M./ Rodríguez Vázquez, V./Díaz y García Conlledo, M./Luzón Peña, D.-M. (dirs.), Madrid: BOE, 2024, pp. 255 y ss.

³⁵ En sentido diverso, JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 542, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traduc. Luzón Peña, D.-M./ Díaz y García Conlledo, M./ De Vicente Remesal, J., Madrid: Civitas, 2008, pp. 959 y ss.

propias del legislador, ni incurrir en analogía prohibida, contra reo, toda vez que las causas supraleales de exclusión de la culpabilidad no restringen, sino que amplían, la libertad social de acción.

También en la punibilidad³⁶, el principio de humanidad está llamado a desplegar una importante función. Responden a dicho principio, por ejemplo, aquellos casos que Silva Sánchez denomina de auto-resocialización, como el del toxicómano que, tras cometer un delito, se somete a un exitoso tratamiento de deshabituación³⁷, casos en el que el cumplimiento de una pena acarrea más perjuicios que beneficios.

En el ámbito de la parte especial, el principio de humanidad exige que el derecho penal sea mínimo. Fuera del derecho penal deberían quedar acciones que no atentaran contra un bien jurídico penal, o que carecieran de una significativa potencialidad lesiva. No parece que el derecho penal avance en esta dirección. Antes bien, el derecho penal crece a costa del derecho administrativo sancionador, se elevan a delito conductas antes constitutivas de simple falta, se introducen de forma creciente agravaciones e hiper-agravaciones específicas no siempre justificadas, se adelantan las barreras de protección de los bienes jurídicos, aumentan los delitos de peligro abstracto puro, se incrementan los bienes jurídicos colectivos, se incriminan conductas que no atentan contra un bien jurídico... Ello es expresión de la deshumanización del derecho penal. No obstante, también en los últimos tiempos se ha intensificado la protección penal de la dignidad (delitos contra la integridad moral, tortura, relativos a la prostitución, trata de seres humanos, tráfico de órganos humanos, genocidio, lesa humanidad, etc.) junto a los delitos que pertenecen al núcleo duro del derecho penal, lo que es positivo desde la perspectiva de la realización del principio de humanidad.

3. La deshumanización del derecho penal se hace especialmente evidente en el ámbito de las penas. El establecimiento de marcos penales cada vez más amplios y desproporcionados o la introducción en el 2015 en el código penal español de la prisión permanente revisable son claras manifestaciones de ello. En el marco internacional perviven la pena de muerte y la prisión perpetua³⁸, ignorándose las exigencias del principio de humanidad. En la experien-

³⁶ GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 69 y ss. Sobre la punibilidad como elemento del delito entendido como «hecho punible», SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas/Aranzadi, 2025, pp. 1920 y ss.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 1964 y ss.

³⁸ Amplia información al respecto en diferentes libros colectivos editados por ARROYO ZAPATERO y otros: *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2010, *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La

cia norteamericana reciente la deshumanización de la justicia criminal es especialmente evidente³⁹. La prisión permanente revisable es asimismo contraria al principio de humanidad. Como dice José Luis de la Cuesta, que sea revisable no la hace compatible con el principio de humanidad: «la revisibilidad no resuelve la incompatibilidad radical y de entrada de estas penas con el postulado de humanidad, sino que busca sólo dar respuesta a la necesidad preventivo especial (se supone que sobrevenida) de ejecución de la pena impuesta»⁴⁰.

Problemática es, en cambio, la valoración de la finalidad resocializadora de la pena a la luz del principio de humanidad. La pena orientada a la resocialización del delincuente suele ser considerada como una manifestación positiva del principio de humanidad⁴¹. Esto no impide reconocer, sin embargo, que la resocialización presenta un problematismo que no tiene el «indiscutible» principio de humanidad, como señala Mir Puig en el pasaje antes citado. José Luis de la Cuesta destacó, ya en 1982, la inidoneidad de la intervención resocializadora como medio de prevención de delitos, y mostró sus dudas sobre la extendida identificación entre humanitarismo y resocialización, poniendo de relieve que, bajo la apariencia del interés del condenado, este puede ser objeto de las más diversas manipulaciones⁴². Pero, tras señalar los peligros inherentes al «mito» de la resocialización denunciados por corrientes radicales y críticas, De la Cuesta se muestra partidario del mantenimiento de la finalidad resocializadora de la pena por diferentes razones, entre las que destaca «las peligrosas consecuencias que podría provocar su abolición tanto en el seno del sistema penal en su conjunto como, particularmente, en el marco de la privación de

Mancha, 2014, *Contra la cadena perpetua*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. Vid. también, MÍNGUEZ ROSIQUE, M., *Penas crueles e inusuales. El debate sobre los límites constitucionales al castigo en los Estados Unidos*, Barcelona: Atelier, 2020. Y *La crueldad en las Constituciones y en los Convenios Internacionales*, Gil Gil, A./Manero Salvador, A. (coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

³⁹ IPPOLITO, D., «El humanismo penal entre pasado y presente», en *Sistema*, n.º 113, 2025, pp. 91 y ss.

⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Principio de humanidad y prisión perpetua», cit. p. 131. Ampliamente sobre la inhumanidad de la pena de prisión permanente revisable, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «No solo mala: inconstitucional», en *Contra la cadena perpetua*, Arroyo Zapatero, L./Lascuraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (eds.), Rodríguez Yagüe, C. (coords.), Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 121 y s.

⁴¹ Así lo sintetiza MÍNGUEZ ROSIQUE: «la orientación de la pena privativa de libertad a la resocialización garantiza que la pena cumpla una finalidad para con el propio delincuente, al que se honra, por tanto, como persona; al que es inherente su autonomía; al que no se instrumentaliza para alcanzar fines ajenos a él; y garantiza también que la ejecución de la pena privativa de libertad se realice de manera que se intente minimizar la deshumanización y el deterioro de la personalidad que puede conllevar la privación de libertad prolongada», MÍNGUEZ ROSIQUE, M., *Penas crueles e inusuales. El debate sobre los límites constitucionales al castigo en los Estados Unidos*, cit., p. 17.

⁴² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982, pp. 142 y ss. y 145 y ss.

libertad»⁴³. No parece que el desiderátum se cumpla en el momento presente. Las causas son muy diversas⁴⁴. Pero en tiempos de populismo punitivo, como en el que estamos instalados, el poder punitivo del Estado tiende a expandirse y endurecerse, la finalidad resocializadora de la pena se empequeñece, y el principio de humanidad se debilita y tiende a desaparecer.

V. BALANCE FINAL

Entonces, ¿crisis del principio de humanidad? ¿qué crisis? En relación con el derecho penal español, la cuestión no puede contestarse de manera generalizada, sino que es preciso atender diferenciadamente a los distintos ámbitos sobre los que se proyecta el principio. Junto a avances en la protección penal de la dignidad, o en la justicia restaurativa, a reserva de lo dicho sobre sus fricciones con la conformidad, se observan alarmantes retrocesos, en especial los relacionados con el exceso de criminalización, con el sistema de penas y con el endurecimiento de las mismas. Lejos de avanzar hacia la humanización, el derecho penal tiende a deshumanizarse. Por ello es preciso cambiar de rumbo y echarse a andar con decisión tras el principio de humanidad.

VI. A MODO DE ULTILOGO: ¿Y QUÉ ES DEL POSTHUMANISMO Y DEL TRANSHUMANISMO?

En los últimos tiempos, con el desarrollo de la biotecnología, las neurociencias, la inteligencia artificial, la robótica... se plantean nuevos retos al derecho penal. Hacia el futuro, el objetivo de alcanzar la inteligencia artificial general (IAG) dibuja un panorama en el que el concepto y el sentido de lo humano podrían llegar a ser profundamente transformados. Hace años que se viene advirtiendo del riesgo posthumanista de las manipulaciones genéticas, que pueden conducir a la dominación de unos seres humanos sobre otros y a

⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, cit., pp. 151 y ss.

⁴⁴ Sobre la crisis del ideal resocializador y sus diferentes causas, GONZÁLEZ COLLANTES, T., «Auge y crisis de la resocialización. Crisis y auge de la pena de prisión», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 115, 2015, pp. 165 y ss., FERNÁNDEZ ABAD, C., «(Re)interpretando la crisis de la resocialización como rasgo definitorio de la prisión contemporánea: una aproximación a sus causas y posibilidades reales», en *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, Vol.16, 2018, (a1602), pp. 1 y ss., ZELASCO, A. M. (2024), «La crisis del principio de resocialización. Un análisis comparado de la actualidad argentina y española», en *Revista Sistema Penal Crítico*, 5, 2024, <https://doi.org/10.14201/rspc.31469>

consecuencias impredecibles sobre la identidad y dignidad⁴⁵. Con la búsqueda de la inteligencia artificial general (IAG) se ha reabierto el viejo debate posthumanista sobre la reducción de la vida a materia viviente⁴⁶, y se plantea hacia el futuro la cuestión de un nuevo transhumanismo con la peregrinación de la conciencia humana desde «la carne a la máquina»⁴⁷, y la creación de androides o robots con IAG, humanoides creados, no engendrados. Ante tales escenarios distópicos, el derecho penal ha de estar preparado y erigirse en baluarte de los derechos humanos, de la dignidad de la persona y del principio de humanidad.

⁴⁵ HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, traduc. por Carbó, R. S., Barcelona: Paidós, 2002, pp. 24 y ss.

⁴⁶ BALLESTEROS, J., «Biotecnología, biolítica y posthumanismo», en *Biotecnología y posthumanismo*, BALLESTEROS, J./FERNÁNDEZ, E. (coords.), Pamplona: Aranzadi, 2007, pp. 31 y ss.

⁴⁷ En referencia a Hans Moravec, HERNÁNDEZ GARRE, J. M./DE MAYA SÁNCHEZ, B./GARCÍA VICENTE, F./GOMARIZ SANDOVAL, M. J., «Los usos posthumanistas de la biotecnología: de la manipulación genética al cyborg», en *Revista Nuevas Tendencias en Antropología*, n.º 7, 2016, pp. cit., p. 220.

14. LAS PENAS MÁXIMAS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO. RELEYENDO A ROBERT BADINTER, UN GRAN JURISTA EUROPEO

LUIS ARROYO ZAPATERO

Profesor emérito de Derecho Penal y fundador del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Rector honorario

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Correspondiente de la Académie de Sciences morales et politiques de Francia, de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología

En estos tiempos turbulentos más que nunca es necesario reclamar la bondad de los valores europeos que se consagran como fundamentales tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea. Por ello resulta imprescindible ligar las ideas a las personas que encarnar esos valores. Por esta razón estimo que es buen cosa dedicar esta semblanza de Robert Badinter al libro Homenaje a José Luis de la Cuesta, otro gran europeo muy internacionalizado como antiguo presidente de la AIDP, cultivador de todos esos valores que como los mandamientos pueden resumirse en uno: respetar el principio de un Derecho Penal humanista.

Las palabras y las cosas, dueto tan del gusto de Michel Foucault, son hijas de su tiempo. Los hombres y sus ideas también. Así ocurre con Robert Badinter. Recuerdo bien sus palabras en la presentación del proyecto académico del procurador europeo en Luxemburgo cuando al referirse a las primeras instituciones europeas dijo que se crearon cuando «las cenizas de los cremato-

rios estaban todavía tibias». He repetido mucho la cita, pues la *Société Internationale de Défense Sociale* se creó en ese mismo tiempo.

Pero entonces no sabía la historia personal y familiar de Badinter. Especialmente la de su padre, cuya imagen logró entrever en el lugar de encierro junto con otros judíos franceses en Lyon, en el cuartel de la Gestapo de Klaus Barbi, camino posiblemente de Sobibor, uno de los lugares como aquellos «Cimetiers sous la lune» que denunció Georges Bernanos respecto de la España de Franco. También fue testigo de la más radical de las penas más graves, en el verano de la liberación asistió a la ejecución de varios colaboracionistas condenados por una corte marcial¹. Del mismo modo aprendió rudamente que el no retorno de su padre y tantos otros era por su asesinato en los campos de exterminio nazis.

Tres son las penas más graves que se pueden presentar en el mundo contemporáneo: la pena de muerte, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes y la prisión perpetua. A la superación de las tres penas ha dedicado Badinter su vida. Las tres están directamente prohibidas en la Unión Europea, pues así se contempla en los primeros artículos de la Carta europea de Derechos Humanos.

La pena de muerte esta proscrita radicalmente en el art. 2.1. La tortura es un trato delictivo por cuenta de agentes estatales y alguno podría decir que no es propiamente pena, pero las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad pueden llegar a ser calificadas como tortura, en criterio del sentido común y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, la prisión perpetua en su término propio, es decir, vitalicia y sin revisión de condena, como pena que no dejar lugar a la esperanza, es en la interpretación del Tribunal Europeo una pena inhumana y degradante.

Las tres penas prohibidas se fundamentan en el principio que proclama precisamente el artículo 1 de la Carta: «La dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida». Este principio y la prohibición de las tres penas mencionadas pueden ser consideradas «ideas europeas», no tanto porque sean de nuestra particular «invención» sino porque Europa es el único espacio geopolítico que los ha configurado como valores y como normas jurídicas constituyentes. Naturalmente no se oculta con ello que la proclamación de la dignidad humana y de las penas prohibidas son el grito contra las crueldades que los

¹ Se cuenta con una muy completa biografía de Robert Badinter elaborada por Pauline Dreyfus: *Robert Badinter: L'épreuve de la Justice*, Editions Tucan, 2009. También se dispone de relatos autobiográficos: *Les épines et les roses*, sobre los hechos y experiencias entre 1981 y 1986, Fayard 2011, así como *L'abolition*, Fayard 2000. Sobre sus orígenes familiares y en recuerdo de su abuela materna ofreció su último libro: *Idiss*, Fayard 2018. También al tiempo de su fallecimiento una amplia nota de Franck Johanès y Bertrand Le Gendre en *Le Monde* el 9 de febrero de 2024: *Robert Badinter, l'ancien ministre et avocat qui a fait abolir la peine capitale en France, est mort*.

europeos hemos realizado de modo sistemático entre nosotros mismos hasta el fin de la II Guerra Mundial, y son fruto de lo mucho que hemos matado y torturado, con 150 años de guerras civiles europeas en serie.

Pero a esa proclamación de las Carta Europea se ha llegado lentamente desde 1945 como consecuencia, por una parte, de los relatos de la crueldad transmitidos por la literatura y el cine y periodísticos y por la intervención política de personalidades destacadísimas que dedicaron su vida a combatir esas manifestaciones de crueldad hasta convertir las prohibiciones en norma constitucional, nacional o europea.

Robert Badinter es quizá el mejor ejemplo de una vida dedicada sistemáticamente a hacer realidad y derecho vinculante esos valores. Podemos añadir a su nombre algunos otros y les invito a evocarlos. Sin duda entre los italianos podríamos mencionar a Giuliano Vassalli, entre los españoles a Francisco Tomás y Valiente, etc., pero si deseamos identificar una sola personalidad de quien prediquemos la condición de europeo, por vida y obra, proclamo sin vacilar a Robert Badinter.

Lo justifica su obra como profesor, abogado y hombre político que es de relevancia suma, en lo interno por la reforma penal, con la abolición de la pena de muerte, un código penal moderno y de nueva planta, sin sustituirla por la prisión perpetua, ya en sus primeros meses de Ministro de Justicia, y las reformas jurisdiccionales, con la supresión de los tribunales militares de excepción o el establecimiento de la obligación de que los miembros de los jurados antes de enjuiciamiento visitaran una prisión. A la vez una profunda llevó a cabo una reforma penitenciaria pues «nuestras prisiones no son las peores de Europa, pero algunas no son dignas de Francia.» Y es que además de la sobrepoblación penitenciaria, 45.000 presos con 32.500 plazas y unas infraestructuras muy anticuadas se encontraban en prisión provisional un 50% de presos del momento. Se propuso reservar la prisión para los delincuentes reincidentes y para la gran criminalidad. Su tiempo no fue fácil, pues se producían oleadas de motines carcelarios, que dificultan ante la opinión pública llevar adelante un programa penal humanista. De hecho, tras la llegada de Chirac se instaura la pena de prisión perpetua «incompressible», es decir, a vida y sin remisión.

I. LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

La pena de muerte constituye una de las formas moderna de barbarie decía el Maestro Torres, abogado experimentado con quien el joven Bandinter hizo su aprendizaje. Aunque seguramente sintiera el primer estremecimiento

en aquel verano de la Liberación. Desde entonces la abolición de la pena de muerte y de las demás forma de crueldad fue su compromiso personal, político y profesional.

En Francia le llamaban *Monsieur Abolition*. Desde los primeros años 70 se convirtió en el abogado más requerido por los condenados en instancia. El reclamo era su elocuencia y su efectividad ante los tribunales de jurado, la más difícil labor de un abogado. Francia, a la que asociamos las libertades y los derechos del hombre, era a finales de los 70 el único país europeo que no había abolido la pena capital. En su descargo cabe decir que se había abolido en los países en los que precisamente más se había matado a sangre fría por parte del Estado y sus agentes. El primero Alemania, donde al margen de los genocidios y las atrocidades anexas tan solo la justicia civil y solo en Berlín había ejecutado 3.500 personas. Italia, al tiempo de la liberación, experimentó un número de ejecuciones insoportable de colaboracionistas que se acompañó por la supresión de la pena de muerte en la Constitución y en el código penal común, a lo que siguió la supresión de las leyes especiales que la mantenían y fue definitivamente excluida del derecho penal militar en tiempos de guerra en 2007, como nos lo recordó Giorgio Marinucci en el artículo publicado precisamente tras producirse en la mencionada abolición². España, al llegar a la democracia y la Constitución estaba ya harta de sangre: desde las 50.000 personas ejecutadas después de su victoria en la guerra civil, con un fervor sistemático que el propio conde Ciano, en su visita a Madrid en junio de 1939, a dos meses de concluida la guerra civil, recoge en su Diario su queja de que los estruendos de los fusilamientos nocturnos le impidían dormir. Franco mismo muere haciendo ejecutar a cinco condenados por tribunales militares. En verdad, para la gente de mi generación en España, la protesta contra la pena de muerte forma parte de nuestro proceso de formación, sentimental y moral.

El caso de Gran Bretaña fue singular. Allí el gran adalid de la abolición, el Badinter británico, fue el laborista Sidney Silverman, que triunfó, pero no por sus propios argumentos, sino porque dos tribunales con una opinión pública atenta ordenaron la ejecución sucesiva de dos personas y se descubrió posteriormente con gran escándalo que las dos eran inocentes y que eran otros los culpables. La estupidez criminal humana que comporta una condena a un inocente tuvo más impacto que el rechazo de la crueldad de toda ejecución³.

² «La pena di morte», en *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. 3, 2010, p. 401-406.

³ Luis ARROYO ZAPATERO, *Abolición Internacional de la Pena de Muerte: Cuestión de Sentido y Sensibilidad*, Tirant lo Blanch 2024. Sobre Gran Bretaña v. Luis ARROYO ZAPATERO, *La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña*, en Cristina RODRÍGUEZ, *Clásicos españoles contra la pena de muerte*, Ciudad Real 2013, p. 471-502. Leon RADZINOWICZ, *Adventures in Criminology*, Routled-

Aunque la especialidad mayor de Robert Badinter era el derecho privado y mercantil, aceptaba los procesos de defensa de derechos y libertades. En 1972 no fue capaz de convencer al jurado de que no se debía imponer la pena de muerte a dos personas acusadas de haber tomado rehenes en una prisión y haber dado muerte a una enfermera y a un guardia, pero solo uno de los dos presos la había degollado. El caso y el acompañamiento como abogado en las celdas de los condenados a muerte y el contemplar la ejecución de uno, que al menos no había sido ejecutor del hecho, con el espectáculo terrible de la guillotina en acción, convirtieron a Badinter en un militante encarnizado contra la pena de muerte. A la sensación atroz de la ejecución capital se añadía una experiencia amarga, ya que en la mayor parte de los casos de los acusados capitales no se daban todos los elementos de la plena culpabilidad, que podría fundamentar la aplicación de la pena de muerte frente a cualquier otra inferior. Casi siempre aparecían circunstancias propias de los trastornos de la personalidad incompatibles con la idea de castigar al que mata a sangre fría. Lo ha descrito en un volumen monográfico⁴.

Durante nueve años actuó Badinter denunciando una justicia que mata y que, en última instancia, llevaba a que fuera el presidente de la República, quien tuviera el dominio de la hoja de la guillotina al conceder o denegar el indulto. Su actividad ante los jurados, su presencia en las noticias, su labor sistemática de explicación a la opinión pública fue sembrando el camino de la abolición con la enorme dificultad de que, como consecuencia del impacto de crímenes atroces, un porcentaje sostenido entre el 55-60 % de esa opinión pública eran partidarios decididos de la pena de muerte⁵. El debate no dejó de estar presente en el parlamento en el que, además de las propuestas abolicionistas de la izquierda se presentaban propuestas abolicionistas de sectores conservadores. Y no se puede dejar de poner de relieve que entonces se produce por vez primera la firme toma de posición pública contra la pena capital de la Iglesia Católica⁶ francesa al más alto nivel.

ge 1999. Hay reciente edición española de la que soy responsable junto a otros cualificados profesores y jóvenes penalistas traductores españoles y americanos, Aventuras en Criminología, en Tirant lo Blanch 2025, v. el capítulo sobre la Real Comisión sobre la pena de muerte, p. 36-414.

⁴ Robert BADINTER, *L'Exécution*, Livre de Poche, 1973; Robert Badinter, *La Abolición*, prólogo de José Luis Rodríguez Zapatero, trad. de Marta Muñoz de Morales, Tirant lo Blanch 2013. Versión original *L'Abolition*, Fayard, Paris 2000. Enrique DÍAZ ARANDA y Olga ISLAS, *Pena de muerte*, UNAM e INACIPE, 2003.

⁵ Sobre la opinión pública, ver *La abolición*, en 1979 estaban a favor de la pena de muerte 55 % y de la abolición solo el 37 %. En 1981 los partidarios de la pena de muerte sumaban el 63%, *La Abolición*, p. 208.

⁶ *La Abolición*, pp. 137-138.

François Mitterrand, que había incorporado a su programa electoral la abolición, ganó las elecciones presidenciales de 1981 y tras las siguientes elecciones parlamentarias inmediatas llevó a Badinter a encabezar el ministerio de justicia. Desde allí, y con pleno apoyo del presidente, logró alcanzar las mayorías del congreso y del Senado, que aprobaron la ley de la abolición sin incorporar una pena sustitutiva, como se le había reclamado, precisamente la prisión perpetua. Sobre el suelo firme abolicionista de toda Europa Robert Badinter abrazó la tarea de la abolición universal, tarea emprendida desde su patronazgo por una parte del Ensamble contra la peine capital y la World Coalition Against the Dead Penalty, y por otra, por sus intensa participación en la Comisión internacional contra la pena de muerte creada en 2010, a instancia del presidente español José Luis Rodríguez Zapatero, en la que se integraban además Federico Mayor Zaragoza como Presidente, antiguo director general de la UNESCO y Giuliano Amato, hasta hace poco presidente de la Corte Constitucional de Italia y otros antiguos y antiguas presidentas de sus respectivos países.

La Comisión Internacional interviene de modo sistemático con estudios, denuncias y propuestas en soporte de la resolución por la moratoria adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde su primer sometimiento a votación ganadora en 2007. Fue aquella una iniciativa italiana y quizá la última, pues a partir de esa fecha con un cambio de gobierno, el gobierno italiano solamente se ocupó de garantizar los plazos más cortos posibles de prescripción. Fue el gobierno de España, el que tomó la bandera abandonada por el gobierno del país de Beccaria⁷.

Pero el proceso de abolición universal que caminaba de modo inexorable y también especialmente en Estados Unidos, donde numerosos estados, más de la mitad de todos ellos, habían o suprimido la pena de muerte o habían adoptado una moratoria y se había reducido sensiblemente el favor de la opinión pública a la pena capital ha experimentado un cambio político de impacto internacional en todos los órdenes con el nuevo presidente. En el inabarcable catálogo de órdenes ejecutivas adoptadas con mucha pompa se oculta una con la que se enfrentan también a toda la América Latina y Europa y al principio de humanidad: un mes después de tomar posesión como presidente, Donald Trump ha ordenado al Departamento de Justicia a través de la Oficina del Fiscal General la reanudación de la pena capital federal y el levantamiento de la

⁷ Sobre historia y Actividades de la Comisión Internacional contra la pena de muerte v. <https://icomdp.org/>

moratoria de las ejecuciones por la Orden Ejecutiva n. 14164 sobre Restauración de la Pena de Muerte y Protección de la Seguridad pública⁸.

Entre los argumentos que con que pretenden justificar su decisión se encuentra, por un lado, que «el pueblo estadounidense mediante sus representantes legítimos ha reafirmado la eficacia de la pena capital por sus efectos disuasorios, como vehículo para las víctimas de obtener Justicia y satisfacción emocional. De esta forma se reanuda la historia del Departamento de Justicia que ha impulsado condenas de penas de muerte federales para los crímenes más horribles bajo el imperio del Derecho y se cierra a un periodo en el que la voluntad popular había sido suplantada por creencias personales, durante el cual, violadores de menores, asesinos en masa, terroristas y otros peligrosos criminales dejaron de ser imputados con la pena capital, lo que minó y dañó de forma grave la confianza de la opinión pública en el sistema de justicia penal, para las víctimas de estos crímenes, inacción que traicionó el deber sagrado de hacer Justicia». A su vez, ordena al Departamento tomar todas las medidas necesarias para obtener una reevaluación de los precedentes judiciales que han venido limitado la autoridad de los gobiernos estatales y federales para imponer la condena capital. La Oficina Federal de Prisiones colaborará con los sistemas carcelarios estatales para asegurar que existen suficientes suministros de drogas letales y recursos para llevar a cabo las ejecuciones. Para colmo, como respuesta a la conmutación por parte del Presidente Biden de las 37 condenas por delitos federales, «el Departamento de Justicia procederá con la siguiente directiva: primero, se abrirá un foro público para los familiares de las víctimas para que manifiesten como estas conmutaciones les afectaron personalmente; segundo, se buscará dentro de la legalidad vigente la condena capital para los condenados conmutados por la legislación estatal, tras consulta con los familiares y otras partes interesadas; tercero, y último, se tomarán las medidas necesarias para que las condiciones de reclusión de los conmutados se corresponda con la naturaleza de sus crímenes, historial delictivo y demás consideraciones pertinentes.» Se trata de una autentica orgía de crueldad. Al terminar su primer mandato quiso ejecutar a los 13 condenados federales a pena de muerte, aunque solo consiguió ejecutar a tres. Biden indultó esa pena al resto, y ahora parece que el nuevo presidente pretende anular el indulto.

En todo lo expuesto y en el modo en que lo expresan presenta claramente su desprecio por la verdad y por el conocimiento científico, pues no solo está

⁸ Donald J. Trump (2nd Term), *Executive Order 14164—Restoring the Death Penalty and Protecting Public Safety Online* por Gerhard Peters y John T. Woolley, *The American Presidency Project* <https://www.presidency.ucsb.edu/>

ya acreditado que la pena capital no tiene fuerza intimidante superior a la prisión perpetua, lo que se advierte además en que las tasas de homicidios no varían por disponer o no en cada Estado de pena capital, sino que quiebra además una tendencia muy clara a la reducción de condenas y ejecuciones capitales en los últimos 20 años, como expresión del rechazo que comporta su crueldad y para evitar la condena irreversible de inocentes, así se han reducido desde los 98 ejecutados en 1999 a los 25 desde 2019 y siguientes. Por otra parte, más de 8 Estados han abolido la pena capital o han adoptado moratorias en los últimos 10 años de manera que en la actualidad la ha abolido 27 Estados, cuatro de ellos están sometidos a moratoria, es decir que se mantiene solo en 23 Estados⁹.

La orden ejecutiva se levanta contra uno de los valores más señeros del Estado de Derecho, como es la prohibición de establecer castigos retroactivos, tal como ejecutar las penas capitales a quienes les han sido conmutadas por el anterior presidente y su muerte sustituida por la prisión perpetua. Sufrirá el profesor Bessler¹⁰, que ha puesto en claro que la obrita del Marqués de Beccaria estaba en todas las bibliotecas de los padres fundadores de Estados Unidos. Es, además, una humillación para más de la mitad de la ciudadanía americana que es contraria a la pena capital. La caída del favor a la pena de muerte ha alcanzado a bajar a la cifra desde el 80% de 1994 a un 53 %. Pero los extremistas abusan y mienten con mucho éxito.

II. LA TORTURA

A la convención internacional de 1985 se llega tras un intenso camino de hechos criminales consumados y de la acción de numerosos abogados y ONGs de Derechos Humanos. Robert Bandinter aprendió el horror de la tortura como joven abogado, en especial durante la guerra de Argelia en los años 60, e interviene en numerosos casos, lleva a cabo además las denuncias junto al *Nouvel Observateur* y *el Express*. Sorprendentemente lo que pudo convencer a la jurisdicción británica en el caso Pinochet para su extradición a España o para su enjuiciamiento en Chile fue precisamente el delito de tortura y no los delitos

⁹ V. <https://deathpenaltyinfo.org/research/analysis/reports/year-end-reports/the-death-penalty-in-2024>.

¹⁰ John BESSLER, *The Birth of American Law. An Italian Philosopher and the American Revolution*, Carolina Univ. Press, Durham 2014 y lo último del autor: «International Abolitionist Advocacy: The Rise of Global Networks to Advance Human Rights and the Promise of the Worldwide Campaign to Abolish Capital Punishment», en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 34. pp. 1 y ss.; «Lost and Found: The Forgotten Origins of the "Cruel and Unusual Punishments" Prohibition», en *British Journal of American Legal Studies*, 2025, pp. 213 y ss.

contra la humanidad que había cometido manifiestamente, pero en un tiempo en el que todavía no habían sido consagrados por el Estatuto de Roma¹¹.

Puede decirse que el gran combate civil contra la tortura en Francia desde los años 60 con la guerra de Argelia por medio, que se había convertido en el método predilecto de los militares franceses en su enfrentamiento con el terrorismo del Frente de Liberación Nacional de Argelia. Con un ambiente de gran exasperación y violencia unos pocos muy valientes y comprometidos se enfrentaron al «recurso del método» que grabara en mármol Alejo Carpentier: Robert Badinter, Jean Jaques Servan-Schreiber, Jaques Vergés, Roland Dumas y Gisèle Halimi. Destacan dos semanarios capitales, le *Nouvel Observateur* y *L'Express*, al que asesoran y participan como abogados en las denuncias por tortura en los casos más conocidos por los nombres de las víctimas, como el Johanson y el Audin. Este último un profesor de matemáticas de la Universidad de Argel torturado y hecho desaparecer. Los abogados acompañan a los intelectuales: Pierre Vidal-Naquet, Luc Montagnier, Francois Maspero, François Mauriac, Jean Paul Sartre, Simone de Beauvoir y Albert Camus, aunque no fuera este firmante del famoso «Manifiesto de los 121». La convención contra la tortura de 1985 se firma por Francia siendo Badinter ministro de Justicia, y recordamos con él que «la tortura es la negación misma de la justicia y de la humanidad»¹².

III. LA PRISIÓN PERPETUA

Las penas muy graves, arbitrariamente impuestas, sin juicio justo o sin juicio alguno, las penas tan graves por cumplirse en condiciones tales que puedan equipararse a la tortura suelen producirse por una desatención manifiesta de los Estados por destino de todos los presos y sus condiciones de incumplimiento absoluto de las reglas penitenciarias internacionales. Pero en determinadas circunstancias la crueldad de las penas es producto directo de una política de Estado. El caso más significativo ha sido tradicionalmente el de los Estados Unidos, el país con el mayor número de presos por 100.000 habitantes, 531, dos millones doscientos mil presos para una población de trescientos

¹¹ De gran utilidad es el último libro de Philip SANDS, *Calle Londres 38. Dos casos de impunidad: Pinochet en Inglaterra y un nazi en Chile*, Anagrama, Barcelona 2025.

¹² Dreyfus, cit., pp. 40 y ss. También Luis ARROYO ZAPATERO «La tortura y lo inhumano. Fundamento de su prohibición absoluta», en *Libro Homenaje a Vicente Gimeno Sendra*, 2020. Hay versión alemana en el *Libro Homenaje a Hans Jörg Albrecht*. Puede verse en mi Blog: <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/2021/03/16/la-tortura-y-lo-inhumano-fundamento-de-su-prohibicion-absoluta/>; Luis de la Barreda Solórzano, *La lid contra la tortura*, Ed. Cal y Arena, Ciudad de México 1995.

treinta y cuatro millones de personas. Su monstruosidad se capta en la mera comparación de datos: Rusia 300, Brasil 357, Reino Unido, España 113 Francia 110, Italia 93. Solo El Salvador de Bukele dobla la tasa de los Estados Unidos¹³.

Pero si esa es la realidad del país más desarrollado de la tierra, desde la toma del poder por Donald Trump la crueldad en el trato a los que priva de libertad se ha practicado y proclamado como política del Estado. El ejemplo más plástico es, sin duda, la comparecencia de la secretaria de Seguridad Interior de los Estados Unidos en el Salvador, Kristi Noem, en la super cárcel de Bukele, apta de incluir una hiper masificada población de 50.000 presos, que se produjo tras el envío de 200 detenidos sin juicio alguno y vulnerando una orden judicial suspensiva. Allí se presenta para grabar un video, situada ante una abigarrada multitud de presos para declarar que quiere que «se sepa por los extranjeros que vienen a nuestro país ilegalmente que esta es una de las consecuencias a las que se pueden enfrentar. Si no se van, los vamos a cazar, arrestar y podrían terminar en esta cárcel salvadoreña». Esta declaración es por sí mismo de una brutalidad desconocida en países civilizados: amenazar con el infierno de Dante, con una situación de tortura, a quien se encuentre en los Estados Unidos sin los permisos pertinentes, sin que sea necesaria la menor comprobación de la situación ni de su posible vinculación a un hecho criminal, que no se corrige ni siquiera cuando se reconoce por un juez que se han equivocado de persona.

Pero si las palabras son terribles aún es peor el attrezzo de la Secretaria y la escenografía, perfectamente diseñada por sus servicios de comunicación con ese aspecto de señora rica, moldeada en ropa sugerente, con la gorra trumpista y con el reloj por encima de las 40.000 dólares delante del bulto grupal de los más miserables de América, implica una retórica erótica cruel que el cualificado especialista Jeff Sharlet ha dicho que esa escenografía es directa intención de mostrar la «erotización sádica del poder»¹⁴.

Por razón de su crueldad la pena de prisión perpetua debería ser excluida de los ordenamientos. Ya se ha dicho que en Francia Badinter a la hora de la abolición se negó a acompañar esta con prisión perpetua como sustitutivo. Eso ocurrió solamente cuando un posterior gobierno conservador instauró la prisión «*incompressible*», sin remisión.

¹³ <https://www.hrw.org/world-report/2025/country-chapters/el-salvador>. y <https://es.statista.com/estadisticas/635143/paises-con-mayor-poblacion-reclusa-por-cada-100000-habitantes-julio-de/>

¹⁴ *Don't Take the Bait – Kristi Noem and Fascism's Sadistic Eroticization of Power*, 28 marzo 2025, en religiondispatches.org.

Sobre la situación jurídica y fáctica en Italia me remito a Stefano Manacorda y su contribución al centenario de Beccaria, a Mario Pisani y Gustavo Zagrebelsky¹⁵ y para la española a Luis Arroyo, Juan Antonio Lascuraín y Mercedes Pérez Manzano¹⁶.

IV. TRABAJOS EUROPEOS DE ROBERT BADINTER EN FRANCIA Y EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En Francia se creía suficiente al Consejo de Estado para la protección de los derechos humanos respecto de los actos del Estado y sus agentes. Aunque en 1974 se había ratificado el Convenio europeo de derechos humanos no se había aceptado ni la jurisdicción obligatoria del Tribunal, ni el derecho al recurso individual que permite al ciudadano acudir a él directamente. En 1986 el ministro Badinter promueve el reconocimiento de la jurisdicción y en 1988 se llevó a cabo la aceptación del derecho al recurso individual. De este modo y con un país tan importante por fin en su seno, el espacio y la profundidad del Derecho común europeo alcanzó nuevas cotas. Como expresó nuestro personaje «acoger la competencia del Tribunal de Estrasburgo y permitir a los ciudadanos interponer recursos individuales es reconocer que la justicia no se acaba en las fronteras nacionales, sino en los principios universales de la dignidad humana.» Podemos recordar que Italia aceptó la jurisdicción y el recurso individual respectivamente en 1973 y 1974, con Mariano Rumor de primer ministro.

Tras cesar como ministro, fue nombrado por Mitterrand presidente de la Corte Constitucional francesa, donde impulsó su relevancia práctica y reforzó su competencia y favoreció la cooperación y trabajos comunes con los otros tribunales constitucionales de Europa. Fue, en consecuencia, un competente actor para el «diálogo de las Cortes»¹⁷.

Propuso la creación de una Corte de conciliación y de arbitraje en el seno de la OSCE, organización en la que entonces se tenían puestas muchas esperanzas y que terminó creándose en 1995, precisamente con Robert Badinter

¹⁵ Mario PISANI, «La pena dell'ergastolo». *Riv. It. DPP*, 2016, pp. 575 y ss. Vladimiro ZAGREBELSKY e. a., *Manuale dei Diritti fondamentali in Europa* 3.ª ed. Il Mulino, Bolonia 2016, p. 195.

¹⁶ *Contra la cadena perpetua*, UCLM Cuenca 2016 y Beatriz LÓPEZ LORCA, *La posición europea frente al castigo, Los estándares penológicos y penitenciarios del case law del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Iustel, Madrid 2024.

¹⁷ Robert BADINTER, *Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2020-numerique/qpc10ans-robert-badinter.php>

como primer presidente. Además, contribuye de modo sistemático a la consolidación constitucional de las nuevas democracias del este de Europa.

Interviene en las operaciones diplomáticas durante el desmembramiento de la antigua Yugoslavia y, ante el fracaso que representan la guerra y los crímenes de guerra y contra la humanidad que llevó consigo, propuso la creación de la Corte Penal Internacional para esa antigua Yugoslavia y enseguida para Ruanda, Sierra Leona... Proclamó que «la inmunidad desafía la justicia y ultraja a las víctimas». Su acción fue un gran empuje para la creación de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma en el año 2002¹⁸. Precisamente su último escrito es el firmado junto con Bruno Cotte y Allain Pellet: *Vladimir Putine. L'Acusation Fayard*, Paris 2023.

En ese mismo año publica «*Pour une Constitution Européenne*» pero su optimismo chocó, sin embargo, con los conflictos e intereses políticos internos franceses. Con ese optimismo irreductible, con lo que estamos viendo, hoy merece la pena recordar con los ojos del presente su afirmación de que «una buena constitución, como en los Estados Unidos de América, es la que permite a los demócratas y a los republicanos gobernar y turnarse». En 2003 propuso reforzar Eurojust y avanzó propuestas sobre la europeización a través del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la unificación de las reglas de procedimiento penal. Ya todo lo piensa Badinter en perspectiva europea.

Y para concluir deseo evocar el personaje también bien europeo, que más ha sorprendido a Robert Badinter y a todos penalistas y cultivadores de los Derechos humanos, el papa Francisco, portador de todo un programa de Política criminal humanista. Basta con citar dos ideas profesadas y una acción trascendente ejecutada. La idea manifestada a los equipos directivos de las cinco sociedades científicas internacionales en materia penal en la Sala de Papas en 2014 fue la siguiente: «la pena de muerte y la prisión perpetua son las pasiones de la crueldad» y la acción ejecutada es la abolición de la pena de muerte en el catecismo de la Iglesia Católica¹⁹. Robert Badinter y el papa Francisco son dos personalidades ciertamente bien europeas que merecen el recuerdo especialmente ante el Día de Europa.

¹⁸ V. Pauline DREYFUS, cit., pp. 289 y s., Robert BADINTER, *Pour une Constitution Européenne*, Fayard, Paris 2002.

¹⁹ Luis ARROYO ZAPATERO, *Abolición Internacional de la Pena de Muerte: Cuestión de Sentido y Sensibilidad*, Tirant lo Blanch 2024.

15. REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL A RAÍZ DE LA CONTRIBUCIÓN DEL PROFESOR JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

Cuando recibí la invitación para participar en el merecido libro homenaje al Profesor y Maestro De la Cuesta Arzamendi y al amigo José Luis, me vinieron a la mente algunos recuerdos y reflexiones sobre su persona. Desde que le conocí en alguna de las visitas que frecuentemente realizaba a nuestra Universidad de Valencia, siempre me llamó la atención su carácter afable y tranquilo, su cercanía, su faz risueña y su capacidad para proyectar al ambiente que le rodea su bondad natural. De ahí que, en la búsqueda de una respuesta a la duda sobre qué escribir en esta obra colectiva, me propuse exponer mi contribución a varias exigencias.

Así, tendría que versar sobre una temática en la que nuestro homenajeado hubiera sentado doctrina. También sería aconsejable que se pudiera vincular el objeto de estudio con algunos rasgos académicos de la personalidad de nuestro autor. Y, finalmente, convendría que la materia no me fuera desconocida.

Entre sus numerosas y ricas aportaciones, pude comprobar que De la Cuesta había dedicado una especial atención al principio de humanidad en derecho penal, institución que, a pesar de su notable relevancia, no había gozado de un gran desarrollo por parte del resto de la doctrina. La materia, en efecto, reflejaba una clara característica del humanismo del Profesor de la Uni-

versidad del País Vasco. Y, en fin, algo al respecto he escrito y algo al respecto creo que estoy en condiciones de poder decir.

En la presente contribución abordaré tan sólo dos cuestiones relacionadas con el principio de humanidad, procurando que no sean las propias que nuestro homenajeado ha tratado con tanto acierto y profundidad, a fin de no repetir sus ideas, sino complementarlas.

En primer lugar, dedicaré unos párrafos al origen de este axioma, que se remonta al pensamiento de la Ilustración, pues de esta manera se comprende mejor su significado y ámbito de aplicación.

Y, en segundo lugar, llevaré a cabo una propuesta relativa a su diferente entendimiento según se perciba desde una visión universalista (propia de los sistemas jurídicos de corte occidental), o, por el contrario, desde otra más particularista (que atiende a un diferente enfoque según la diversidad cultural de sistemas jurídicos diferenciados, como el propio de algunas comunidades indígenas de Latinoamérica).

Con toda la brevedad que exigen los razonables límites impuestos en esta obra, se desarrollan las mentadas cuestiones en los siguientes apartados.

II. ENUNCIADO, SIGNIFICADO Y ORIGEN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL

El principio de humanidad en derecho penal está vinculado a la consideración de la persona como ser dotado de dignidad humana, lo cual supone (en sus relaciones con el sistema penal), en primer término, que sea contemplado como fin en sí mismo y no como mero medio o instrumento, y, en segundo término, que quede vedado todo trato cruel, humillante, degradante y, en definitiva, todo trato inhumano. De ahí que, sobre todo teniendo presente las exigencias que impone el art. 15 de la CE, su impronta haya cuajado especialmente en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, en la medida en que, particularmente en el campo de la administración de justicia penal, el sujeto no pueda ser sometido a pena o trato inhumano o degradante ¹.

¹ Son muchos los trabajos dedicados por nuestro homenajeado a esta materia. Mencionaré ahora algunos de ellos. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal» *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 209-225. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Le principe d'humanité en droit pénal», *Revue de droit penal et de criminologie*, vol. 93, núm. 11, 2013, pp. 911-926. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «La actualidad del principio de humanidad en Derecho Penal y en la Política Criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2014, pp. 3-8. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Principio de humanidad y prisión perpetua», en AA. VV.: *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 125-134.

En efecto, en las obras generales de nuestra disciplina, el principio de humanidad suele ser concebido como límite al *ius puniendi* del Estado en el marco de la sanción a imponer al responsable del delito en el sentido señalado de prohibir que dicha imposición tenga un contenido inhumano o degradante. En la medida en que toda pena supone siempre infligir un mal al reo, su propia condición como ser humano determina una limitación a la causación del daño como consecuencia de la perpetración del delito. En tal sentido, la pena, que constituye el mecanismo más violento con los que cuenta el poder público para reaccionar frente al crimen, en un Estado de Derecho no puede desconocer, por muy grave que sea la infracción cometida, la dignidad humana del perpetrador. De tal suerte que en la imposición del castigo la privación de sus bienes y derechos inherentes al mismo (su honor, su patrimonio, su libertad, etc.) no puede ser de tal entidad que deje irreconocible al sujeto de la misma su condición como ser humano. En definitiva, el castigo, como el peor de los males que legítimamente puede causar el Estado a sus ciudadanos, no puede desconocer que quien lo sufre no es un vegetal, ni un animal, ni una cosa, sino un ser humano. El problema, sin embargo, no se encuentra tanto en la formulación y fundamento de este principio, sino en determinar la frontera de lo inhumano, indigno y degradante. Sobre este controvertido aspecto se volverá más adelante ².

Tal y como señalé al principio de esta contribución, no expondré los diversos instrumentos internacionales donde viene recogida esta institución, ni la respectiva jurisprudencia emanada de los correspondientes órganos jurisdiccionales, ni tampoco todos los ámbitos del sistema penal en los que se encuentra su fundamento. Ahora creo más oportuno dedicar unas reflexiones a su origen en la medida en que coadyuvan a un mejor entendimiento del principio de humanidad en derecho penal ³.

Nuestro homenajeado, con razón, otorga un fundamento kantiano a este axioma en el sentido de reivindicar la dignidad humana como oposición a la instrumentalización del individuo para alcanzar fines ajenos a su persona ⁴.

² En este sentido, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025, p. 413.

³ Sobre estos aspectos en los que no me centraré aquí, me remito a la primera nota de este trabajo donde nuestro autor profundiza en estas y otras cuestiones relacionadas con el presente axioma. Entre las obras generales, además de la ya citada en nota anterior de Silva Sánchez, le dedican especial atención COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 99 y ss. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 199 y ss.

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI: «El principio de humanidad en Derecho Penal...», cit., p. 214. «El concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración, se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como "fin en sí mismo" y no "puro o simple medio"».

Ahora bien, de ahí no cabría deducir que el principio de humanidad en derecho penal, especialmente entendido como límite a la imposición del castigo, se pueda inferir de la filosofía del profesor alemán ilustrado.

Así es, en la medida en que Kant consideró a la justicia como imperativo categórico⁵, concibió la función de la sanción como retributiva de forma absoluta, alcanzando tres consecuencias difícilmente aceptables en un Estado civilizado: la legitimidad de la pena de muerte, la defensa de la ley del talión y la obligada imposición de la pena capital al asesino aun cuando la sociedad se disolviese. Como ha manifestado un relevante sector de la doctrina, estos postulados entran en abierta contradicción con su formulación de la dignidad humana con base en la consideración de la persona como fin en sí mismo y no como medio o instrumento. En estas tres consecuencias derivadas de su concepción de la justicia penal como retribución absoluta, el individuo pierde esa esencia humana y se convierte en un mero objeto⁶.

Luego si el principio de humanidad en derecho penal se predica, en primer término, como fundamento y límite del castigo y de su imposición, no habrá que atribuir su origen y formulación al pensamiento kantiano, sino que, por el contrario, será en otra obra y en otro autor (muy combatido por el propio Kant) donde se podrán descubrir sus raíces más profundas.

Existe un consenso prácticamente universal en considerar la obra de Cesare Beccaria, «Tratado de los delitos y de las penas», como la más relevante tanto del derecho penal como de la Política Criminal en el mundo occidental a partir de su aparición en 1764 y hasta hoy en día⁷.

Este pequeño gran libro es un fiel reflejo del ideario ilustrado desarrollado coherentemente como fundamento para tratar la problemática criminal⁸. De hecho, los principios político-criminales básicos sobre los que se asienta el moderno derecho penal (material, procesal y de ejecución) descansan en la propuesta del Marqués de Beccaria⁹. Pero, si tuviera que llevar a cabo una

⁵ Sobre el Derecho Penal como imperativo categórico, por todos, PÉREZ DEL VALLE, C.: «Poena forensis y retribución», *Indret*, núm. 3, 2020, pp. 214-259, 226 y ss.

⁶ En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: «Reivindicación de la concepción kantiana del Derecho y del delito: tras la libertad», *Teoría y Derecho*, núm. 25, 2019, pp. 134-157, 138. JIMÉNEZ REDONDO, M.: «Kant sobre el Derecho Penal», *Teoría y Derecho*, núm. 25, 2019, pp. 158-177, 162 (expresado en palabras del autor, «Kant contra Kant»). DEMETRIO CRESPO, E.: «Crítica a la retribución como fin de la pena», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. extra 1, 2021, pp. 107-129, 110.

⁷ En las notas que siguen tomaré en consideración la reedición BECCARIA, C.: *Tratado de los delitos y de las penas*, versión de la 5.ª edición a cargo de Manuel Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

⁸ Expongo ahora algunas ideas que ya expresé en BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 45 y 46.

⁹ En palabras de LLOBET RODRÍGUEZ, La Aportación de Beccaria es esencial en el nacimiento del garantismo constitucional en el Derecho Penal y Procesal Penal. LLOBET RODRÍGUEZ, J.: «Beccaria y el

reducción al mínimo denominador común de todos los axiomas, propuestas y planteamientos que aparecen por primera vez en este tratado, diría que todos ellos persiguen la racionalidad del sistema penal y su humanización¹⁰.

Consecuentemente, frente al principio de autoridad que inspiraba a la administración de justicia en la aplicación de la ley penal, ahora se propone como criterio rector de la subsunción jurídica el de *racionalidad*. Esto implica, de forma inmediata, tratar al sujeto delincuente como ser racional, contemplar al juez como servidor de la justicia, limitando su arbitrio, y concebir la función del sistema penal de forma más real, como mal necesario para prevenir la vigencia del contrato social, el cual constituye la base de la libertad y felicidad de los hombres. No obstante, ahora me limitaré tan sólo a exponer algunos de los fundamentos más relevantes del humanitarismo de este autor ilustrado.

En la obra de Beccaria se sitúa al reo en el centro del sistema penal, siendo contemplado ahora como ser racional y libre. Así, se humanizan el derecho y el proceso criminal. A partir de ahí, los principios de la propuesta del noble italiano toman en consideración estos postulados, todos ellos en abierta oposición a que el culpable sea percibido como un animal o como una cosa¹¹.

Tal y como se ha señalado párrafos arriba, el principio de humanidad se proyecta hoy en día fundamentalmente en el ámbito de la legitimidad del castigo y de los límites a su imposición. Y ello se observa también en los planteamientos del «Tratado de los delitos y de las penas».

En efecto, en el derecho penal del Antiguo Régimen, la pena tiene un carácter de mera retribución, de castigo por el mal causado, de expiación del infractor. Se le asigna una finalidad trascendental, a veces, cuasi-religiosa. Sin embargo, si para la ideología ilustrada las instituciones se crean con el objetivo de resolver los problemas humanos, la pena tiene encomendada la tarea de prevenir futuros delitos. Y en la medida en que la sanción penal constituye siempre un mal, cualquier abuso injustificado en su apreciación, supondrá un sufrimiento innecesario, y por ello, ilegítimo. De esta idea nacerían principios básicos de la disciplina jurídico-punitiva que entonces eran abiertamente desconocidos, como la proporcionalidad entre delito y pena, la determinación le-

nacimiento del garantismo constitucional en el Derecho Penal y Procesal», en AA. VV.: *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 155-166, 156.

¹⁰ Como muy bien ha señalado uno de los más conocidos especialistas en la obra del autor italiano, su pensamiento se edifica sobre la razón y el corazón. PISANI, M.: «Becaria y el principio de humanidad», en Trindade, A. A. C. (coord.)/Leal, C. B. (coord.): *El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2016, pp. 111-118, 112.

¹¹ «Algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se reputa como cosa...». BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas*..., cit., p. 47 (20. Violencias).

gal de su cuantía para limitar el arbitrio judicial, su pronta imposición, humanidad, entre otros¹². No me resisto a reflejar un claro exponente de este pensamiento humanista manifestado ya en la visión de Beccaria sobre los fines del castigo:

«el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ... El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo»¹³.

El carácter humanitario de su propuesta también se observa en su fuerte oposición a la pena de muerte, aunque admitía alguna excepción que legitimaba su imposición. Sin embargo, era partidario de la cadena perpetua, si bien más como sustituto de aquélla que como uso generalizado de la misma¹⁴.

No obstante, la defensa de la tesis según la cual el origen del principio de humanidad se encuentra en la obra de Beccaria, no significa que todos sus planteamientos se puedan admitir hoy en día, cuando han transcurrido más de doscientos sesenta años desde la aparición de su obra. Por poner sólo un ejemplo, aunque se postuló en contra de la pena de muerte, admitía para ciertos delitos la viabilidad de las penas corporales¹⁵. Ese humanitarismo, en fin, también se prodigó en la forma y los límites que intentaron racionalizar la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁶.

Voy finalizando esta breve exposición en la que se corrobora la primera concepción de un sistema penal humanitario en la obra de Beccaria con su reflejo en el enjuiciamiento criminal.

¹² BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., pp. 19 y ss., (2. Derecho a castigar, 3. Consecuencias, 6. Proporción entre los delitos y las penas, 19. Prontitud de la pena y 27. Dulzura de las penas). En el último párrafo de su libro (47. Conclusión, p. 87) expresa la gran relevancia que le otorga a su propuesta en materia de consecuencias jurídicas: «De cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes».

¹³ BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., pp. 33 y 34 (12. Fin de las penas).

¹⁴ BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., pp. 56 y ss., (28. De la pena de muerte).

¹⁵ «Unos delitos son atentados contra la persona, otros contra los bienes. Los primeros deben ser castigados infaliblemente con penas corporales...». BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., p. 47 (20. Violencias).

¹⁶ BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., pp. 62 y ss., (29. De la prisión).

La racionalidad del pensamiento ilustrado se oponía a la utilización de la tortura como medio de obtener la confesión del acusado¹⁷. Se rechazaba el carácter secreto en las actuaciones procesales y los bárbaros métodos practicados en el procedimiento penal de la época. Aquí se encuentran las raíces de los principios básicos del proceso penal, como la publicidad del procedimiento, el derecho a no declararse culpable o la presunción de inocencia¹⁸.

Las ideas de Beccaria fueron, con el tiempo, plasmándose en derecho positivo a través de las correspondientes reformas penales, dando origen al fundamento del denominado derecho penal liberal. Los cambios en el derecho penal vinieron acompañados de otros en materia de ejecución de la sanción. Aquí la obra de Howard contribuyó notablemente a una mejora de los centros penitenciarios y de la correspondiente legislación en materia de cumplimiento de condena. Pero no me extenderé más sobre estos aspectos para no agotar el breve espacio que me queda en esta contribución. Concluiré señalando que el principio de humanidad en el sistema penal se origina en su primera formulación en la obra de Beccaria en ámbitos tan relevantes como la función e imposición del castigo, el rechazo a la pena de muerte o a la tortura en el marco de un proceso penal público y con ciertos derechos de defensa¹⁹.

III. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y DIVERSIDAD CULTURAL

A pesar de lo avanzado del pensamiento de Beccaria en la concepción humanitaria del sistema penal, fue partidario, como se pudo comprobar párrafos arriba, de mantener algunas sanciones que hoy en día no son muy conciliables con el principio de humanidad, tales como las penas corporales o la cadena perpetua. Ello nos conduce a la relatividad de la valoración de ciertas instituciones punitivas, no sólo por la diferente etapa histórica en que aparecen

¹⁷ «Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados y condenar los flacos inocentes». BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., p. 39 (16. De la tortura).

¹⁸ «Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga nosotros no somos esclavos y estamos defendidos, sentimiento que inspira esfuerzo y que equivale a un tributo para el soberano que entiende sus verdaderos intereses». BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas...*, cit., p. 37 (14. Indicios y formas de juicios).

¹⁹ Es verdad, como acertadamente muestra Muñoz Conde, que junto al humanitarismo de Beccaria se puede observar una fundamentación utilitarista en la mayoría de los postulados señalados en el texto. Pero ello no desvirtúa esa impronta de humanización que envuelve toda su concepción del sistema penal. MUÑOZ CONDE, F.: «Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura», *Revista Penal México*, núm. 14-15, 2018-2019, pp. 227-236, 230 y 231.

y se desarrollan, sino también por la distinta cosmovisión de la comunidad en las que se plantea su vigencia.

Ahora quisiera dedicarle unas líneas a la siguiente problemática centrada en relación con la valoración absoluta o relativa del principio de humanidad en materia de sanciones desde sistemas jurídicos propios de culturas tan distintas como el occidental o el derivado de ordenamientos sancionadores propios de comunidades indígenas de Latinoamérica. Podrían mostrarse otros ejemplos de cosmovisiones diferentes en el entendimiento de la legitimidad (desde una determinada perspectiva cultural) de específicos mecanismos punitivos. Pero dado que en su día llevé a cabo durante algunos años una investigación sobre los sistemas sancionadores de algunas poblaciones amerindias, quisiera ahora rescatar esa experiencia para tratar esta cuestión que acabo de plantear²⁰.

En una apretada síntesis, se puede afirmar que la pena de prisión (con carácter general) se considera legítima y su imposición conforme al ordenamiento jurídico no viola el núcleo duro de los derechos humanos reconocidos internacionalmente desde una perspectiva cultural propia del mundo occidental. Desde esa misma perspectiva, sin embargo, las penas corporales serían consideradas como bárbaras e inhumanas, por atacar flagrantemente la dignidad humana, y los derechos a la integridad física y a la integridad moral. Constituiría uno de los más nítidos ejemplos de vulneración del principio de humanidad en derecho penal²¹.

La valoración de estas medidas sancionadoras es muy diferente desde una cosmovisión indígena (como es la propia de comunidades originarias de Latinoamérica).

Creo que en su momento quedó demostrado que, tanto como a los occidentales nos repelen las penas corporales, la conciencia indígena rechaza las sanciones privativas de libertad²².

También en su día expuse algunas razones que explican esta valoración, como las que derivan de su propia idiosincrasia en los modos de convivencia.

²⁰ Los resultados de esa investigación aparecieron publicados entre 2001 y 2012. Destaco ahora tan sólo algunas de esas contribuciones, a cuyo contenido me referiré en adelante. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: «¿Existe el Derecho Penal indígena?», *Serie Conferencias magistrales*, núm. 13, México D. F., Editorial del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México (INACIPE), 2005. BORJA JIMÉNEZ, E. (coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

²¹ Así, la generalidad de la doctrina valora como hecho incontrovertible la violación del principio de humanidad de los sistemas punitivos que cuentan entre sus sanciones con las de carácter corporal. Por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI: «El principio de humanidad...», cit., p. 215.

²² BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit., pp. 154 y ss.

Así, el arraigo del ser a la tierra y al entorno ancestral de su comunidad prohíbe la posibilidad de encerrar a una persona. Del mismo modo, la necesidad de reintegrar al individuo a la comunidad para que ésta no se vea mermada en el número de sus integrantes (principio de supervivencia) se contradice con la privación de libertad de un indígena²³. Sin embargo, sanciones de naturaleza corporal como las de latigazos, inmersión del cuerpo del reo en el agua fría de un río o arroyo, o el ortigamiento de su tórax o espalda son consideradas legítimas en los ordenamientos punitivos de algunos pueblos originarios de Latinoamérica²⁴.

En un conciso resumen, se puede afirmar que, desde la perspectiva cultural del mundo occidental (y con carácter general), la pena privativa de libertad es legítima y es una de las más representativas de sus respectivos ordenamientos jurídicos; mientras que la sanción corporal vulneraría el principio de humanidad. Por el contrario, desde la cosmovisión indígena las penas corporales suelen estar presentes en sus diversos sistemas jurídicos siendo estimadas como conformes con sus costumbres ancestrales, mientras que la sanción privativa de libertad apenas es conocida y de ahí que sea rechazada porque es concebida como inhumana.

A partir de aquí la cuestión a formular, y a la que se dará respuesta seguidamente, se expresa bajo los siguientes términos: ¿cuáles son los bienes jurídicos, valores o intereses mayores que todo ordenamiento sancionador debe respetar en sus enjuiciamientos y que no pueden ser vulnerados ni siquiera recurriendo al argumento de que dicha vulneración es conforme con una determinada tradición, cultura o cosmovisión?

IV. PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS DESDE UNA CONCEPCIÓN UNIVERSAL Y SUS LÍMITES

Planteo de nuevo la cuestión anteriormente formulada bajo los siguientes términos: ¿cuáles son los bienes y derechos (amparados en el principio de humanidad) que ningún ordenamiento sancionador, ni siquiera excusándose en la salvaguardia de su diversidad cultural, propia idiosincrasia o tradición, puede menoscabar en la definición de las conductas delictivas y en el establecimiento de las correspondientes penas bajo la regulación del respectivo enjuiciamiento para su aplicación? Paso seguidamente (y muy brevemente, pues la extensión

²³ BORJA JIMÉNEZ: *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal...*, cit., pp. 174 y ss.

²⁴ BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit., pp. 153 y ss.

del presente trabajo ya llega a su límite) a esbozar una respuesta a la pregunta enunciada ²⁵.

De este modo, en el seno de la Unión Europea se está configurando, tanto por los tratados y convenciones propias, o los externos firmados en bloque por dicha organización, o incluso por el sistema constitucional derivado de las respectivas leyes fundamentales de los Estados integrantes, un núcleo inviolable de derechos fundamentales. De ahí derivan unos criterios comunes de obligado cumplimiento a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el respectivo sistema penal. En este sentido se habla de reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos, y la prohibición de la tortura. Dichos criterios comunes con cierta tendencia a la universalización, sin embargo, sólo son predicables de una específica cultura occidental que otorgan carta de naturaleza al principio de humanidad ²⁶.

Sin embargo, se hace necesario destacar ahora un ámbito en el que se plantee el conflicto entre la autonomía de la actividad jurisdiccional correspondiente a un determinado sistema penal y su afectación a los derechos humanos que trata de tutelar el principio de humanidad. Dicho ámbito viene abarcado por el modelo de referencia que ha sido aquí presentado, en el seno del Derecho sancionador de las comunidades indígenas de Latinoamérica.

Así, la misma Corte Constitucional colombiana (institución que ha tratado profundamente esta problemática) ha delimitado concretamente el perímetro de lo prohibido en sede de actuación jurisdiccional de las autoridades indígenas. Es decir, en última instancia se está cuestionando la legitimidad de todo tipo de medidas de intervención penal (sean procesales o materiales) empleadas en el Derecho sancionador indígena, en la medida en que puedan atentar a las garantías individuales universalmente reconocidas. No obstante, siguiendo con la metodología comparativa que se ha ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, los resultados pueden perfectamente extrapolarse y tomarse en

²⁵ La pretensión de otorgar una respuesta a la cuestión formulada constituyó el contenido de mi contribución, que sigo ahora, BORJA JIMÉNEZ, E.: «El fundamento intercultural del Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), vol. 62, 2009, pp. 283-311, 294.

²⁶ En relación con el sistema de fuentes del Derecho Penal emanado de la Unión europea, y los principios derivados de dicho sistema limitador del poder punitivo señalados en el texto, se puede citar la reciente contribución (y la bibliografía allí reseñada) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «El art. 83 TFUE y el sistema de fuentes en Derecho Penal», en *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbo-nell Mateu*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 709-721

consideración a efectos de determinar los límites de lo tolerable de todo sistema penal que pueda ser calificado como humanitario²⁷.

Bajo estos términos, la Corte Constitucional ha expresado claramente, después de una argumentación bastante convincente (y en la que ahora no puedo entrar con detalle) su entendimiento de los límites de actuación normativa y jurisdiccional en el marco del derecho penal indígena. «Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas [...] Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”»²⁸. La Corte, coherente con este planteamiento, no considera atentado a los derechos humanos el empleo limitado de sanciones corporales (como el fuste o el cepo) o el juzgamiento del sujeto sin que éste se halle presente, siempre que venga representado o defendido por personas allegadas (situación que hipotéticamente podría atentar al principio del debido proceso). Sobre estos aspectos tendré ocasión de pronunciarme en los últimos párrafos del presente apartado²⁹.

Aunque estoy de acuerdo con dicho elenco de derechos inviolables, desde mi personal perspectiva cabría añadir las garantías de la integridad física y de la integridad moral, entendida esta última en el presente contexto como la no despersonalización del sujeto en determinadas situaciones de privación de libertad³⁰.

²⁷ Para resolver el conflicto entre tutela de los derechos humanos y respeto al principio de diversidad cultural se tiene que partir de un presupuesto previo, que no es otro que el del reconocimiento del sistema de valores de una concreta civilización en régimen de igualdad con el resto, sea ésta de corte occidental, indígena, islámica, oriental, etc. Por todos, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural: la influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito», *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 417-450, 420.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional T-523/97.

²⁹ Doctrina asentada por las dos relevantes resoluciones del Tribunal Constitucional colombiano T-349/96 y T-523/97 (citada esta última en nota anterior), y a partir de aquí, seguida, entre otras, por las sentencias SU-510/98, T-266/99, C-127/03 y T-549/07.

³⁰ No puedo entrar ahora en el significado de la integridad moral desde la perspectiva constitucional o jurídico-penal. Por todos, con extensas referencias a las diversas posiciones doctrinales, BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad», *RECPC*, núm. 24, 2022, pp. 1-28, 11 y ss.

En cuanto al primero, creo que pueden ser aceptados desde otras culturas diferentes a la occidental cierta afectación corporal mediante castigos que entran dentro de su tradición ancestral. Aunque ello desprece la conciencia de la cultura judeocristiana, por las mismas razones las etnias originarias de Latinoamérica no conciben la privación de libertad como pena en sus correspondientes sistemas jurídicos. Pero el castigo corporal deberá ser admitido en cosmovisiones distintas de la occidental siempre que no deje ni física ni psicológicamente una huella indeleble en la persona que lo sufre. El mismo razonamiento sería válido para otras penas que en la cosmovisión indígena tienen un carácter altamente simbólico y ritualizado, como el baño en agua fría o la sanción de ortiga³¹.

En este ámbito, se podría partir del principio de elasticidad para evaluar el contenido del principio de humanidad. Dicho axioma en el marco de las medidas punitivas deriva de una concepción del Derecho que contempla al ser humano como libre y responsable de sus actos, y cuyo objetivo es resolver pacíficamente los conflictos humanos, reduciendo al máximo la violencia, sin pretender transformar de forma permanente física o psíquicamente sin su voluntad a los sujetos que originan o sufren tales conflictos³².

Por tanto, la aceptación de ciertas formas limitadas de penas corporales no viola el derecho a la integridad física, siempre y cuando ésta no sea mermada sin posibilidad de recuperarse el estado físico inicial de quien las sufre. Creo que, explicado de esta forma, también este derecho debe conformar el núcleo esencial de las garantías fundamentales que cubre el principio de humanidad y que no puede menoscabar ningún sistema penal bajo pretexto o justificación de prácticas o tradiciones jurídicas ancestrales³³.

Pero, por las mismas razones, y en segundo lugar, debe incluirse el derecho a la integridad moral. El principio de elasticidad también entraría aquí en juego, de tal modo que no se aceptarían aquellas medidas punitivas que puedan incidir sobre el aparato psíquico, sobre la conformación psicológica o sobre cualquier otro ámbito espiritual del ser humano, de tal forma que éste no pueda volver a recuperar su identidad, su Yo personal y esos aspectos espirituales relacionados con la imagen individual, específica e irrepetible que lo caracte-

³¹ BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...*, cit., pp. 154 y ss. Expresamente en contra, SILVA SÁNCHEZ: *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pp. 411 y 412.

³² No puedo extenderme ahora sobre el significado y límites de dicho principio de elasticidad. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ: *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal...*, cit. pp. 174 y 175.

³³ BORJA JIMÉNEZ: *El fundamento intercultural del Derecho Penal...*, cit., p. 297.

rizaban como tal ser humano, efectos negativos propios de la cadena perpetua y de otras privativas de libertad de excesiva duración³⁴.

De todo lo dicho, ya se puede señalar (a título de conclusión final) una primera estructura nuclear de los derechos fundamentales que conforman el principio de humanidad y que tienen que ser respetados por todo sistema penal, y que vendría integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura. A estos derechos intangibles, se le añaden la legalidad del procedimiento, que se concreta en los diferentes derechos fundamentales emanados del principio del debido proceso; y la legalidad de los delitos y de las penas³⁵.

³⁴ En este sentido, nuestro homenajeado califica como pena de muerte encubierta a la cadena perpetua y otras de duración excesiva, sanciones que menoscaban frontalmente el principio de humanidad. DE LA CUESTA ARZAMENDI: «El principio de humanidad y prisión perpetua...», cit., pp. 126 y 127.

³⁵ BORJA JIMÉNEZ: *El fundamento intercultural del Derecho Penal...*, cit., p. 298.

16. APLAZAR EL INICIO DEL PAGO DE LA MULTA SUSPENDE SU EJECUCIÓN Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

SERGI CARDENAL MONTRAVETA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I

En la extensa producción científica del Prof. Dr. José Luis de la Cuesta encontramos excelentes trabajos sobre los límites del Derecho Penal y las alternativas a las penas cortas privativas de libertad. La multa es una de esas alternativas. Pero el recurso a esta pena no está exento de dificultades y, actualmente, la aplicación práctica de la regulación de la pena de multa dificulta su eficacia preventiva. El principal problema radica en que, desconociendo el mandato legal (arts. 50 a 52 CP), la cuantía de las multas no se ajusta a la capacidad económica de los penados, que se infravalora¹. También es problemática la respuesta que debe darse a los supuestos en los que se el condenado carece de recursos suficientes para pagar la multa. Para favorecer el cumplimiento de esta pena, los arts. 50.6, 51, 52.3 y 53.5 CP prevén la posibilidad de reducir su cuantía, aplazar y/o fraccionar el pago. Además, el art. 53 CP, dispone que, si el condenado no satisfaciere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsi-

¹ Ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S., *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 79 y ss.; el mismo autor, «La valoración de la situación económica del penado al determinar el importe de la multa», en Gómez Martín, V. y otros (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 503-514, ambos trabajos con múltiples referencias doctrinales y jurisprudenciales.

diaria. No es infrecuente que, después de haber intentado el cobro por la vía de apremio, haber declarado la sujeción a la responsabilidad personal subsidiaria, haber resuelto sobre la suspensión de su ejecución e, incluso, después de que se haya acordado que ésta deberá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de multa y de responsabilidad personal subsidiaria acaben prescribiendo, especialmente cuando se trata de penas de multa de hasta tres meses, con un plazo de prescripción de un año (arts. 33 y 133 CP) y/o cuando el penado también debía hacer frente a otras responsabilidades pecuniarias, cuyo cobro es preferente (art. 126 CP). En estos casos, también es frecuente que prescriban las multas de más de tres meses, cuyo plazo de prescripción es de cinco años.

Con la voluntad de rendir un merecido homenaje al Prof. de la Cuesta y contribuir a que la multa se consolide como alternativa a las penas cortas privativas de libertad, sin que ello comporte una disminución inaceptable de la eficacia preventiva del Derecho Penal, en este trabajo queremos analizar las alternativas previstas en nuestra legislación al impago de la multa por falta de suficientes recursos económicos. Más concretamente, nos proponemos analizar el tratamiento de los supuestos en los que el inicio (o la continuación) del pago de la multa se retrasa porque se ha acordado su aplazamiento y fraccionamiento y que aquel no se produzca de forma inmediata. El mero fraccionamiento del pago de la multa comporta el aplazamiento de una parte del mismo sin que se produzca el incumplimiento de dicha pena. Pero aquí nos interesa el tratamiento de los supuestos en los que, además de autorizar el fraccionamiento del pago de la multa, también se autoriza que el inicio (o la continuación) del mismo no se realice de forma inmediata, de modo que aquella decisión comporta que el inicio o la continuación del pago se produzcan con un retraso significativo, que sí puede considerarse un incumplimiento de la pena de multa, en estos casos amparado por aquella decisión. La mayoría de las veces, tal autorización judicial del aplazamiento del inicio o continuación del pago fraccionado de la multa se produce cuando, además, el condenado debe hacer frente al pago de una suma importante en concepto de responsabilidad civil u otras deudas de cobro preferente.

II

Los hechos analizados en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (sec. 2) 208/2025, de 30 de mayo, son un ejemplo de los supuestos que queremos analizar, cuya importancia práctica no es necesario destacar y contrasta

con el interés mostrado por la doctrina. El recurrente fue condenado por sentencia de 18 de noviembre de 2024, como autor de un delito de impago de pensiones a la pena de 6 meses de multa con una cuota diaria de 8 euros (1.440 euros) y una responsabilidad civil de 10.400 euros, concediéndose el aplazamiento de tales cantidades a razón de 45 pagos mensuales de 250 euros. Posteriormente, aquel solicitó que la cantidad a pagar se redujera a 125 euros y se duplicara el número de pagos parciales. La magistrada competente admitió reducir el importe de los pagos mensuales destinados a satisfacer la responsabilidad civil y, tras llevar a cabo la averiguación de los bienes del condenado y comprobar que recibía una prestación contributiva por importe de 945,84 euros, declaró su insolvencia parcial en relación con la multa y acordó su sujeción a 90 días de responsabilidad personal subsidiaria. El condenado recurrió esta decisión alegando que no había incumplido la obligación de pago impuesta. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, tras recordar el contenido de los arts. 50.6, 53 y 126 CP, indicar que la multa y la responsabilidad civil son obligaciones pecuniarias de distinta naturaleza, afirmar que «el artículo 134 del Código Penal no contempla el abono de la responsabilidad civil como causa interruptora de la prescripción», aludir a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interrupción del cómputo de la prescripción de la pena, y destacar que el pago de 125 euros mensuales comportaría que se tardara más de 5 años en pagar la responsabilidad civil y ello implicaría la prescripción de la multa. El Tribunal aclara que la sujeción a la responsabilidad personal subsidiaria no se fundamenta en el incumplimiento de los pagos acordados, sino «en la falta de capacidad suficiente para hacer frente a los pagos fijados en concepto de responsabilidad civil y multa».

III

Partiendo de que la situación económica del penado impedía que la multa llegara a pagarse antes de su prescripción, nadie interesó una reducción del importe de la cuota diaria. Resulta más llamativo que nadie destacara las diferencias entre la interrupción y la suspensión del cómputo del plazo de prescripción² y recordara que, con posterioridad a las sentencias del Tri-

² Sin perjuicio de que pueda comenzar de nuevo, la interrupción comporta la paralización del cómputo y que quede sin efecto el tiempo transcurrido. La suspensión del cómputo también supone su paralización, pero aquí, si se retomara posteriormente (porque han desaparecido las circunstancias que justificaban la suspensión) sí se tendría en cuenta el tiempo ya computado, esto es, el tiempo de prescripción ya transcurrido no se perdería y quedaría sin efecto.

bunal Constitucional que se mencionan en el auto de la Audiencia Provincial, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo un segundo apartado en el art. 134 CP, que dispone expresamente que el cómputo del plazo de prescripción se *suspenderá* durante la suspensión de la ejecución de la pena, pudiendo entenderse que el aplazamiento del pago de la multa, mientras el condenado hace frente al pago de la responsabilidad civil, es una de las modalidades de la suspensión de la ejecución de la pena allí aludida. Esto habría permitido autorizar el aplazamiento del pago de multa para que se produjera tras haber satisfecho la responsabilidad civil, siempre que se considere que, *en estos casos*, el art. 50.6 CP no impide el cumplimiento de aquella pena dentro de un plazo que exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia. También parece oportuno indicar que, además de acordar la sujeción del penado a 90 días de responsabilidad personal subsidiaria, el auto que la Audiencia Provincial de Navarra confirmó aludía a la posibilidad de suspender la ejecución de aquella pena privativa de libertad o acordar que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. La Sentencia del Tribunal Supremo 603/2018, de 28 de noviembre, consideró que esta alternativa era una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena, lo cual seguramente favorece el pago de la responsabilidad civil. Pero lo que queremos destacar aquí es que, en muchos casos, la decisión de acordar la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria impedirá que se produzca el pago de multa y complica la gestión de la ejecutoria, no siendo infrecuente que se acabe declarando la prescripción de dicha pena privativa de libertad sin que el penado haya empezado a cumplir los trabajos en beneficio de la comunidad. Tampoco es infrecuente que el penado quebrante esta «pena sustitutiva» y ello comporte la revocación de la suspensión y su ingreso en prisión lo cual, a su vez, frecuentemente dificultará el pago de la responsabilidad civil. Todo ello y el carácter subsidiario de la pena privativa de libertad prevista en el art. 53 CP, permite llegar a la siguiente conclusión: siempre que sea previsible que el pago de la multa podrá producirse tras la satisfacción de la responsabilidad civil y ello no comporte un retraso muy considerable del cumplimiento de dicha pena, desde el punto de vista de la política criminal es preferible el aplazamiento del pago de la multa a la alternativa que representa la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria y también es preferible a la alternativa consistente en la prescripción de tales penas. Por lo tanto, cuando es previsible que el penado podrá pagar la multa tras abonar la responsabilidad civil y *antes de que transcurra el plazo de prescripción computado desde la fecha de la sentencia firme*, esta es, sin duda, la opción prevista por el legislador. En este sentido, el Auto de la Au-

diencia Provincial de Salamanca (sec. 1) 243/2025, de 6 de mayo, estimó el recurso interpuesto contra la decisión de dejar sin efecto el fraccionamiento del pago de la multa y disponer el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria. La Audiencia Provincial destaca que una cuota mensual de 20 euros para satisfacer la responsabilidad civil (1.450 euros) y la multa (90 euros) «prolongaría el cumplimiento de la pena durante más de 7 años, frustrando toda la eficacia punitiva y alargando de manera desproporcionada la ejecución (...). Ahora bien, no podemos compartir la decisión de acordar inmediatamente la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. La condenada ha manifestado su voluntad e intención de cumplir el pago de las cantidades a las que ha sido condenada por el delito leve de lesiones, e incluso ha aportado documentos señalando que dispone de algunos recursos». Teniendo también en cuenta que recibe una prestación por desempleo, el Tribunal acuerda establecer una cuota mensual de 80 euros desde la notificación de tal acuerdo.

IV

No está de más recordar aquí que el art. 50.6 CP dispone: «El tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes». Por su parte, el art. 134.1 CP establece: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse». Y, desde su introducción mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, el segundo apartado del art. 134 dice: «El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. (...)».

Una interpretación sistemática y teleológica del art. 50.6 CP permite entender que, en los casos que estamos examinando, sí es posible autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia³. Y, a su vez, la actual redacción del art. 134.2.a) CP permite dar cobertura legal al aplazamiento del pago fraccionado de la multa con posterioridad al transcurso del plazo de prescripción computado desde la

³ Sobre esta cuestión, ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S., *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 19 y ss.

fecha de la sentencia firme. En efecto, la redacción actual del art. 134.2.a) CP permite entender que, cuando el aplazamiento del pago de la multa comporta un retraso que va más allá del que es inherente a su fragmentación y demora su cumplimiento de forma significativa, el cómputo del plazo de prescripción no debe realizarse de forma ininterrumpida desde la fecha de la sentencia firme (o desde el incumplimiento de la pena de multa). *En estos casos*, el aplazamiento y fraccionamiento del pago de la multa comporta la *suspensión de la ejecución* de esta pena y, también, la *suspensión* del cómputo del plazo de prescripción, hasta que transcurra el plazo de suspensión y el pago de la multa deba iniciarse o continuar, o bien hasta que el aplazamiento se revoque, algo que, como acabamos de ver, el art. 50.6 CP prevé que sucederá si se produce el impago de dos de los plazos destinados al pago de la multa, sin excluir que el aplazamiento también pueda revocarse en otros supuestos, por ejemplo, cuando el impago de la responsabilidad civil haga previsible que tampoco se pagará la multa. Más adelante profundizaremos en la justificación de esta tesis⁴.

V

El recurso a la responsabilidad personal subsidiaria cuando no es previsible que el penado pueda pagar la multa tras abonar la responsabilidad civil y *antes de que transcurra el plazo de prescripción computado desde la fecha de la sentencia firme*, ignorando la indicada posibilidad de considerar que el aplazamiento del inicio del pago de la multa suspende su ejecución y el cómputo del plazo de prescripción, no es excepcional en la jurisprudencia. Es el tratamiento que la mayoría de jueces realiza de estos supuestos, para evitar la prescripción de la pena de multa, especialmente cuando se trata de multas leves, cuyo plazo de prescripción es de solo 1 año. En la misma dirección que el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (sec. 2) 208/2025, de 30 de mayo, podemos mencionar, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 5) 950/2024, de 9 de diciembre, que confirma la prescripción de la pena de multa impuesta por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, porque cinco años después de la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria sólo se había abonado una parte significativa de la deuda tributaria y de los intereses derivados de ella, pero no se había empezado a pagar la multa. El Tribunal rechaza «que los pagos imputables al abono de la responsabilidad

⁴ Ver también, CARDENAL, *Ejecución*, pp. 105 y ss.

civil constituyan un inicio en la ejecución de la pena, pues la existencia de una preferencia de pago de la primera no determina en ningún caso que estos ingresos supongan inicio alguno en la ejecución de la pena de multa. (...) [E]l órgano de ejecución debería haber procedido a la averiguación patrimonial del penado en aras a procurar el cobro de la multa en plazo, y en su caso, a la conversión de dicha multa en la responsabilidad personal subsidiaria consignada en sentencia. No habiendo sido así, y transcurrido ampliamente el plazo prescriptivo sin que se haya producido acto alguno interruptor de la prescripción, procede declarar prescrita la pena de multa».

VI

Numerosas resoluciones aluden a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la regulación de la interrupción del cómputo del plazo de prescripción para justificar la inaplicación de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo 998/2006, 10 oct., según la cual el embargo de diversas cantidades que se destinaron al pago de la responsabilidad civil, acompañado de la imposibilidad de satisfacer la multa, detiene el cómputo del plazo de prescripción de esta pena⁵. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 7) 390/2025, de 7 de mayo, confirma la prescripción de la pena de multa impuesta por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública y destaca que aquella sentencia del Tribunal Supremo «fue dictada bajo la previa redacción del art. 134 del Código Penal, que no contemplaba concretas situaciones en las que se suspende el cómputo de la prescripción de las penas. La redacción actual las limita a la suspensión de la ejecución de la pena y a la aplicación del art. 75 del CP, y esta especificación de las causas de suspensión del plazo impide su extensión a otras alternativas. (...) Entendemos que la aplicación de los pagos y exacciones a la preferente deuda civil no

⁵ El Tribunal Supremo señala: «(...) las diferentes cantidades de dinero que han de abonarse en ejecución de una sentencia penal, quedan englobadas en una sola deuda en cuanto a su tramitación. Esto es, si hay que embargar a fin de obtener las cantidades necesarias para el pago de los diferentes conceptos, tales embargos son para el abono de todas las responsabilidades pecuniarias pendientes (civiles, costas y multa) y luego, a medida que se va consiguiendo el dinero, se va pagando por el orden indicado en el art. 126 CP. (...) Además, es claro que *la espera necesaria para que el embargo de un salario cubra las cantidades adeudadas por responsabilidad civil*, de cobro preferente a la cuantía de la multa conforme al mencionado art. 126, no puede computarse para el transcurso del plazo señalado para la prescripción de la pena (...)» (cursiva añadida). Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la interrupción del cómputo del plazo de prescripción, ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 64 y ss.; el mismo autor, *Ejecución*, pp. 111-115.

representa un caso de suspensión de la prescripción, porque no está previsto en el art. 134 del CP, y porque si el penado no abona la multa y su situación patrimonial no permite aplicar el producto de la exacción de bienes a la multa, lo que procede es aplicar la previsión del art. 53 del CP y sustituir la multa por la responsabilidad personal subsidiaria». En la misma dirección, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sec. 4) 774/2024, de 4 de noviembre, revoca el auto que rechazaba la prescripción de la responsabilidad personal subsidiaria y ordenaba su cumplimiento en régimen de privación de libertad. El recurrente había sido condenado por sentencia firme de 21 de octubre de 2022, entre otros, por un delito leve de hurto por el que se impuso una pena de 45 días de multa con una cuota diaria de 3 euros, siendo también condenado al abono de un total de 1800,19 euros en concepto de responsabilidad civil. Se acordó el pago fraccionado de la responsabilidad civil y de la multa, pero el penado dejó de realizar pagos pocos meses después, procediéndose por ello a la averiguación de bienes, a la declaración de insolvencia y a la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria. La decisión revocada consideró que el abono de los primeros plazos en los que se acordó fraccionar el pago de la responsabilidad civil y de la multa supuso iniciar el cumplimiento de la pena de multa e interrumpir así el cómputo de la prescripción. Por el contrario, la Audiencia Provincial consideró que el pago parcial de la responsabilidad civil no detuvo el cómputo de la prescripción de la pena de multa. Un supuesto y argumentación similares encontramos en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sec. 2) 57/2025, de 4 de febrero, que confirma la prescripción de una pena leve de 3 meses de multa. La Audiencia Provincial reconoce que ello comporta admitir que, en los supuestos de pena leve de multa con responsabilidad civil, el plazo máximo de 24 meses previsto en el art. 50.6 CP se vería recortado en perjuicio del reo a un máximo de 12 mensualidades. El Tribunal argumenta que la interpretación que propone el recurrente «conlleva una consecuencia peor, que es la de favorecer a la persona condenada que no paga ni un solo euro, frente a la que paga en la medida de sus posibilidades conforme a un plan establecido». Es cierto que quien no paga ni un solo euro no interrumpe la prescripción de la multa y, por lo tanto, aquella deberá computarse desde la fecha de la sentencia firme. Pero es falso que ello le beneficie porque, en el caso de que no se acuerde el aplazamiento del inicio del pago, deberá acordarse la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria. Lo que sí es verdad es que frecuentemente será difícil que esta pena privativa de libertad empiece a cumplirse (o se acuerde la suspensión de la ejecución) antes de haber transcurrido un año desde la fecha de la sentencia firme, que es el plazo de prescripción de las penas leves.

VII

Está claro que, actualmente, el único supuesto de *interrupción* del cómputo del plazo de prescripción es el previsto en el art. 134.1 CP: sólo el inicio del cumplimiento de la pena interrumpe el cómputo del plazo de prescripción. También está claro que empezar a pagar la responsabilidad civil no supone empezar a cumplir la pena de multa. Pero no comparto el resto de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia ampliamente mayoritaria que, en lugar de favorecer el pago de la multa, aunque sea tarde, desconociendo su carácter subsidiario favorecen la sujeción del condenado a la pena privativa de libertad prevista en el art. 53 CP, o bien favorecen la prescripción de aquella pena pecuniaria. Como señalaba antes, el pago tardío de la pena de multa me parece mucho mejor que cualquiera de estas dos alternativas. Y es perfectamente compatible con la redacción actual del art. 134.2.a) CP.

Me parece que la eficacia del pago de la responsabilidad civil (y, en general, de las obligaciones pecuniarias de cobro preferente) depende de las circunstancias en las que se produce y, más concretamente, de si se ha aplazado el pago voluntario de la multa o, ante la ausencia del mismo, se ha optado por la vía de apremio y la responsabilidad personal subsidiaria o bien (quizás confiando en que el pago de la multa llegará a producirse antes de que prescriba) se ha renunciado a tales alternativas o solo se renuncia a exigir el cumplimiento de aquella pena privativa de libertad, cuya ejecución puede suspenderse.

Como se acaba de indicar, por sí solo el aplazamiento del inicio del pago no supone dar inicio al cumplimiento de la multa. Como sucedía en el caso del que se ocupó el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (sec. 1) 243/2025, de 6 de mayo, el aplazamiento se acuerda, precisamente, para facilitar el cumplimiento de esta pena cuando es previsible que pueda llegar a producirse y teniendo también en cuenta el carácter subsidiario de la pena privativa de libertad prevista en el art. 53 CP. Pero, frente a la jurisprudencia ampliamente mayoritaria, entendemos que el aplazamiento que no va acompañado del fraccionamiento del pago de la multa o va más allá de este (porque retrasa de forma significativa la obligación de iniciar o continuar el pago), sí comporta la suspensión de la ejecución de la pena de multa y, por lo tanto, del cómputo del plazo de prescripción, hasta que venza el plazo fijado, se prorrogue, se inicie o se reinicie el pago de la multa o hasta que se revoque el aplazamiento. Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el aplazamiento del pago de la multa se acuerda expresamente. Cuando se omite tal decisión y también se omite declarar la sujeción del penado a la responsabilidad personal

subsidiaria, no estamos ante supuestos de aplazamiento tácito del pago de la multa que suspenden el cómputo del plazo de prescripción.

Nada obliga a conservar la discutible distinción realizada por el Tribunal Constitucional sobre los efectos que, en relación con el cómputo del plazo de prescripción, producen los supuestos de suspensión de la ejecución que constituyen formas sustitutivas de la ejecución de una pena privativa de libertad y el resto de los supuestos en los que también se acuerda suspender la ejecución de la pena. Antes de la reforma del art. 134 CP mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, era inevitable realizar una interpretación del mismo respetando su contenido y teniendo en cuenta el fundamento de la prescripción de la pena. Pero hoy la interpretación de aquel precepto no puede ignorar su actual redacción, ni el carácter subsidiario de la responsabilidad personal prevista en el art. 53 CP.

Cuando se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena, el Estado renuncia a su ejecución inmediata mientras aquella decisión se mantiene. Entender que el cómputo del plazo de prescripción no se detiene y el tiempo que transcurre debe considerarse como «tiempo de prescripción», supondría aceptar que, en estos casos, el Estado renuncia a disponer de la totalidad del tiempo comprendido en los plazos previstos en el art. 133 CP, y se conforma con plazos más cortos para amenazar con ejecutar la pena y poder hacer efectiva esa amenaza. Semejante conclusión carece de justificación en relación con todos los supuestos en los que el Ordenamiento jurídico prevé la posibilidad u obligación de suspender la ejecución de la pena, incluidos aquellos en los que la suspensión no es una forma alternativa de extinguir la responsabilidad criminal y persigue garantizar su legitimidad o permitir el cumplimiento de la pena impuesta cuando ello sí sea posible, evitando formas alternativas de cumplimiento.

Ni el principio de legalidad, ni la eficacia preventiva de la amenaza de la ejecución de la pena, ni la disminución de tal eficacia que deriva del transcurso del tiempo, ni los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, ni la prohibición de dilaciones indebidas permiten identificar supuesto alguno de suspensión de la ejecución de la pena en el que no deba suspenderse, también, el cómputo de la prescripción. Por el contrario, el fundamento de la prescripción⁶, la brevedad de algunos de los plazos previstos en el art. 133 CP⁷ y la

⁶ Sobre el fundamento de la prescripción, ver CARDENAL MONTRAVETA, «Constitución y prescripción de la pena», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 287 a 334; el mismo autor, *La prescripción*, pp. 25 y ss., con múltiples referencias a otros autores.

⁷ El § 79 del Código Penal alemán prevé que las penas de multa de hasta 30 días prescriban a los tres años, las penas de multa de mayor duración y las penas privativas de libertad de hasta un año prescribirán a los cinco años, y las penas privativas de libertad de más de uno y hasta cinco años prescribirán a los diez años. El § 79b prevé la posibilidad de que el Tribunal prorrogue el plazo de pres-

complejidad que puede plantear la ejecución de algunas penas, sumados a la justificación que en cada caso fundamenta la suspensión de la ejecución y al hecho de que aquella complejidad no depende de la gravedad de las penas –mientras que sí es este el criterio en base al cual se ha fijado la duración de los plazos de prescripción de la pena–, aconsejan entender que el art. 134.2.a) remite a los siguientes supuestos: a) suspensión cautelar motivada por la interposición de un recurso de amparo (art. 56 LOTC)⁸ o por la petición de un indulto (art. 4.4 CP)⁹; b) suspensión asociada a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, previstas en los arts. 80 a 87 y 90 a 92 CP (supuestos en los que la función preventiva del Derecho Penal no justifica la ejecución de la pena privativa de libertad)¹⁰, en el art. 89 CP (expulsión de extranjeros)¹¹, en el art. 99 CP (cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad impuestas a semiimputables)¹²; c) suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en el art. 60 CP, para los

cripción hasta la mitad del mismo, cuando el condenado se encuentra en un lugar desde el cual no puede hacerse efectiva su extradición o entrega. El § 79a regula la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena y, junto con otros supuestos, prevé expresamente la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la multa cuando el Tribunal concede al condenado el aplazamiento previsto en el § 42.

⁸ Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 91 y ss.; a favor también Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte General*, 5.ª ed., 2020, p. 886. Ver así mismo GILI PASCUAL, A., «La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 1128-1129. Este autor afirma: «dado que existe claro margen en la redacción legal para ello, debe entenderse que la suspensión de la ejecución a la que alude la letra (a) del art. 134.2 CP no es sólo la literalmente contemplada con esa rúbrica en los arts. 80 y ss. CP, sino que abarca también otras posibles, como la que puede corresponder a la tramitación de un recurso de amparo (art. 56.2 LOTC) o a la tramitación de una petición de indulto (art. 4.4 CP) –que fueron objeto de conflicto– u otras, como la suspensión de la pena de prisión por el Juez de Vigilancia para otorgar la libertad condicional (arts. 90 y ss). Mayores dificultades existen para que el precepto comentado pueda solucionar los problemas prescriptivos en supuestos de sustitución del art. 89 CP (...) o, simplemente, para solucionar los que puedan plantear ciertas estrategias defensivas dilatorias tendentes a evitar la ejecución en plazo, como puede ser el planteamiento sucesivo y en cascada de distintas peticiones».

⁹ Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 107 y ss., con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia; a favor también Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte General*, p. 886. Ver así mismo MORALES PRATS, F., «Comentarios al art. 134 CP», en Quintero Olivares, G (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 8.ª ed., 2024, p. 901, donde se admite la suspensión del cómputo del plazo de la prescripción de la pena en los casos de suspensión regulados en los arts. 80 y ss., 4.4 y 90 y ss. CP. En la jurisprudencia no hay unanimidad. La STEDH 31 mayo 2022 (Galeano Peñas contra España) rechaza que la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el art. 4.4 CP y acordada tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, vulnere los arts. 5 o 7 CEDH.

¹⁰ Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 119 y ss., con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia.

¹¹ Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 134-136, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia. En contra de suspender el cómputo del plazo de prescripción en estos casos, Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte General*, p. 886.

¹² Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 137-140, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia.

supuestos de trastorno mental grave sobrevenido¹³; y d) suspensión de la ejecución derivada del aplazamiento del inicio (o continuación) del pago de la multa para intentar que el penado pueda satisfacerla voluntariamente, evitándose la vía de apremio y/o la responsabilidad personal subsidiaria (arts. 50.6, 51, 52 y 53.5 CP)¹⁴. La decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se desvincula así de la posibilidad de que tal decisión y el tiempo durante el que está justificado mantenerla, reduzcan el plazo del que dispone el Estado para ejecutar la pena, provocando o facilitando su prescripción. Y, como venimos indicando, en los casos en los que se aplaza el pago de la multa, la interpretación que aquí se propone es la más coherente con el carácter subsidiario de la pena privativa de libertad prevista en el art. 53 CP. Más vale el pago tardío de la multa que acordar la responsabilidad personal subsidiaria o favorecer la extinción de la responsabilidad criminal sin que aquel llegue a producirse.

¹³ Ver CARDENAL, *La prescripción*, pp. 140-142, con múltiples referencias a la doctrina y la jurisprudencia. En contra de suspender el cómputo del plazo de prescripción en estos casos, BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Extinción de la responsabilidad criminal», en Boldova Pasamar, M.A./Alastuey Dobon, C. (coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Valencia, 2023, pp. 603-605; Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte General*, p. 886.

¹⁴ En este sentido, desde CARDENAL MONTRAVETA, S., «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 20; el mismo autor, *Ejecución*, p. 119.

17. EL HUMANISMO PENAL EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

ROBERTO M. CARLÉS
Universidad de Buenos Aires

Al Papa Francisco
in memoriam

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal contemporáneo atraviesa una tensión estructural entre su función declarada de tutela de bienes jurídicos y su utilización creciente como instrumento de prevención del delito y de gestión de conflictos sociales, económicos y políticos. En este contexto, fenómenos como la expansión punitiva, el populismo penal, el encarcelamiento masivo y la erosión de las garantías procesales han puesto en cuestión la legitimidad material del *ius puniendi*, incluso en sistemas formalmente constitucionales.

Frente a este escenario, el debate penal se ha concentrado, en gran medida, en la eficacia preventiva de la sanción, relegando a un segundo plano la reflexión sobre los límites antropológicos, éticos, e incluso jurídicos del castigo. Sin embargo, toda teoría de la pena presupone, explícita o implícitamente, una determinada concepción de la persona humana y de su relación con la comunidad, de modo que la crisis actual del derecho penal no puede abordarse adecuadamente sin revisar dichos presupuestos.

En este marco, la Doctrina Social de la Iglesia ha desarrollado, en particular en el magisterio reciente, una reflexión sistemática sobre la justicia penal que resulta relevante no sólo en el plano moral o teológico, sino también en el estric-

tamente jurídico-dogmático. A partir de una antropología personalista y relacional, el magisterio propone un humanismo penal que concibe la pena como una respuesta excepcional y limitada al delito, subordinada al respeto de la dignidad humana, a la protección de las víctimas y a la preservación del bien común.

El presente trabajo sostiene como hipótesis central que el humanismo penal elaborado en el marco de la Doctrina Social de la Iglesia ofrece criterios normativos sustantivos para la evaluación de la legitimidad del castigo en el derecho penal contemporáneo, compatibles con el Estado constitucional de derecho y con la tutela de las garantías constitucionales. Lejos de propugnar la abolición del derecho penal o una concepción ingenua de la justicia, dicho humanismo articula una teoría de los límites del poder punitivo, fundada en la dignidad de la persona, en el principio de *cautela in poenam* y en el reconocimiento del «derecho a la esperanza» como atributo inherente a la condición humana.

Desde una perspectiva metodológica, el trabajo dialoga con la teoría general del derecho penal y con los desarrollos de la teología moral contemporánea y del reciente magisterio social de la Iglesia. El análisis se apoya en fuentes magisteriales y doctrinales, con el objetivo de reconstruir sistemáticamente los fundamentos antropológicos del humanismo penal en la Doctrina Social de la Iglesia, examinar la función y los límites a la pena que postula, y evaluar los aportes de este enfoque al debate penal actual.

En la sección II expongo los fundamentos antropológicos del humanismo penal en la Doctrina Social de la Iglesia; en la sección III analizo la naturaleza del castigo penal y la función de la pena desde dicha perspectiva; en la sección IV abordo la centralidad de las víctimas y la justicia restaurativa; en la sección V examino, desde una perspectiva más general, los aportes del humanismo penal cristiano al derecho penal contemporáneo; y finalmente, en la sección VI presento las conclusiones.

Cada uno de estos puntos será abordado de manera sucinta, en virtud de la extensión permitida a este trabajo. Varios de ellos requieren –y serán objeto– de una ulterior profundización.

II. FUNDAMENTOS ANTROPOLÓGICOS DEL HUMANISMO PENAL EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

1. Dignidad de la persona humana y derecho penal

La noción de dignidad humana constituye el núcleo antropológico del humanismo penal en la Doctrina Social de la Iglesia. Desde su punto de vista,

la dignidad no es una abstracción retórica, sino un atributo constitutivo del ser humano, que exige ser reconocido tanto por el orden constitucional como por el sistema penal. Esta perspectiva arraiga en la filosofía personalista y encuentra eco explícito en el magisterio pontificio: la pena sólo puede legitimarse cuando respeta la inviolabilidad radical de la persona ¹.

Desde esta óptica antropológica, el derecho penal no puede reducirse a un instrumento de control burocrático o de gestión de riesgos sociales. Su función radica, en cambio, en proteger el bien común preservando la condición personal de todos los sujetos implicados en un delito, incluidos quienes han transgredido normas penales. La dignidad se articula así como criterio de legitimidad normativa, en tanto limita la potestad punitiva del Estado y orienta la tipicidad, la culpabilidad, la proporcionalidad y la ejecución de la pena en clave humanizadora.

2. Libertad, responsabilidad y culpabilidad jurídica

La libertad humana es condición necesaria de la responsabilidad penal. El humanismo penal cristiano reconoce la libertad no como una prerrogativa abstracta, sino como una capacidad relacional y social que implica compromiso ético y responsabilidad ante la comunidad. El concepto de culpabilidad, por tanto, no se agota en la mera imputación normativa, sino que remite a la relación entre acción, conciencia y compromiso con el bien común.

Este enfoque puede matizarse contrastando con corrientes excesivamente individualistas del derecho penal, que tienden a desvincular la libertad de su dimensión social, así como con doctrinas deterministas que diluyen la responsabilidad en causas sociológicas o biológicas. Para la doctrina humanista cristiana, la responsabilidad penal reconoce la libertad real del agente, sin negar las condiciones sociales de posibilidad de la acción, y exige una respuesta que respete la persona en su totalidad, y que por lo tanto considere no sólo su acción delictiva sino también las circunstancias del agente.

3. Responsabilidad por el otro

Una antropología que reconozca la dignidad humana resulta esencial para una teoría de la pena que no se funda en la negación del otro ni en el odio

¹ Carta del Santo Padre Francisco a los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (2014) en CARLÉS, R. M., *Francisco, por una justicia realmente humana*, Buenos Aires: Ediar, 2018, p. 47.

punitivo. El magisterio advierte contra una concepción reduccionista del derecho penal que pretende neutralizar el mal mediante mayor represión². Coincide, en ese sentido, con la antigua noción de *humanitas*³ y con el derecho penal liberal⁴, que defienden la centralidad de la dignidad del ser humano.

Esta dignidad impone «mirar al hombre no como un absoluto, sino como un ser relacional»⁵ con derechos inalienables y «deberes conectados a los de los demás y al bien común de la sociedad misma»⁶, es decir, con responsabilidad por el otro.

Sobre la base de estos presupuestos, y como veremos más adelante, la Doctrina Social de la Iglesia propone un modelo penal apunta a la reintegración de quien ha delinquido⁷, no en el tradicional sentido correccionalista sino en un sentido restaurativo⁸. Debe, por lo tanto, preservar la relación social frente a la transgresión normativa, promoviendo condiciones de reinserción social y reparación en lugar de simple exclusión o neutralización.

4. *Excursus. Cristianismo y castigo penal: una genealogía ambivalente*

Dicho todo lo anterior, se impone sin embargo recordar que la relación entre cristianismo y derecho penal no puede ser reconstruida como una trayectoria lineal de progresiva humanización del castigo. Por el contrario, se trata de una genealogía ambivalente, marcada tanto por la introducción de categorías decisivas para la limitación del poder punitivo como por la coexistencia histórica con prácticas penales severas y, en ocasiones, abiertamente crueles.

² Carta al Papa Francisco del Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y Presidente Director del Instituto Vasco de Criminología, Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi, en CARLÉS, *op. cit.*, p. 53. Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Ciudad del Vaticano, 15 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.vatican.va/> (último acceso: 13 de febrero de 2026).

³ ZAFFARONI, E. R., «Humanitas en el derecho penal», en *Reforma penal y política criminal. La codificación en el Estado de Derecho*, Buenos Aires: Ediar, 2007, pp. 249 y ss.; id., *Derecho Penal humano e inhumano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017; id., ¿Derecho Penal humano o inhumano?, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n. 8, Buenos Aires: La Ley, 2014.

⁴ El jurista italiano Giuseppe Bettiol, católico e inspirador de la alocución de Pío XII citada, afirmaba que el derecho penal cristiano era, en definitiva, el derecho penal liberal. Cfr. BETTIOL, G., *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo (6.V.1982)*, Padova: Cedam, 1984, p. 8.

⁵ Discurso del Santo Padre Francisco al Parlamento Europeo, 25 de noviembre de 2014.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. el mensaje del Santo Padre San Juan Pablo II para el Jubileo en las Cárceles, del 24 de junio de 2000, y el discurso de Benedicto XVI a los detenidos en la cárcel de Rebibbia, del 18 de diciembre de 2011, entre otros.

⁸ Carta del Santo Padre Francisco (2014), cit., y Discurso (2019), cit.

Desde una perspectiva histórico-jurídica, el cristianismo contribuyó tempranamente a transformar la comprensión del delito al desplazar el acento desde la mera infracción externa hacia la interioridad de la culpa, introduciendo una dimensión moral y personal de la responsabilidad que influyó de manera duradera en la cultura jurídica occidental. La noción de persona, la imputabilidad moral, la penitencia y la posibilidad de conversión constituyeron aportes relevantes para una concepción no puramente objetivista del ilícito penal⁹.

Sin embargo, estos elementos convivieron durante siglos con sistemas penales caracterizados por la severidad de las penas, la utilización de castigos corporales, la pena de muerte y la fusión entre poder político y autoridad religiosa. La progresiva institucionalización del cristianismo y su imbricación con el poder estatal favorecieron una sacralización del castigo¹⁰, en la que la pena podía presentarse como instrumento legítimo para la defensa del orden social y moral. En este contexto, la justicia penal no se orientó prioritariamente a la reconciliación, sino a la afirmación del poder y al mantenimiento del orden, aun a costa de la dignidad del condenado.

Diversos autores han señalado que esta evolución histórica implicó una traición del horizonte reconciliador¹¹ presente en el mensaje cristiano original. La pena se autonomizó progresivamente como técnica de poder estatal, desvinculada de toda finalidad relacional, mientras que la reconciliación quedó relegada al ámbito espiritual o sacramental, sin incidencia real en la estructura del derecho penal. Esta escisión entre justicia penal y reconciliación resulta clave para comprender la persistencia de modelos punitivos meramente retributivos en ámbitos intelectuales formalmente cristianos.

Al mismo tiempo, no puede desconocerse que la tradición cristiana mantuvo siempre una tensión interna frente al castigo, visible en la coexistencia de discursos de misericordia, perdón y limitación del poder con prácticas punitivas duras. Esta tensión explica tanto la resistencia histórica a la abolición de la pena de muerte como la emergencia, ya en la modernidad tardía, de una crítica cada vez más explícita a las penas irreversibles y a la crueldad penal¹².

⁹ PIHLAJAMÄKI, H.: «Christianity and Criminal Law», en Witte, J. Jr./Domingo, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Christianity and Law*, Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 284.

¹⁰ EUSEBI, L.: *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Brescia: La Scuola, 2014, pp. 7 y ss.

¹¹ WIESNET, E.: *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, Milano: Giuffrè, 1987.

¹² Estas tensiones se han agudizado en los últimos años, sobre todo en torno a la cuestión de la reforma de 2018 del §2267 del Catecismo, que establece la inadmisibilidad de la pena de muerte.

III. EL CASTIGO PENAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

1. La función de la pena

La pena, como instrumento del derecho penal, tiene una ambivalencia estructural: es expresión legítima de la potestad coercitiva del Estado, pero también es violencia legítima que requiere justificación material más allá de la mera legalidad formal. Desde esta perspectiva, la pena sólo es jurídicamente válida cuando puede ser articulada en términos de respeto a la dignidad humana.

Este redireccionamiento conceptual –que respeta la legalidad a la vez que exige una justicia penal bajo criterios materiales de dignidad– permite desplazar la función de la pena desde la retorsión del mal hacia una respuesta que articula protección de víctimas, reparación del daño y reinclusión del autor, preservando en todo momento la condición personal del condenado. El magisterio reafirma que la pena no puede legitimarse como mecanismo de venganza estatal, sino únicamente cuando cumple funciones dirigidas a la justicia y al bien común ¹³.

2. El principio de *cautela in poenam*

El magisterio advierte que la sanción penal no debe ser utilizada como sustituto de políticas sociales o económicas, ya que tal uso deviene en un ejercicio de poder punitivo que sacrifica la dignidad de la persona en aras de la eficiencia o de la demanda social punitiva ¹⁴.

La crítica a estas desviaciones se articula como una exigencia de *cautela in poenam* ¹⁵, que limita la aplicación de sanciones como *ultima ratio*, sólo a aquellos casos en que no existan medios alternativos más adecuados para enfrentar el conflicto jurídico-social. La cautela, como principio general del derecho penal humanista, implica la obligación de sopesar la utilidad social de la pena frente a sus efectos negativos, incluyendo el posible agravamiento de la exclusión o el estigma social del condenado.

¹³ Discurso del Santo Padre Francisco (2014), cit.

¹⁴ Discurso del Santo Padre Francisco (2019), cit.

¹⁵ Como señala ZAFFARONI, no parece casual el uso del término *cautela* por parte de Francisco, ya que tiene una vieja tradición jesuítica: la *Cautio criminalis* del poeta y teólogo Friedrich Spee de 1631, «que bien puede ser considerado el primer criminólogo crítico de la historia, injustamente olvidado, no sólo por el penalismo, sino también por la propia Iglesia, pese a ser el predecesor más agudo del derecho penal del Iluminismo». V. ZAFFARONI, E. R., «Francisco, el derecho penal, los presos y el mundo», en CARLÉS, R. M., *Francisco*, cit., p. 335.

3. Inadmisibilidad de las penas sin futuro

El magisterio enseña que la pena es ilegítima cuando suprime estructuralmente el futuro del condenado. En particular, a partir de la reforma del n. 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica, sostiene que a nadie se puede quitar la vida ni la esperanza de su redención y reconciliación con la comunidad¹⁶, lo que implica que ni la pena de muerte ni sanciones equivalentes (como la prisión perpetua en tanto pena de muerte «encubierta») pueden considerarse legítimas en relación a la dignidad humana¹⁷.

Esta tesis se articula como «derecho a la esperanza», entendido no como concesión moral, sino como criterio normativo de validez de la pena: ninguna pena puede privar irreversiblemente al sujeto de un horizonte de futuro social y moral, y toda sanción debe respetar la condición personal del condenado como sujeto de derechos, incluida la esperanza de reintegración.

IV. VÍCTIMAS, JUSTICIA Y REPARACIÓN EN EL HUMANISMO PENAL DE LA IGLESIA

1. La centralidad de la víctima y los límites del paradigma estatal

El humanismo penal desarrollado en el marco de la Doctrina Social de la Iglesia introduce una corrección relevante al paradigma clásico del derecho penal, centrado casi exclusivamente en la relación entre el Estado y el autor del delito. Sin desconocer la titularidad estatal de la *potestas puniendi*, este enfoque subraya la necesidad de reintegrar a la víctima en el centro de la reflexión penal¹⁸ y atender a las exigencias de verdad, memoria y reparación derivadas de la lesión del bien jurídico.

No obstante, la centralidad de la víctima no autoriza una deriva vindicativa del derecho penal. El magisterio reciente ha advertido de manera reiterada contra la instrumentalización del dolor de las víctimas como fundamento de políticas punitivas expansivas que reproducen una lógica de violencia institucional y comprometen las garantías básicas del sistema penal.

¹⁶ Discurso del Santo Padre Francisco a la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, Ciudad del Vaticano, 17 de diciembre de 2018.

¹⁷ Discurso del Santo Padre Francisco (2014), cit.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «A real human justice with the death penalty? Inadmissibility of the death penalty in the light of the principle of humanity», en Arroyo Zapatero, L. (ed.): *La pasión de la crueldad. El Papa Francisco contra la pena de muerte*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 33-45.

¹⁸ Carta del Santo Padre (2014), cit.

El reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos cuya dignidad ha sido vulnerada exige, por el contrario, respuestas racionales y proporcionadas, orientadas a la recomposición del orden jurídico y social dañado por el delito.

2. Justicia restaurativa y reconstrucción del vínculo social

En este marco adquiere especial relevancia la justicia restaurativa, entendida no como una alternativa marginal o sustitutiva del derecho penal, sino como un modelo complementario capaz de realizar de modo más pleno las exigencias de justicia en determinados contextos. La Doctrina Social de la Iglesia ha señalado que la respuesta penal auténticamente humana debe orientarse, en la medida de lo posible, a la reconstrucción de los vínculos sociales quebrados por el delito, mediante procesos de diálogo, reconocimiento del daño y responsabilidad personal ¹⁹.

La justicia restaurativa introduce una concepción del conflicto penal que desplaza el énfasis desde la mera retribución hacia la reparación del daño y la participación activa de las partes involucradas. Este enfoque no implica la negación de la culpabilidad ni la renuncia a la sanción, sino su inserción en un proceso más amplio de resolución del conflicto, en el que la pena deja de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio al servicio de la justicia.

El humanismo penal cristiano converge aquí con desarrollos contemporáneos del derecho penal y de la victimología, al afirmar que la eficacia preventiva y la legitimidad de la respuesta penal se fortalecen cuando la víctima es escuchada, el autor asume su responsabilidad y la comunidad participa en la reconstrucción del tejido social. La justicia restaurativa se presenta, así, como una vía para humanizar la respuesta penal sin sacrificar el principio de legalidad ni la tutela de bienes jurídicos relevantes.

3. Castigo, perdón y reconciliación

Uno de los riesgos habituales al abordar categorías como el perdón o la reconciliación en el ámbito penal es su confusión con la impunidad o con la renuncia a la sanción. El humanismo penal de la Doctrina Social de la Iglesia evita explícitamente esta identificación. El perdón, en sentido estricto, pertenece al ámbito personal y no puede ser impuesto ni sustituir a la justicia; la reconciliación, por su parte, no constituye un presupuesto de la pena, sino un horizonte posible de la respuesta penal cuando se dan las condiciones adecua-

¹⁹ Cfr. Discurso del Santo Padre Francisco (2019), cit.

das. La reconciliación no elimina la responsabilidad penal, pero orienta su ejercicio hacia la superación del conflicto y la restauración del orden social, evitando que el castigo se transforme en una forma de exclusión definitiva.

En este sentido, el humanismo penal cristiano rechaza tanto una concepción puramente vindicativa del castigo como una visión ingenuamente abolicionista. La justicia penal conserva su legitimidad en cuanto respuesta al delito, pero dicha legitimidad se ve reforzada cuando el sistema es capaz de articular castigo, reparación y reintegración dentro de un marco de racionalidad, proporcionalidad y humanidad.

V. APORTES DEL HUMANISMO PENAL CRISTIANO AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

1. Frente al populismo penal y la expansión punitiva

Uno de los aportes más relevantes del humanismo penal desarrollado en la Doctrina Social de la Iglesia consiste en su capacidad para ofrecer criterios normativos de contención frente a las derivas expansivas del derecho penal contemporáneo. El populismo penal, caracterizado por la utilización del castigo como respuesta inmediata a demandas sociales de seguridad o de venganza simbólica, ha contribuido a la inflación normativa, al endurecimiento de penas y a la erosión del principio de *ultima ratio*.

Frente a este fenómeno, el humanismo penal cristiano reafirma que la legitimidad de la respuesta penal no puede fundarse en su eficacia simbólica ni en su capacidad de producir consenso político, sino en su conformidad con la dignidad humana y el bien común. La pena, en esta perspectiva, debe ser concebida como un instrumento excepcional, cuya aplicación exige una justificación estricta y una evaluación constante de sus efectos reales. Este enfoque converge con las críticas formuladas desde el garantismo penal, al subrayar que la expansión punitiva no sólo resulta ineficaz para la prevención del delito, sino que además produce efectos desocializadores y excluyentes que agravan los conflictos que pretende resolver.

El ya mencionado principio de *cautela in poenam* se presenta aquí como una contribución dogmáticamente relevante: se trata de un criterio que limita la producción normativa y orienta la interpretación judicial, exigiendo que el recurso a la pena sea siempre proporcional, necesario y subsidiario respecto de otros mecanismos de regulación social.

2. Frente a la despersonalización del castigo

El humanismo penal cristiano ofrece asimismo una respuesta clara frente a las teorías y prácticas que propugnan un derecho penal de excepción, orientado a la neutralización de sujetos considerados peligrosos o enemigos del orden social. Tales enfoques, al disolver la centralidad de la culpabilidad por el hecho y sustituirla por criterios de peligrosidad o pertenencia, conducen a una despersonalización del castigo incompatible con el Estado constitucional de derecho.

Desde la Doctrina Social de la Iglesia, toda persona conserva su dignidad incluso después de haber cometido delitos graves, lo que excluye la legitimidad de respuestas penales que suspenden garantías básicas o instauran regímenes sancionatorios diferenciados. Este planteo no implica desconocer la gravedad de ciertos delitos ni la necesidad de proteger a la sociedad, sino afirmar que dicha protección no puede lograrse a costa de negar la condición personal del infractor.

En términos dogmáticos, este enfoque refuerza la centralidad de la culpabilidad, la legalidad estricta y la proporcionalidad, y se opone a la utilización del derecho penal como herramienta de exclusión permanente. El rechazo de la pena de muerte, de las penas perpetuas irrevisables y de las medidas de neutralización indefinida se inscribe en esta lógica, al afirmar que ninguna sanción puede legítimamente transformar al condenado en un sujeto descartable.

3. Una contribución universal y no confesional

Finalmente, el humanismo penal de la Doctrina Social de la Iglesia se presenta como una propuesta universalizable, que no exige la adhesión a presupuestos confesionales para ser comprendida o aplicada. Sus categorías fundamentales –dignidad humana, proporcionalidad, límite al poder punitivo, centralidad de la persona y orientación a la reintegración– coinciden con principios ampliamente reconocidos en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, la aportación cristiana no compite con el derecho penal, sino que dialoga con él, ofreciendo una fundamentación antropológica robusta para principios que a menudo se afirman de manera fragmentaria o meramente formal. El humanismo penal cristiano contribuye así a fortalecer una concepción del derecho penal como instrumento de justicia y no de exclusión, capaz de responder al delito sin renunciar a la humanidad del sistema.

VI. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo permite afirmar que el humanismo penal elaborado en el marco de la Doctrina Social de la Iglesia constituye un cuerpo de enseñanza moral que articula concepciones antropológicas, orientaciones prudenciales y criterios de evaluación estructural, destinados a iluminar la acción política y jurídica a través de principios normativos limitativos del poder punitivo. No se trata de una mera exhortación ética ni de una propuesta pastoral ajena al derecho penal contemporáneo. A partir de una antropología personalista y relacional, este enfoque ofrece criterios sustantivos para evaluar la legitimidad material de la pena en el Estado constitucional de derecho.

En primer lugar, el humanismo penal cristiano reafirma la centralidad de la dignidad humana como principio rector del sistema penal. Esta dignidad no se pierde por la comisión del delito y opera como límite infranqueable del poder punitivo, excluyendo toda respuesta sancionatoria que transforme a la persona en objeto de neutralización o eliminación. Desde esta perspectiva, la pena solo es jurídicamente admisible cuando preserva la condición personal del condenado y se orienta al bien común.

En segundo término, la Doctrina Social de la Iglesia propone una comprensión de la pena marcada por la *cautela in poenam*. Este principio se configura como un criterio normativo estructural que impone concebir el castigo como *ultima ratio*, limitando la expansión punitiva y el uso simbólico de la sanción penal. La *cautela in poenam* se presenta así como una herramienta dogmática relevante frente al populismo penal y a la inflación normativa que caracterizan a muchos sistemas penales contemporáneos.

Asimismo, el humanismo penal cristiano formula una crítica consistente al paradigma retributivo, al negar que la justicia pueda identificarse con la reproducción del mal causado por el delito²⁰. La pena no se legitima como retaliación estatal ni como satisfacción vindicativa, sino únicamente en la medida en que contribuye a la protección de las víctimas, a la reparación del daño y a la reintegración social del autor. Este desplazamiento conceptual permite articular una justicia penal no ritorsiva, compatible con los principios del constitucionalismo y con las exigencias de racionalidad del derecho penal moderno.

Un aporte particularmente relevante es la formulación del «derecho a la esperanza» como criterio de legitimidad penal. Entendida como atributo inherente de la dignidad humana, excluye la legitimidad de penas irreversibles o

²⁰ Sobre este punto, v. EUSEBI, L., *La Chiesa*, cit., 2014, p. 7 y ss.

que suprimen estructuralmente el futuro del condenado. En este sentido, la inadmisibilidad de la pena de muerte y de las penas perpetuas irrevisables se funda no sólo en consideraciones humanitarias, sino en una exigencia jurídico-dogmática vinculada a la preservación de la condición personal del sujeto sancionado.

La centralidad de las víctimas y la incorporación de la justicia restaurativa refuerzan esta concepción humanista del derecho penal. Sin instrumentalizar el sufrimiento de las víctimas ni promover derivas vindicativas, el humanismo penal cristiano subraya la necesidad de respuestas que reconozcan el daño causado, restituyan la dignidad vulnerada y contribuyan a la reconstrucción del tejido social. La justicia restaurativa aparece, así, como un modelo complementario que permite realizar de manera más plena las exigencias de justicia en determinados contextos, sin renunciar a la legalidad ni a la responsabilidad penal.

En su conjunto, estos elementos permiten sostener que el humanismo penal de la Doctrina Social de la Iglesia es plenamente compatible con un derecho penal de garantías y con el Estado constitucional de derecho. Lejos de debilitar la respuesta al delito, este enfoque contribuye a fortalecer la legitimidad del sistema penal, al someter el ejercicio del poder punitivo a criterios estrictos de racionalidad, proporcionalidad y humanidad.

Finalmente, la relevancia del humanismo penal cristiano no se agota en el ámbito confesional. Sus categorías fundamentales –dignidad humana, límite al castigo, centralidad de la persona, orientación a la reintegración– poseen un alcance universalizable y dialogan fecundamente con el derecho penal y con los estándares internacionales de derechos humanos. En un contexto marcado por la expansión punitiva y la deshumanización del castigo, la Doctrina Social de la Iglesia ofrece, así, una contribución significativa para repensar el sentido y los límites de la justicia penal en las sociedades contemporáneas.

18. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE FACILITAMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN

VIVIANA CARUSO FONTÁN
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN¹

Quisiera agradecer la oportunidad de participar en el homenaje de un académico de la talla del Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, lo que supone para mí un verdadero honor. Tras la jubilación del profesor Muñoz Conde, el Profesor de la Cuesta aceptó el ruego de hacerse cargo de la asignatura «Introducción a la Criminología» en el Máster en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad Pablo Olavide, de Sevilla, lo que permitió que la titulación mantuviera el nivel académico, en un ámbito todavía en desarrollo. Con la máxima generosidad, el profesor de la Cuesta asumió esta misión, compartiendo la asignatura con la profesora Germán Mancebo y haciéndose cargo, incluso, de la tarea de impartir las clases a distancia en los complicados años marcados por el Covid-19. Para ambos, por tanto, mi agradecimiento.

Mi contribución a esta obra se centrará en un tema que, en mi opinión, debe ser abordado para intentar poner freno a una política criminal que podría

¹ Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación Orientada (2022, Ministerio de Ciencia e Innovación) «Análisis de las propuestas legislativas de lucha contra la esclavitud moderna y de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en España» (APROES), Ref. PID2022-141837OB-I00. Universidad de Granada.

tener una indeseable deriva hacia el autoritarismo en España. Me refiero a las posibles consecuencias que tendría la criminalización de las conductas relacionadas con el facilitamiento de la prostitución.

La confrontación entre los sectores que defienden el regulacionismo y el abolicionismo en materia de prostitución deriva, como es sabido, de una visión radicalmente opuesta de este fenómeno. La primera opción toma como referencia para determinar las conductas prohibidas en este ámbito, al bien jurídico «libertad sexual», valor que no se ve afectado cuando personas adultas y capaces aceptan voluntariamente intercambiar sexo por dinero u otro tipo de compensación económica. En consecuencia, el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se determine coactivamente a otro a ejercer la prostitución. Al tratarse, además, de una verdadera actividad económica, la misma debe ser regulada y los trabajadores deben gozar de todos los derechos inherentes. De forma totalmente opuesta, el abolicionismo entiende que las personas que se prostituyen son víctimas de sus circunstancias y que su consentimiento no puede ser considerado válido. En consecuencia, todas las conductas de facilitamiento de la prostitución deben ser perseguidas y castigadas, incluyendo la conducta del cliente que paga por los servicios sexuales.

Frente a esta diatriba, nuestro legislador penal se ha mantenido hasta el momento en la indefinición, abocando a las personas que desarrollan estas tareas a la alegalidad. No obstante, la insistencia de los sectores abolicionistas resulta ser constante y sin tregua. Esta insistencia se escuda en la supuesta intención de defender a las mujeres que son víctimas de un sistema patriarcal dominante y está guiado por el incansable tesón que caracteriza a quienes se creen en posesión de la verdad moral. Entre otros muchos intentos de imponer su criterio en contra de la voluntad de las propias afectadas, es posible mencionar la enmienda presentada por el Grupo socialista a la llamada «Ley del solo si es sí», o el Anteproyecto de reforma del delito de trata².

² Así, la «Proposición de Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas, de 27 de mayo de 2022 (122/000224)» que proponía la incorporación de los delitos de proxenetismo, tercería locativa y la contratación de los servicios sexuales. También la «Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas, de 5 de abril de 2024 (122/000077)», ambas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista. Por otro lado, el castigo de las distintas formas de favorecimiento de la prostitución se eliminó de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual y del «Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos» porque su inclusión hacía peligrar el futuro de estas reformas. Al respecto, ver: CUÉ, C. E y otros: «El PSOE retira la enmienda sobre prostitución que ponía en riesgo la ley del "solo si es sí"», en *El País*, 18 de mayo de 2022, disponible en:

<https://elpais.com/sociedad/2022-05-18/un-pulso-entre-psoe-y-unidas-podemos-por-la-prostitucion-pone-en-riesgo-la-ley-del-solo-si-es-si.html> (visto 29/11/2025). MARTÍN, A.: «El Gobierno renuncia definitivamente a incluir la abolición de la prostitución en la ley contra la trata que ultima», en *El Debate*, 20 de abril

No obstante, todas las propuestas abolicionistas parecen esquivar el obstáculo fundamental para la incriminación de estas conductas, me refiero a responder a la pregunta acerca de cuál sería el bien jurídico sobre el que se podría construir un delito de facilitamiento de la prostitución. Descartando completamente a la libertad sexual, en la medida en que esta postura se basa en la ausencia de capacidad de consentir de las personas que ejercen la prostitución, las posibilidades se acotan al concepto de dignidad. Debemos preguntarnos, por tanto, si la dignidad, es capaz de fundamentar la tipificación de estas conductas. Evidentemente, España no es el único país en el que se ha planteado esta cuestión. Varios son los países de nuestro entorno en los que se ha llegado a asumir la postura abolicionista y donde estas normas han sido puesta a prueba por su posible inconstitucionalidad. En las páginas siguientes veremos qué resultados han tenido estas experiencias y, por ende, cual podría ser el camino que estos tipos delictivos se verían abocados a recorrer en España.

II. EL FACILITAMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

1. La experiencia italiana

En Italia el modelo abolicionista se plasmó con la aprobación de la llamada «Ley Merlín», de 20 de febrero de 1958, cuyo artículo 3 castigaba y, aún castiga, la conducta del reclutamiento y favorecimiento de la prostitución³. Lejos de ser pacífica, la aprobación de esta norma fue objeto de numerosas

de 2025. Disponible en: https://www.eldebate.com/espana/20250420/gobierno-renuncia-definitivamente-incluir-abolicion-prostitucion-ley-contra-trata-ultima_288899.html (visto 29/11/2025). DE LA CUESTA AGUADO, P.: «El arma penal y la guerra contra la prostitución: reflexiones para la reforma del Código penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 45 (2024).

³ Ley 20 de febrero de 1958, art. 3: «Se castigará con pena de prisión de dos a seis años y con multa de 100.000 a 4.000.000 de liras, sin perjuicio en ningún caso de la aplicación del artículo 210 del Código Penal:

1) quien, después del plazo indicado en el artículo 2, sea propietario u opere, bajo cualquier denominación, un prostíbulo, o en cualquier caso lo controle, dirija, administre o participe en su propiedad, operación, dirección o administración;

2) quien sea propietario o administre una casa u otro local, y lo alquile para operar un prostíbulo;

3) quien, siendo propietario, gerente o administrador de un hotel, casa de huéspedes, pensión, bar, club, sala de baile o lugar de entretenimiento, o sus anexos y dependencias, o cualquier local abierto al público o utilizado por el público, tolere habitualmente la presencia de una o más personas que, dentro del propio local, ejerzan la prostitución;

4) quien reclute a una persona con el fin de que ejerza la prostitución, o facilite su prostitución con este fin;

críticas. Entre los argumentos más sólidos se sostuvo que la Ley Merlín consistía en una agrupación incongruente de casos diferentes que provocaba numerosas dificultades de aplicación y posibles violaciones del principio de proporcionalidad. Además, se llamó la atención sobre la falta de definición del concepto de prostitución y sobre la creación de figuras de contornos poco claros⁴.

Muchos años después, el Tribunal Constitucional italiano se pronunció refrendando la constitucionalidad de esta norma en la Sentencia 141/2019⁵ (confirmada posteriormente por la sentencia 278/2019)⁶. En esta decisión, el Tribunal recurrió al concepto de dignidad como fundamento de la incriminación de las conductas, defendiendo una visión netamente objetiva de este supuesto bien jurídico. Como no podía ser de otra manera, el pronunciamiento fue duramente cuestionado. Hasta el punto de que se llegó a sostener que el argumento de la dignidad, lejos de reflejar el conflicto interno propio de una Constitución abierta, opera como un argumento «de derribo», esto es, como premisa destinada a poner fin a la discusión antes de su inicio. En este sentido, Pollini sugirió que el valor de la dignidad humana se presta a funcionar como un freno irresistible en la discusión sobre esta materia, ya que se utiliza con el objetivo de desacreditar a priori la existencia de un debate político-normativo en torno al tema de la emancipación personal y la prostitución voluntaria, de modo que la postura asumida por la Ley Merlín resulte ser el único enfoque compatible con la dignidad⁷.

5) quien induzca a una mujer mayor de edad a la prostitución, o realice actos de proxenetismo, ya sea personalmente en lugares públicos o abiertos al público, o a través de la prensa o cualquier otro medio de publicidad;

6) quien induzca a una persona a trasladarse al territorio de otro Estado o, en cualquier caso, a un lugar distinto del de su residencia habitual con el fin de ejercer la prostitución, o interfiera para facilitar su salida;

7) quien realice actividades en asociaciones u organizaciones nacionales o extranjeras dedicadas al reclutamiento de personas destinadas a la prostitución o a la explotación de la prostitución, o quien, de cualquier forma y por cualquier medio, facilite o favorezca la acción o los fines de dichas asociaciones u organizaciones;

8) quien, de cualquier modo, favorezca o explote la prostitución ajena.»

⁴ Ver: CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene iuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della Legge Merlin», en *Archivio Penale*, 2019, n. 1, pp. 1 y ss.

⁵ En particular, el Tribunal de Bari plantea la cuestión de legitimidad constitucional del art. 3, apartado 1 n.º 4, primera parte y del art. 8 de la Ley 75/1958), en particular de la parte que tipifica como delito el reclutamiento y la facilitación de la prostitución ejercida voluntaria y conscientemente.

⁶ Al respecto, ver: DEL CORONA, L.: «La Corte Costituzionale torna a pronunciarsi sulla Legge Merlin, ma alcuni problemi interpretativi permangono», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1, 2020, pp. 315 y ss.

⁷ POLLINI, I.: «Prostituzione volontaria e giurisprudenza costituzionale europea in una prospettiva comparata di costituzione aperta», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, enero-marzo 2023, pp. 62 y ss.

Central en la decisión del Tribunal Constitucional fue la interpretación del artículo 2 de la Constitución italiana que reconoce y garantiza los derechos de inviolabilidad del hombre y que, por ende, ampara la libertad de autodeterminación sexual. En la sentencia, el Tribunal tuvo que definir si la libertad de autodeterminación sexual ampara la libertad de ofrecer servicios sexuales remunerados. Si la respuesta hubiera sido positiva hubiera sido necesario eliminar cualquier interferencia regulatoria que pudiera obstaculizar su plena realización. Esta interpretación hubiera llevado a sostener que la protección de la libertad económica excluye la posibilidad de que formas de apoyo a estas iniciativas, como el facilitamiento de la prostitución, pudieran ser desincentivadas mediante su tipificación como delitos, impidiendo que esta actividad económica evolucione como cualquier otra forma de emprendimiento⁸. No obstante, este cuestionamiento de legitimidad constitucional basado en el art. 2 de la Constitución italiana fue rechazado por el Tribunal Constitucional, al entender que la penalización de la conducta de reclutamiento y facilitación de la prostitución no entra en conflicto con la protección que la Constitución otorga a los derechos inviolables de la persona.

Así, el Tribunal negó que la libertad sexual represente un derecho subjetivo absoluto que esté enmarcado entre los derechos inviolables de la persona humana y sostuvo la necesidad de diferenciar la protección, ya sea que se esté hablando del aspecto negativo o positivo de la libertad sexual. En la visión del Tribunal, la protección del aspecto negativo debe ser superior, en cuanto se trata de un derecho a oponerse, es decir, un derecho a evitar la intrusión en la esfera sexual, mientras que al aspecto positivo le correspondería una protección menor, en cuanto esta va referida a la posibilidad de ejercer libremente la sexualidad. Según el Tribunal, las actividades prohibidas por la Ley Merlín no constituyen una forma de expresar la libertad de autodeterminación sexual y el desarrollo personal, sino que sólo suponen el ejercicio de una simple actividad económica que, por tanto, debe enmarcarse en el art. 41 de la Constitución italiana. Estas alegaciones no resultaron satisfactorias para la doctrina que señaló que el Tribunal Constitucional no terminaba de explicar por qué la referencia al parámetro del artículo 2 de la Constitución no permite que la decisión voluntaria y consciente de ejercer la libertad sexual, prostituyéndose, se eleve a la categoría de derecho inviolable, especialmente, teniendo en cuenta que estas decisiones no interfieren en la esfera de terceros⁹.

⁸ POLLINI, I.: «Prostituzione volontaria e giurisprudenza costituzionale...», ob. cit., p. 64.

⁹ GUARINI, C. P.: «La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019», en *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 4/2019, 6 agosto 2019, pp. 180 y ss.

Por su parte, el artículo 41 de la Constitución italiana garantiza la libertad de iniciativa económica, pero aclara que esta no puede ejercerse «*en contra de la utilidad social o de forma que perjudique la seguridad, la libertad o la dignidad humana*». Esta referencia a la dignidad facilitó un sencillo argumento al Tribunal Constitucional italiano para rechazar, también con base en esta norma, la legalidad de la conducta de facilitamiento de la prostitución.

Como vemos, en este caso fue el concepto de dignidad el que marcó los límites de una actividad económica. De esta manera, sin dar opción al trabajador a decidir qué actividad resulta ser o no digna para sí mismo, se impuso un supuesto criterio objetivo que no puede ser otro que el de las concepciones morales que corresponden a un sector de la sociedad. Estaríamos así, frente a un valor extraindividual, externo a la voluntad del sujeto y determinado por parámetros de naturaleza objetiva, social y moral. En opinión de Pollini, esto supone, además, que el Tribunal Constitucional formula una verdadera vulnerabilidad *iuris et de iure*, excluyendo la posibilidad de discernir entre las diferentes formas de prostitución¹⁰.

Con esta cuestionada sentencia, el Tribunal Constitucional logró evitar la caída de la Ley Merlin e ignoró interesantes cuestiones introducidas por la orden de remisión del Tribunal de Bari de 6 de febrero de 2018¹¹. En ella, junto a un autoproclamado enfoque interpretativo innovador y libertario de orientación constitucional, el Tribunal aportó claves novedosas para analizar los comportamientos de intermediación. Así, se refirió a la gestión del propio cuerpo como «herramienta para la iniciativa económica privada» y señaló la existencia de un «nuevo operador sexual» cuya actividad consiste en un mero acompañamiento que eventualmente podría incluir servicios sexuales. Esta nueva figura denominada «escort» sería un trabajador sexual que desempeñaría una actividad económica o función y contribuiría al progreso material sin que existiera una situación de explotación¹². Al respecto, la doctrina ha indicado que estaríamos frente a un fenómeno social nuevo que constituye un elemento de novedad de tal relevancia como para poner en duda la legitimidad constitucional de la Ley

¹⁰ POLLINI, I.: «Prostituzione volontaria e giurisprudenza costituzionale...», ob. cit., pp. 76 y ss.

¹¹ Al respecto, ver: CARUSO, M.: «O tempora o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant'anni dalla sua approvazione», en *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 6, pp. 5 y ss. DE LIA, A.: «Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019», en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 de junio de 2019, pp. 1 y ss. BAFFA, G.: «La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini)», en *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 10, pp. 1 y ss.

¹² Al respecto: GUARINI, C. P.: «La prostituzione «volontaria e consapevole...», ob. cit., pp. 176 y ss.

Merlín¹³. Esta interpretación también vendría apoyada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la sentencia de 20 de noviembre de 2001 (C-268/99) ha calificado a la prostitución como una forma particular de actividad económica ejercida en calidad de trabajo autónomo.

No obstante, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional italiano no se hizo eco de estas nuevas realidades que podrían diferenciarse de la prostitución tradicional y si bien reconoció que el castigo del facilitamiento de la prostitución no es una medida cuya obligatoriedad provenga de la Constitución italiana, optó por afirmar que sí constituye una opción válida dentro del abanico de opciones político-criminales que tiene a su mano el legislador penal. De esta forma, la dignidad objetiva señalada como un límite al ejercicio de la actividad económica se constituyó en objeto de protección de los preceptos incriminadores de la ley Merlín¹⁴.

Como es posible observar, más de 60 años después de la aprobación de la esta norma, el ordenamiento italiano sigue abocado a un abolicionismo estricto, de modo que en nombre de la protección de la dignidad y al castigar la conducta colaborativa de terceros, lo que consigue es empujar a la persona dedicada a la prostitución a la soledad¹⁵.

2. La experiencia francesa

En 2016, bajo un ambiente generalizado de crispación y haciendo oídos sordos a las numerosas protestas, se aprobó la reforma del Código penal francés para incluir el castigo del cliente que consume prostitución (art. 225-12-1)¹⁶. Poco tiempo después, el *Conseil Constitutionnel* francés abordó la posible inconstitucionalidad de esta norma en la sentencia 2018-761, del 1 de febrero de 2019. En esta decisión, el Tribunal alegó que el derecho a la autodetermina-

¹³ LIBERALI, B.: «Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?» en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, 2019, p. 1670.

¹⁴ Al respecto: LIBERALI, B.: «Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole...», ob. cit., p. 1282.

¹⁵ BONOMI, A.: «Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale», en *Consulta Online*, 2018, fasc. 1, p. 28.

¹⁶ Sección 2 bis: Sobre el uso de la prostitución. Art. 225-12-1: «Cuando se comete como delito reiterado en las condiciones previstas en el segundo párrafo del artículo 132-11, el acto de solicitar, aceptar u obtener relaciones sexuales de una persona que se dedica a la prostitución, incluso de forma ocasional, a cambio de una remuneración, una promesa de remuneración, la provisión de una ventaja en especie o la promesa de dicha ventaja, se castiga con una multa de 3.750 euros».

ción que asiste a cada trabajador sexual determina la necesidad de regular el fenómeno para proteger a quienes lo ejercen, lo que supone entender que son víctimas de explotación. Bajo esta interpretación, el Consejo Constitucional llegó a la conclusión de que la decisión adoptada por el legislador francés al castigar estas conductas, no resulta ser manifiestamente desequilibrada respecto a los objetivos perseguidos.

El rechazo que esta normativa produjo entre los trabajadores sexuales, llevó a que la discusión traspasara las fronteras francesas, de modo que los perjudicados reclamaron el apoyo del Consejo de Europa. Así, el 25 de julio de 2024, con la sentencia *M.A et autres c. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunció por primera vez sobre la prostitución voluntaria. La oportunidad de promover un cambio en esta discutida cuestión se materializó a partir de la solicitud presentada por 261 profesionales del sexo, hombres y mujeres de diferentes nacionalidades, que de forma conjunta reclamaron al Tribunal que declarara que la penalización de la compra de servicios sexuales consentidos entre adultos, por la ley n.º 2016/444, suponía la vulneración de los artículos 2, 3, y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El argumento central se basó en que la aprobación de esta norma suponía un empeoramiento de sus condiciones laborales exponiéndolos a graves peligros para su integridad física y mental, así como para su salud.

La primera cuestión sobre la que tuvo que pronunciarse el Tribunal se focalizó en la capacidad de los demandantes para reclamar la protección del Tribunal. En efecto, el gobierno francés planteó una excepción de inadmisibilidad, alegando que la situación de los demandantes no se veía afectada como consecuencia de las previsiones de esta ley, que sólo contempla el castigo de los clientes de la prostitución voluntaria. En consecuencia, a los ojos del gobierno francés, el pronunciamiento del TEDH respecto a esta solicitud, supondría una revisión abstracta e inadmisibile de una Ley nacional. Estas alegaciones fueron rechazadas por el Tribunal, al entender que para que concurra la condición de víctima en un individuo, basta con que la Ley genere una situación fáctica que pueda influir directamente en el disfrute de los derechos reconocidos por el CEDH. No cabe duda de que esta situación se presenta en el caso en estudio, donde la amenaza del castigo para los clientes habría empujado a las trabajadoras sexuales a la clandestinidad y el aislamiento, aumentando el riesgo de sufrir violencia y contraer infecciones de transmisión sexual. En consecuencia, la demanda fue considerada admisible en virtud del art. 8 CEDH.

En cuanto a la decisión material, el Tribunal planteó esta cuestión como un problema de proporcionalidad. Entre los objetivos legítimos perseguidos por el Gobierno francés al redactar la norma, destacaba la intención de defen-

der el orden y prevenir la delincuencia, lo cual suponía proteger la salud, los derechos y libertades de todos los ciudadanos y evitar las consecuencias negativas que el ejercicio de la prostitución podía suponer para las personas que la ejercen. En consecuencia, la cuestión que el TEDH debía resolver era si los perjuicios que la prohibición absoluta de comprar servicios sexuales –incluso los desconectados de la trata y la prostitución– ocasionaba para los afectados, resultaba ser proporcional a los fines legítimos perseguidos por el Estado francés. Este análisis de proporcionalidad llevó al Tribunal a entender que, a pesar de que la compra de servicios sexuales efectivamente constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto a su vida privada, así como a su autonomía personal y a su libertad sexual, la obtención de los fines marcados por el gobierno francés, pueden ser considerados como un interés superior dentro del margen de apreciación que al legislador le asiste. Así, el mero hecho de haber tenido en cuenta los riesgos que esta decisión conlleva para la salud y la seguridad de los trabajadores durante los trabajos preparatorios de la ley, supuso la desestimación del recurso de los trabajadores sexuales.

De acuerdo a la postura del TEDH, en cuestiones donde haya desacuerdos razonables, el Tribunal supranacional se ve obligado a reservar una especial deferencia a las autoridades nacionales. Los Estados deben disponer de un margen de apreciación amplio, pero no ilimitado y el TEDH no está obligado a sustituir la apreciación de las autoridades nacionales competentes por la suya propia, en cuanto a la elección de la política más adecuada para regular la prostitución. Así, se perdió una fantástica oportunidad para que el TEDH se pronunciara abiertamente sobre la materia, avanzando en la protección de la autonomía de la voluntad. Como no podía ser de otra manera, buena parte de la doctrina expresó su desencanto con esta resolución. En opinión de Bresciani, la lógica utilizada por el Tribunal parece más propia de un análisis abstracto de la Ley que de una verificación concreta de la violación de los derechos de los demandantes, de modo que el análisis del Tribunal se reduce a una «débil revisión externa del procedimiento parlamentario seguido»¹⁷. Así, si bien la sentencia es convincente desde la lógica desde la que se ha abordado la materia, el Tribunal logró obviar toda referencia a la protección de la moral que podría haber chocado con el art. 8 CEDH. En este sentido, se ha sostenido que, si el Tribunal hubiera seguido el planteamiento clásico, la Corte habría tenido que enfrentarse al hecho de que estas medidas suelen justificarse en la protección de concepciones morales del cuerpo humano y al hecho de que

¹⁷ BRESCIANI, P. F.: «Cedu e prostituzione volontaria: il prezzo della scelta minimalista della Corte», en *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, dicembre 2024, pp. 951 y ss.

afectan a un interés superior que se concreta en la salud y la seguridad de personas que se ven directamente perjudicadas por la prohibición¹⁸.

3. La experiencia portuguesa

En términos similares, estas cuestiones también se plantearon en relación con la Legislación portuguesa. El artículo 169, n.º 1, del Código Penal portugués, tipifica el delito de proxenetismo castigando con pena de prisión de seis meses a cinco años a «*quien, con ánimo de lucro, fomenta, facilita o favorezca el ejercicio de la prostitución ajena*». Al respecto, el Tribunal Constitucional portugués en el Acuerdo n.º 641/2016, de 21 de noviembre también decidió que la norma se adecúa a los preceptos constitucionales, basándose, entre otras cosas, en la necesidad de proteger la dignidad humana. En opinión del Tribunal, la prohibición establecida por las leyes portuguesas tiene por objeto proteger a quienes se prostituyen del elevado e intolerable riesgo de ser explotados por terceros.

No obstante, en el país vecino se ha registrado una notable evolución en esta materia. Así, años después en el Acuerdo 72/2021, el Tribunal Constitucional portugués se apartó de la sentencia de 2016 manifestando reservas al hecho de que la dignidad humana pueda ser utilizada como criterio capaz de justificar de forma autónoma la criminalización de una conducta específica. La dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales podría justificar, sin más precisiones normativas, cualquier disposición incriminadora de conductas. Esto conduce a la imposibilidad de considerar a la dignidad como bien jurídico que sustente la existencia de disposiciones incriminatorias. No obstante, el Tribunal Constitucional Portugués expresó su opinión en una sesión plenaria sin discutir la relevancia penal de la conducta facilitadora de terceros.

III. ESPAÑA: ¿CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA?

En este contexto, en el que la tipificación de las conductas de facilitamiento de la prostitución no cesa de ser cuestionada por su posible inconstitucionalidad en los países de nuestro entorno, el sector abolicionista español continúa en su empeño de incorporar estas prohibiciones a la legislación penal española. Como es posible observar, la constitucionalidad, y convencionalidad de estas

¹⁸ BRESCIANI, P. F.: «Cedu e prostituzione volontaria...», ob. cit., pp. 951 y ss.

normas, sólo se mantiene en la actualidad porque los tribunales, en lugar de entrar a analizar la cuestión jurídica en profundidad, admiten la existencia de un margen de apreciación del legislador penal y pretenden mantenerse al margen de su decisión de política criminal. O bien se escudan en el genérico y abstracto concepto de dignidad, que esconde el reconocimiento jurídico del valor de la moral colectiva, o más bien, de la moral de unos pocos. Resulta un tanto irónico que a día de hoy tengamos que recurrir a los mismos argumentos que nos permitían rechazar la tradicional regulación de los delitos sexuales que hablaba de la protección de la honestidad y de la mujer «doncella». No deja de ser contradictorio que quienes luchan por la igualdad e independencia de la mujer con respecto a un supuesto patriarcado, a su vez, pretendan limitar las decisiones que estas mujeres asumen en el ejercicio de su libertad. Esto sugiere que lo que se busca no es la independencia de la mujer, sino la asunción de unas pautas distintas, las marcadas por una determinada tendencia política.

Como es posible observar, en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos se echa en falta un análisis de la posible inconstitucionalidad que podría derivar de la vulneración del principio de ofensividad. En este sentido, se pronunció el Tribunal de Bari, que remitió el asunto al Tribunal Constitucional italiano indicando que «la inconstitucionalidad en los supuestos mencionados es una consecuencia indudable del reposicionamiento de la doctrina y la jurisprudencia en relación con el bien jurídico». En efecto, la doctrina ha puesto de manifiesto la evolución que sufriera la sociedad y, por ende, los valores dignos de protección desde la aprobación, en 1958, de la Ley Merlín. Por entonces, prevaleció la clasificación de estos delitos como delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, pero con posterioridad, ha ido ganando terreno la consideración de la libertad de autodeterminación sexual de quien se prostituye. Esta evolución que también se verificó en relación con otros tipos penales, como es el caso de las agresiones sexuales, no puede ser ajena al ámbito de la prostitución¹⁹.

Esta identificación del bien jurídico protegido con la libertad de autodeterminación sexual tendría, evidentemente, numerosas consecuencias. En primer lugar, de un bien jurídico colectivo y público se pasaría a un bien jurídico individual y privado, de modo que, mientras se hablaba de la protección de la moral pública se podía hacer referencia a un delito sin víctimas, lo que ya no sería posible. Por otro lado, se pasaría de un bien jurídico indisponible a uno disponible, de manera que el consentimiento de la mujer que se prostituye debería excluir la tipicidad del hecho²⁰.

¹⁹ CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., pp. 5 y ss.

²⁰ En este sentido: CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., pp. 5 y s.

Para superar todas estas evidentes dificultades se mantiene como último recurso del abolicionismo, la opción de asumir el concepto de dignidad objetiva. A favor de la necesidad de reconocer a la dignidad como bien jurídico protegido por estos delitos, se pronunció el Tribunal Supremo italiano que argumentó que la autodeterminación sexual no es el bien jurídico protegido por el delito de facilitamiento de la prostitución. En su opinión, si este valor fuera pisoteado entrarían a jugar otros preceptos, de modo que las prohibiciones de la Ley Merlín estarían destinadas a la protección de la dignidad, la cual no puede ser objeto de negociaciones o puesta a disposición de intereses patrimoniales, o ser fuente de ventajas patrimoniales.

En esta resolución, nos encontramos, con el conocido argumento de derribo. Tal como Cadoppi señala con suma claridad «desde la perspectiva de la dignidad objetiva la argumentación es incontestable, los delitos de prostitución siempre existirán y la libertad de autodeterminación sexual quedará destronada»²¹. Desgraciadamente, el concepto de dignidad parece operar como un «cajón de sastre» para solventar las dudas relativas a la ofensividad de las conductas que se castigan como capricho de unos pocos. Así, sucede también, por ejemplo, con el delito de hostigamiento callejero incluido en el artículo 173.4 del Código penal español²². En efecto, excluyendo los supuestos tradicionales en los que encuentra una aplicación imposible de cuestionar, como son los casos de torturas o tratos inhumanos o degradantes, la única referencia a la dignidad humana no reúne la materialidad suficiente para sustentar una prohibición penal. En particular, su empleo para fundamentar ilícitos que podrían esconder una vulneración de la libertad de autodeterminación resulta ser especialmente problemático²³. Esta utilización desmedida de un concepto que resulta ser el fundamento último del Ordenamiento jurídico supone el peligro de su banalización y, por tanto, es capaz de hacer tambalear la construcción liberal de los derechos fundamentales²⁴.

Insistiendo en la inconveniencia de este recurso, la doctrina ha señalado la falta de consistencia de la distinción entre una vertiente objetiva y subjetiva de la

²¹ CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., p. 16.

²² Al respecto: CARUSO FONTÁN, M. V.: «El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve», en *Diario La Ley*, n.º 10061, 2022.

²³ En este sentido: CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., p. 21.

²⁴ También en esta línea, Pollini argumenta que los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional italiano parecen traicionar el carácter innegablemente pluralista e íntimamente contradictorio de las constituciones democráticas como la italiana, de modo que, la exigencia de salvar la ley Merlín parece haber llevado al Tribunal a apelar a una concepción de la dignidad humana entendida en un sentido objetivo, seleccionando sólo aquellas sentencias que permiten calificar el fenómeno de la prostitución desde una perspectiva victimista y paternalista. POLLINI, I.: «Prostituzione volontaria e giurisprudenza costituzionale...», ob. cit., p. 63.

dignidad. Bajo esta visión, la dignidad objetiva estaría referida a la opinión colectiva o a las normas culturales o morales de una determinada parte de la sociedad, la cual se extrapolaría a la totalidad. Se trata, por tanto, de algo externo a la voluntad del sujeto que se desea proteger y que deriva de parámetros sociales y culturales de referencia. En consecuencia, la operación necesaria para su determinación adolecería, inevitablemente, de vaguedad y sería difícilmente alineable con parámetros objetivos²⁵. No obstante, en una sociedad multicultural, donde las opiniones políticas se encuentran cada vez más polarizadas, ¿cómo se puede llegar a una conclusión sobre lo que la mayoría entiende por «trato digno»? especialmente cuando la pregunta se refiere al ámbito sexual.

Frente a esta opción, la dignidad subjetiva sería la que resulta de la libre decisión del sujeto capaz de autodeterminarse, de modo que, bajo esta perspectiva, para cada sujeto tendría una diferente configuración y alcance²⁶.

La dignidad objetiva como objeto de protección de normas penales, supone un riesgo evidente de que el concepto sea utilizado para justificar limitaciones al libre desarrollo de la personalidad²⁷. Defender la superioridad de la dignidad objetiva supondría, por tanto, amparar posiciones autoritarias en las que este valor –de nobles orígenes– podría ser utilizado para limitar los derechos fundamentales del mismo individuo al que se pretende proteger. Esta conclusión ha conducido a que, en el ámbito penal, la doctrina se manifieste mayoritariamente a favor de la preminencia de la autodeterminación sobre la dignidad.

Lo explicado hasta el momento sugiere que el concepto de dignidad objetiva puede vincularse con tendencias autoritarias y es propio de ideologías religiosas y conservadoras, mientras que la dignidad subjetiva se puede relacionar con la ideología liberal²⁸. ¿Liberalismo o autoritarismo?, sólo el tiempo nos dirá hacia qué modelo se adentra nuestra Legislación penal en materia de prostitución.

²⁵ BONOMI, A.: «Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco», ob. cit., pp. 136 y ss.

²⁶ CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., p. 23.

²⁷ Esta deriva de la política criminal reforzaría la idea sostenida por cierta parte de la doctrina acerca del acaecimiento de un modelo de «Derecho Penal de la seguridad», que reemplazaría al maltrecho «Derecho Penal de las garantías», al ser utilizadas las normas penales para la defensa de una determinada ideología y de valores morales que deberían quedar a extramuros del Derecho Penal. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004.

²⁸ CADOPPI, A.: «Dignità, prostituzione e diritto penale...», ob. cit., p. 25.

19. LA IMPUTACIÓN POR EL SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN DELICTIVA Y LA FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL EN EL PENSAMIENTO DE VIVES ANTÓN

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS
Universidad de Extremadura

I. A las ideas asociadas con el principio de legalidad penal (libertad, lesividad y proporcionalidad)¹, añade Vives Antón la de *regularidad*; en el sentido de seguir una regla, conforme a la cual las leyes sólo pueden tipificar como delito acciones, imputadas porque se acomodan a lo que según la praxis social es tenido como seguir una regla (728). Matar, p. ej., conforme al significado social de matar. Mientras la regularidad de la naturaleza es ciega, la de las acciones es vidente, intencional, pudiendo generar sanción por culpabilidad (729).

Taxatividad y garantía de libertad, a su vez, como los pilares del principio de legalidad, enfrentan al problema de la interpretación, dado el significado impreciso de la ley como enunciado lingüístico (730 s.); contexto en el que Vives Antón ubica la dogmática penal, con sus construcciones teóricas, que lejos de facilitar esa función la ha distorsionado muchas veces, extralimitándose. Ejemplificándolo con el dominio del hecho en la autoría del delito (776 s.).

Y puesto que la interpretación de la ley penal (su dilema) no puede resolverse mediante conceptos, su solución sólo puede reposar sobre *stare decisis* de los órganos superiores del Poder judicial (778), concluye Vives; si bien no

¹ T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 (1.ª ed., 1996). 725 ss.

quiere renunciar a la dogmática, sino sólo rebajar su pretensión a través de la doctrina significativa de la acción, limitada a significado de las reglas de uso de las palabras que expresan la acción típica, con pretensión de ofensividad, ilicitud y reprochabilidad, sin aspiraciones científicas (782).

La fundamentación del principio de legalidad penal que se propone Vives Antón en aras de la función que ha de cumplir el derecho penal como derecho penal de la culpabilidad, es una compartida por toda la doctrina que se ha ocupado del tema.

El hecho de que Vives haga hincapié en la idea de regularidad, como seguimiento de una regla, pone en evidencia que la responsabilidad penal siempre lo es por el significado social que tiene el comportamiento del ciudadano manejándose con las reglas sociales que lo regulan. Tanto la regla infringida como el comportamiento que la infringe significan (socialmente).

Este enfoque, que se está volviendo hegemónico en ciencia penal, evoca antecedentes remotos, como la alusión para caracterizar la regularidad del comportamiento humano que interesa al derecho penal como regularidad vidente e intencional, frente a la regularidad ciega de la naturaleza, que tanto recuerda a Welzel, incluido el aspecto esencial de la metáfora de la ceguera y la videncia, referida, ahora y en tiempos de Welzel², a que sólo la acción que significa socialmente puede ser objeto de normación penal.

Y, más recientemente, la distinción entre las reglas de la naturaleza y las reglas sociales, de Vives, tiene un paralelismo con la distinción entre reglas cognitivas y reglas constitutivas de la sociedad, de Jakobs³, de las que las segundas son las que requieren necesariamente el refuerzo de la amenaza penal para su infracción como única forma de asegurar su cumplimiento (mientras que las primeras las cumple *motu proprio* el ciudadano por la cuenta que le trae).

De todo lo cual importa destacar que la norma penal es impensable sin la acción de alguien que la infringe usando mal su libertad, es decir, pudiendo haberlo evitado si, como bien dice Vives, hubiese dirigido su intención libre de manera distinta; lo que permite incoar culpabilidad. Aspecto, éste, en que la dogmática penal actual, ya se ha dicho, es unánime.

La dogmática penal elaborada en Europa a lo largo del siglo xx, por lo demás, es tan potente, al menos hasta ahora, que equivale a derecho penal *tout court*, de la que la faceta referida al servicio que presta a la aplicación del de-

² WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., de Gruyter, 1969, 33.

³ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá / B. Feijoo Sánchez, Civitas, 1996, 26 ss.

recho penal positivo es una más, la más importante, de lo que significa para empezar a hablar de derecho penal.

Vives Antón tiene el mérito de habernos obligado a reflexionar sobre el hecho, embozado detrás de su fuerza argumentativa, de que la dogmática penal se ha saltado demasiadas veces límites infranqueables de la interpretación de la ley penal.

Puesto que esos límites de la interpretación de la ley penal son siempre vinculantes y están consagrados incluso a nivel constitucional, es comprensible que Vives se haya enfrentado al problema que puedan suponer determinadas posiciones doctrinales de la dogmática penal desde el punto de vista del respeto escrupuloso de las garantías ciudadanas. Frente a lo que él se propone elaborar una dogmática sí respetuosa con esas garantías; y, si no es posible, renunciar a ella o a algunas de sus pretensiones excesivas de las que en el pasado y en el presente se está abusando.

Pero antes de revisar la construcción de Tomás Vives, es conveniente abordar ya acusación tan contundente de extralimitación dogmática por doctrinas consolidadas como las de dominio del hecho e infracción del deber de evitar para fundamentar la autoría en derecho penal. Lo que hace Vives en «Addenda: diez tesis sobre el problema de la autoría»⁴.

II. Según Vives Antón, para tener al autor de la acción delictiva hay que llegar al núcleo (roca dura) de la acción, que es lo que da significado a los verbos típicos, alcanzado el cual no es necesario indagar más para saber quién fue autor y quien no (785 s.). Frente a lo que el dominio del hecho no deja de ser un concepto abierto, no natural, como el pretendido por Vives en cumplimiento del principio de legalidad (787). Igual que la autoría como infracción de deber presupone determinar el «previo significado de la conducta», acción u omisión, antes de saber a quién imputársela (789).

Frente a este panorama, basta entrelazar, según Vives, la acción u omisión con el lenguaje que la describe conforme al uso social (interacción) para obtener quién la lleva a cabo infringiendo la regla que la proscribe (789 s.). «(A)utor es sólo quien lleva a cabo el hecho típico» (790). Lo que ocurre siempre con quien realiza total o parcialmente la conducta que en él se describe (790).

⁴ VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, 782 ss.

Vives, que se desenvuelve en la órbita de la teoría objetivo-formal de la autoría, a la que quiere depurar apelando a la lógica o gramática (791)⁵, entiende en los mismos términos (coherentes) la accesoriedad de la participación, que reduce a mínima (796)⁶.

Llegando a la conclusión, que lo resume todo, según la cual de la misma manera que no hay un concepto común a las diferentes acciones típicas, tampoco lo hay sobre su autoría, ni sobre su relación con la participación (accesoriedad) (796): «(E)l mismo tipo de acción puede ejecutarse de mil maneras distintas». «(L)o que en unas sería participación podría calificarse de autoría en otras».

«(L)as diversas doctrinas objetivo-formales, al remitir, en primera o segunda instancia, a las acciones típicas, no pueden, en principio, proporcionar un concepto general de autor» (796).

¿Es realmente excesiva la posición abstracta en que se coloca la dogmática? La crítica de Vives a la concepción de la autoría en derecho penal como dominio del hecho y como deber, descansa sobre una premisa basada en la doctrina significativa de la acción, para la que en concreto sólo lo que podemos llamar acción conforme al significado del uso del lenguaje, puede fundamentar la autoría; disparando un arma de fuego contra una persona viva, en el homicidio, p. ej. Cualquier otra forma de influir en una muerte, no sería un homicidio, sino su forzamiento mediante analogía contraria a la voluntad de la ley. Es lo que subyace en la crítica de Vives Antón al intento de fundamentar la autoría en el dominio del resultado o la infracción del deber de evitarlo que concierna a alguien por voluntad del ordenamiento jurídico.

Con independencia de los posibles abusos cometidos por la dogmática penal, interesa resaltar ahora que, concretamente, la forma de argumentar el fundamento de la autoría y su delimitación de la participación, más allá de las formas tradicionales de los orígenes de la teoría del delito, teorías objetivas formal y material, construidas en torno a la acción descrita en el tipo, arrancan de premisas que incluyen las *mismas exigencias de respeto al principio de le-*

⁵ Obsérvese el paralelismo, aludido expresamente por Vives, entre las estructuras lógico-objetivas de Welzel y la estructura lógico-gramatical propugnada por él.

⁶ «Accesoriedad lógica o gramatical», «accesoriedad mínima objetiva», en la terminología de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La accesoriedad cualitativa de la participación», en: *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 2020. pp. 855 ss., p. 857. Desde la teoría significativa de la acción, valdría la pena profundizar, más allá de lo que ya ha hecho Martínez-Buján con esmero, en la posibilidad de tener al tipo de participación (como al de tentativa) de todo delito de resultado como delito intencional (elemento subjetivo especial) que, por lo tanto, exige ya comprobar el dolo del autor para dar por realizado el tipo de participación; solo respecto al cual cabe plantear la cuestión de la accesoriedad cualitativa, con sus dos modalidades de estricta y restrictiva.

galidad que la teoría objetivo-formal, y, además, *por su mayor abstracción teórica*, permiten ver casos que no autorizan a excluir del ámbito de la autoría supuestos sólo artificialmente encorsetados, como el de la autoría mediata, que propició durante mucho tiempo la dogmática penal española.

Que el médico haya inyectado con sus propias manos la sustancia letal a la paciente que quiere morir, o lo haya hecho la enfermera, que desconocía el contenido y fin de la intervención, siguiendo instrucciones del médico, es indiferente, a los efectos penales que interesan, de que ha sido el médico quien ha matado, quien ha tenido el dominio de la muerte (ayuda ejecutiva al suicidio), mediante la acción de preparar la inyección y dar la orden a la enfermera de suministrarla a la paciente. La doctrina de la autoría mediata no vulneraba el principio de legalidad en la época en que esa figura de la autoría no estaba expresamente tipificada por el Legislador español. Y, además, para conjurar lo que teme Vives, sí hay una acción con significado de matar (ayudando ejecutivamente a morir) en el ejemplo.

Como tampoco hay extralimitación alguna del principio de legalidad (incluida su faceta de regularidad, en que insiste Vives) en entender que, si A y B se han puesto de acuerdo para amenazar con un arma de fuego al cajero, el uno, y apoderarse del dinero, el otro, ambos son autores (coautores)⁷ del robo, aunque ninguno de ellos ha realizado de propia mano la totalidad de la acción típica, a que llevaría una interpretación exagerada y miope de la teoría objetivo-formal tradicional. A la luz del significado de la acción de robar, que persigue Vives Antón⁸, lo que ambos coautores hacen no es otra cosa que robar.

Incluso el homicidio interpretado como delito de infracción de deber, no altera para nada la exigencia de que detrás del delito de deber hay un delito de dominio mediante una acción. En el ejemplo utilizado por Jakobs, autor de la conversión de todo delito en delito de deber (al dueño del perro le compete tanto dejar de azuzarlo para que muerda a alguien como evitar la mordedura que el perro se dispone a acometer), incidiendo en responsabilidad penal en ambos casos, el uno por acción y el otro por omisión (de una acción), evidencia que *la responsabilidad penal siempre requiere la referencia de una acción*, realizada u omitida, cuyo significado permite imputar penalmente⁹, como quiere Tomás Vives, pues está construida sobre lo que exige el tipo de homi-

⁷ También cuando el CP no contemplaba una regulación positiva de la coautoría.

⁸ Quien, con buen criterio, se conforma con que se haya intervenido en la acción principal sólo parcialmente.

⁹ JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, 1996, 20.

dio: la realización de una acción que causa la muerte o la omisión de la que habría salvado una vida.

Los conceptos introducidos en la dogmática penal de las últimas décadas son tan ricos en matices, que, pese a su abstracción, están dotados de elementos de concreción suficientes como para llenar de contenido todos los pasos que hayan de darse hasta su aplicación última ¹⁰.

Así se ve en la réplica a la crítica de Welzel a Roxin, que Vives documenta (783 s.), según la cual no hay problema en considerar autor a quien se aprovechó del error del autor directo sobre la identidad de la víctima, no pudiéndose afirmar que esa interpretación deshace la función del tipo, sino que lo ha concretado respecto a la conducta y conocimiento de quien actuó desde atrás ¹¹, como la conducta del autor directo hay que concretarla respecto a lo que él sabe y quiere ¹².

Y que la determinación de la autoría como infracción de deber, como pretende Jakobs, requiere que se determine antes la acción que puede verse como infracción de deber que se le imputa a su autor, como objeta Vives, se ilustra muy bien con la interpretación que hace Jakobs de la figura de los delitos de infracción de deber negativo (en su terminología), como infracción del deber de evitar que, de su propio cuerpo, inhibiéndolo, surjan acciones lesivas de bienes jurídicos punibles ¹³: Detrás de todo delito de deber hay un delito de dominio de una acción que no se debe realizar (delito de comisión) o debió realizarse (delito de omisión), en la terminología tradicional.

Puesto que de la cuestión de lo abstracto o concreto que puedan y deban ser los conceptos dogmáticos hemos de ocuparnos (infra 5.) todavía al hilo de una objeción capital de Vives a la manera de hacer dogmática penal en la actualidad, baste de momento haber anticipado aquí algo sobre la capacidad de grandes maestros de la abstracción, de concretar los conceptos que proponen de cara a su utilidad práctica. Aclarado lo cual, podemos abordar ya la propia construcción de Vives Antón sobre la interpretación y aplicación del derecho penal sin vulnerar principios constitucionales.

¹⁰ En su caso mediante polémica enriquecedora con posiciones dogmáticas contrapuestas.

¹¹ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (de la 9.ª ed. alemana, 2015), Marcial Pons, 2016, 686.

¹² Como bien dice Vives (*supra*), el mismo tipo de acción puede realizarse de mil formas diferentes, y constituir participación en un caso lo que en otro es autoría.

¹³ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez, Thomson/Civitas, 2003, 108. Cuestión distinta es lo «rebuscada» de la construcción.

III. La teoría de la interpretación de la ley penal, de Vives Antón, parte de dos premisas claras, pero incompatibles, como él bien sabe: La ley penal tiene que ser necesariamente interpretada, por la ambigüedad inherente al lenguaje, también el del legislador; pero para poder hacerlo, el intérprete habría de disponer de un núcleo fijo de interpretación segura por comparación con el cuál poder aplicar la ley a otros casos semejantes sin caer en la arbitrariedad, que vulneraría el principio de legalidad ¹⁴.

¿Existe ese núcleo fijo? Y, de haberlo, ¿soporta la función que Vives desearía asignarle, como límite de la dogmática penal al servicio de la interpretación de la ley penal?

Con encomiable coherencia, Vives ha indagado si cabe llegar al núcleo duro del verbo de acción de manos de su doctrina significativa de la acción, representándose en qué habría de consistir la respuesta: sólo cuando sepamos fidedignamente que la acción en cuestión ostenta el significado que le asigna el uso social del lenguaje, cabrá concluir la tipicidad de la acción realizada. Matar mediante un disparo, en el homicidio, p. ej. Ahora bien, puesto que, junto a ese caso, hay otros que no lo son, dada la ambigüedad del mismo significado del uso social, no puede decirse nunca que hemos hallado el núcleo duro de la acción de matar del homicidio ¹⁵.

¿Cómo se traduce todo esto a teoría de la interpretación?: Los supuestos complicados de autoría y participación en el delito, auténtico quebradero de cabeza a lo largo de los muchos años de su elaboración dogmática, ilustran muy bien el hecho de que la sofisticada teoría general del delito requiere analizar los preceptos de la PG del CP en la materia y los huecos que deja para resolver los problemas concretos de su aplicación al tipo de la PE que se dilucida. Para lo cual ha de emplearse a fondo en la tarea, tan caracterizadora de la interpretación del derecho penal, descrita como necesidad de *concretar la norma general en el caso al que debe ser aplicada*, y tan bien expresada por Engisch ¹⁶ como ir continuamente de la norma al caso y del caso a la norma, antes de decidir su aplicación.

¹⁴ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «La función de la dogmática (una crítica desde la concepción significativa de la acción», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, Silva Sánchez, J.-M., et al (coord.), Bdef, 2017, 485 ss., 494.

¹⁵ Por eso es mejor hablar de interpretación segura que de interpretación ciega como hace CUERDA ARNAU, «Límites constitucionales de la comisión por omisión», en: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Carbonell Mateu, J. C., et al (dir.), Cuerda Arnau, M. L., (coord.), Tirant lo Blanch, 2009, tomo I, 415 ss., 429; con mejor criterio: «Una aclaración acerca de la "acientificidad" de la dogmática», en: *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Abel Soto, M., et al (coord.), Tirant lo Blanch, 2021, 383 ss., 385.

¹⁶ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª ed., Karl Winter Universitätsverlag, 1963. 14 s.; *Einführung in das juristische Denken*, 5.ª ed., Kohlhammer, 1971, 50.

Operaciones, las anteriores, que no son pensables sino como un proceso que no coincide sin más con la interpretación como mera técnica natural y simple de subsumir sin dificultad alguna acción también natural y concebida a la manera de los inicios de la teoría del delito, de mero proceso causal no impregnada de finalidad (intencionalidad) del autor ni necesitada de valoración alguna previa a la subsunción¹⁷.

Precisamente porque ya no es posible (en puridad nunca lo ha sido) pensar en términos exclusivamente naturalísticos, que proporcionen una única interpretación correcta de la acción candidata a la subsunción, ha cobrado importancia siempre creciente una teoría de la interpretación como argumentación jurídica (Alexy)¹⁸, ya que la interpretación de la ley penal no puede sino colmar con argumentos, de los que los más sólidos predominen hasta que otros nuevos los sustituyan, la ambigüedad que siempre presenta el lenguaje y la realidad del derecho.

IV. La teoría de la argumentación jurídica descansa sobre las posibilidades y límites de la *doctrina tradicional de la interpretación*, ya que todos sus cánones apuntan, aunque ninguno colma plenamente, a la necesidad de interpretar (240). Lo que evidencia muy bien el argumento semántico (inter-

¹⁷ La interesante cuestión sobre la relación entre significado o valoración del substrato al que llamar acción, suscitada por MUÑOZ CONDE, F., «Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, II, 1449 ss., p. 1459, nota 13 (ya en «Prólogo» a Busato, P. C., *Derecho Penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, 2007, 16 s.), y VIVES ANTÓN, «Estudio preliminar» a RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2008, 57 s. (vid. también Cuerda Arnau, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. I, 419 s. nota 5) quizá se dilucide así: El significado o sentido de las acciones que mediante interacción social aprendemos desde niño es el que después desarrollamos de adulto intencionalmente. También en los tipos penales que no contemplan un significado o una intención especial de la acción, ha de estar presente el significado y la intencionalidad, como en el art. 138 CP: es una acción intencional que cumple el significado de matar (de poner en peligro de muerte, la acción imprudente), la única que puede constituir homicidio (vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *Teoría del delito más allá del naturalismo y el normativismo*, pp. 201 ss., 216 ss.) Cabe objetivar la acción con relevancia penal (vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, p. 259; y siguiéndole, MUÑOZ CONDE, «Introducción» a Vives Antón, *Fundamentos*, p. 33, argumentando muy bien por qué Vives no prescinde de la parte subjetiva del delito); pero *no cabe llevarla a cabo sin intención* (inescindibilidad de la parte objetiva y la parte subjetiva de la acción, sin las que no hay una acción que pueda ser objeto de regulación penal). Por paradójico que parezca, hay una conexión entre las teorías significativa y final de la acción. Vid. *supra*, nota 5. Vid. las amplias afinidades detectadas por Busato, *Derecho Penal y acción significativa*, pp. 210 ss., entre el pensamiento de Welzel y Fletcher, G. P., un autor que, introducido en España por Muñoz Conde (*Conceptos básicos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, 1997; «Aproximación intersubjetiva al concepto de acción», trad. Muñoz Conde, conferencia inédita), desarrolla un modelo de acción con sólo diferencias terminológicas respecto al de Vives Antón, al que se ha adherido ampliamente, reforzándolo, Muñoz Conde.

¹⁸ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza/I. Espejo, Centro de Estudios constitucionales, 1989, 23 ss.

pretación literal), que no puede saciar la interpretación en los casos (semánticamente) dudosos, requiriendo la ayuda de otros criterios para asegurar los principios de generalidad y universalidad inherentes al derecho. Al igual que ocurre con el argumento genético (interpretación histórica): no siempre es diáfana la voluntad del legislador (226 ss.). Etc.

Al final, lo que queda (mucho) es la comprobación de que la saturación de una interpretación no la proporciona casi nunca un sólo criterio; que no cabe establecer una jerarquía entre ellos; que hay que ir constantemente de la norma al caso y volver; y que la voluntad del legislador y su tenor literal pueden en un momento dado tener preferencia sobre los restantes criterios de interpretación (234 ss.). Como ocurre con toda evidencia en el derecho penal (principio de legalidad).

La teoría de la argumentación jurídica surge pues para colmar lagunas de la aplicación del derecho que no cabe abordar con la teoría de la interpretación, y que deben serlo con criterios de filosofía práctica basados en el acceso de todos a la decisión de lo bueno y correcto a través de argumentos que permiten generalizar y universalizar procedimentalmente las reglas de la ética social y el derecho, de forma abierta a nuevos argumentos, válidos mientras no sean superados discursivamente¹⁹. Argumentos entre los que están, aunque no con carácter exclusivo (dadas sus limitaciones), los cánones tradicionales (240).

La teoría de la argumentación influye poderosamente también en la *dogmática jurídica*, objeto capital de estas consideraciones: Si la dogmática jurídica pretende proporcionar una visión global del derecho sistematizándolo y analizándolo conforme a conceptos elaborados por ella, que ayuden a la solución de los problemas concretos de su aplicación (241), el análisis lógico que ello implica (jurisprudencia de conceptos) no es suficiente (aunque sí necesario), pues no permitiría fundamentar decisiones y normas no extraídas inmediatamente de la ley: *nuevos contenidos normativos* (243)²⁰. De ahí el entronque de la tradición jurídica con la moderna argumentación pragmática, que ha de disponer de definiciones, conceptos no extraídos directamente de la ley, descripciones y caracterizaciones de estados de cosas, principios de ponderación para conjuntos de normas, etc. (246 ss.), y están en el origen de las reticencias de Vives Antón.

¹⁹ VIVES ANTÓN, «Estudio preliminar» a Ramos Vázquez, 46 ss., lo expresa muy bien al indicar que la utilidad del pensamiento de Wittgenstein para las formas de hacer justicia es percatándonos de que nunca hay que dar nada por definido, llegando a menudo a la conclusión de que más que respuesta a una pregunta lo que hemos hallado es su inadecuación o falta de sentido mediante otra pregunta.

²⁰ Que en derecho penal siempre se aplicaran restrictivamente cuando perjudiquen al acusado (JCC).

Produciéndose por vía argumentativa un modo de fundamentación y comprobación especialmente significativo de lo que la teoría de la argumentación aporta a la tradicional de la interpretación, dado por lo que Alexy llama *comprobación sistemática amplia*, según la cual hay que poner en relación lo que la aplicación de una norma arroja con lo que arrojan el resto de ellas. Lo que puede llevar a nuevas formas de obtener decisiones prácticas de tipo general («control de consistencia») (251): Que en los casos de vigencia temporal de la ley penal (art. 2. 2 CP), p. ej., se tomen en cuenta los aspectos más favorables de la ley anterior y la posterior, creándose una especie de híbrido legal, como propone un sector de la doctrina penal, es manifestación de una construcción dogmática inspirada en la finalidad de evitar contradicciones que surgen de una interpretación separada de las normas que componen el CP, integrándolas con argumentos dogmáticos al servicio de la aplicación más justa.

La exuberante dogmática penal de los últimos cincuenta años, que Vives cuestiona, representa fidedignamente el enriquecimiento que Alexy percibe de las *funciones* de la dogmática a través de la teoría de la interpretación fecundada por la teoría de la argumentación (255 ss.). Así, la *función de estabilización* que la dogmática debe cumplir para asegurar la aplicación del derecho a lo largo del tiempo, a pesar de los muchos ensayos que se hacen constantemente por la doctrina científica de nuevos modelos de aplicación, incluido el *principio de inercia* hasta que los nuevos argumentos calen, es una realidad palpable. Y podría ilustrarse muy bien con el tiempo que se han tomado los tribunales en ir introduciendo en sus resoluciones los criterios de imputación objetiva; o la figura de la autoría como dominio de los aparatos organizados de poder. Concepciones dogmáticas, las mencionadas, que igualmente pueden ilustrar su *función de progreso*, que en contra de lo que presume Vives²¹, a pesar de la complejidad de lo que representan esas figuras, se han impuesto porque son buenas para resolver problemas que antes no podían serlo. Consolidados los modelos, florece la *función de descarga* de la dogmática, evitando tener que fundamentar, como si fuese la primera vez, la aplicación de una determinada construcción. Pudiéndose incluso convertir esta función en *función de carga*: por la cantidad de argumentos disponibles en un momento dado (en lo que la dogmática penal se lleva la palma). Por no hablar de la *función técnica*, que facilita la sistematización de los problemas, y cabe ilustrar a través de la estabilidad de la división en escalones de la teoría del delito, a pesar de lo que se discute dentro de cada uno de ellos. Etc.

²¹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, 772, que no cree que quepa decidir si una teoría es mejor que otra.

Lo acabado de exponer sobre el enriquecimiento de la teoría de la interpretación con la teoría de la argumentación jurídica explica muy bien el malestar de Vives sobre la dogmática penal, pues la abundancia de conceptos extralegales de los que ésta se ha dotado a lo largo de más de cien años de vida, puede invitar a pensar, y, en cualquier caso, obligar a evitar, un uso extralimitado de conceptos que, lejos de aclarar, oscurezcan la finalidad genuina con que se elaboran, de ayuda a la interpretación de la ley penal.

En suma, de la abstracción siempre creciente a la que ha tendido la evolución de la dogmática penal a lo largo del tiempo, a que ya se aludió (supra 2), debe distinguirse la cuestión acerca de qué hacer para evitar que todos los gatos sean pardos (Hegel), no pudiéndose desarrollar la capacidad de diferenciación que ha de poseer un concepto para que devenga lo suficientemente concreto en el momento de su aplicación al caso. Cuestión que puede ser muy bien ilustrada con lo expuesto por Vives Antón en «Segundo seminario: "*Nullum crimen sine lege*. Comisión por omisión y dogmática penal"»²².

V. A la pretensión de Armin Kaufmann, de no ver en la redacción legal del homicidio su modalidad omisiva²³, contraponen Vives que basta interpretar el verbo matar «según el sentido del texto de la ley» para incluir en su seno la muerte por omisión de la madre que no alimenta a su recién nacido (125 s., 130 s). Siendo un problema creado por la dogmática el de no ver en la redacción de los delitos de acción la inclusión de la omisión cuando encaja en su sentido; como el de extender la responsabilidad a casos que, sin caber en su sentido lingüístico, se quieren incluir en su seno a través de un supuesto deber de garante aplicado por analogía (Schünemann)²⁴.

Concluyendo Vives que, metódicamente, no se trata de integrar el sentido de la ley con su elaboración dogmática, sino de oponer el primero a la segunda, dado el empeño ilógico de la segunda en corregir al primero, introduciendo conceptos como el de infracción del deber de garante que escamotean la exigencia de una acción²⁵. Ilustrándolo con casos jurisprudenciales como el de equiparar a efectos del delito de tráfico de drogas el no impedir que se trafique

²² VIVES ANTÓN *et al*, *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, 2017, 113 ss.

²³ ARMIN KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras/J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2006, 288.

²⁴ VIVES, *Fundamentos*, 136 s., 141 ss., en referencia a Schünemann, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2009 (original alemán, 1971), 301 ss.

²⁵ Por su empeño, inviable después de Kant, de encontrar ideas *a priori* para elaborar la ciencia (167).

en el local de negocio propio, o imputar la muerte del menor a los padres que se negaron a consentir por motivos religiosos la transfusión de sangre que le habría salvado la vida.

Es cierto que problemas como el de la presunción de inocencia, la causalidad, la equiparación entre el actuar y el omitir a los efectos de la imputación de un resultado, etc. arrojan grandes dificultades en el tratamiento jurisprudencial de los delitos de omisión, que Vives Antón hace bien en denunciar.

Esos problemas, los grandes problemas que a nadie que los ha tratado se le han ocultado, se pueden dejar a las pautas que vayan trazando los órganos superiores del Poder judicial, al estilo de lo que ocurre en los países anglosajones, cuyo sentido práctico y directo contrasta con lo conceptual y especulativo de la tradición jurídica continental, especialmente alemana, que tanto ha influido en la dogmática penal española²⁶. Pero nada ha impedido que los problemas de los delitos de omisión se hayan abordado en la ciencia penal de las últimas décadas de forma bastante satisfactoria²⁷.

Para abordar los problemas fundamentales de la omisión no es posible reducir la cuestión a una de mera subsunción de la omisión (del deber de alimentar de la madre a su recién nacido) en el verbo típico de acción (de matar), ya que ambas, acción y omisión, son siempre las dos formas alternativas de incumplir el deber establecido en la tipicidad; lo que impide asimilarlas. En sentido natural y significativo, son cosas distintas y contrapuestas. Lo que a su vez no quiere decir que no sean valorativamente equiparables²⁸. Siendo esa equiparación valorativa de los conceptos dogmáticos elaborados al efecto, la que permite llegar a lo que propugna Vives (*vid. infra*): subsumir el delito de homicidio cometido por omisión en el tipo de homicidio del art. 138.

Es cierto que, por esta vía, nos volvemos a encontrar con el denostado concepto de deber al que Vives atribuye graves extralimitaciones. Pero llegados a este punto, se hace evidente la necesidad que la dogmática tiene de *introducir conceptos no extraídos de la norma legal* útiles para ayudar a la interpretación de la ley penal, sin caer en aberraciones interpretativas.

Es cierto, también, que en el pasado se abusó mucho del deber de garante en la dogmática de la omisión impropia. Pero si algo significa la obra de Schünemann, comentada críticamente por Vives, en la evolución de la dogmática de

²⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, II, 1449 ss.

²⁷ CUELLO CONTRERAS, «Competencia y acción como fundamentos de la responsabilidad penal por omisión (impropia)», en: *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, J. Muñoz Sánchez *et al.* (dir.), N. Corral Maraver *et al.* (coord.), Tirant lo Blanch, 2023, 771 ss., 782 ss.

²⁸ Mediante puentes contruidos necesariamente a través de abstracciones dogmáticas.

la omisión, fue la drástica reducción de deberes de garantes que pudiesen dar lugar a responsabilidad por omisión que propuso. Supuesta la necesidad del deber de garante²⁹. Y, supuesta también, la necesidad de entender la interpretación de la ley como procedimiento analógico (intra-literal, en el caso de la ley penal), como viene patrocinando la mejor literatura jurídica desde hace tiempo³⁰.

¿Significa lo anterior abundar en los motivos de las reticencias de Vives a los instrumentos dogmáticos seguidos en las últimas décadas por voces cualificadas, que lejos de ayudar a la aplicación de la ley penal la habrían distorsionado?

No. Porque las consideraciones acabadas de realizar sobre el *modus operandi* en la elaboración de la dogmática de la omisión representan sólo la primera parte de la construcción. Una primera fase que pasa ineludiblemente por la necesidad de abstraer, dado lo abigarrado del tema a estudiar, de la omisión en derecho penal, que a las dificultades básicas de la imputación en el supuesto más simple de la acción, que por sí misma, después de tantas décadas de elaboración también alcanza una gran *complejidad necesaria para facilitar su aplicación*, debe añadir lo complejo que resulta abordar qué puede haber que fundamente la responsabilidad penal allí donde lo que hubo fue la omisión *de una acción que habría evitado el resultado que el derecho penal quiere prevenir*.

En esa segunda fase de la construcción dogmática de la omisión, *tiene toda su importancia la pretensión de Vives, de subsumir la omisión en el verbo típico*. Y puede ser tenida muy en cuenta para evitar posibles extralimitaciones, en los casos en que la misma dogmática propiciara aplicaciones de los tribunales que vulneraran principios constitucionales del derecho penal. Lo que la dogmática criticada por Vives, y él, *todos*, teóricos y prácticos del Derecho Penal, *queremos evitar*.

Todas las aportaciones recientes a la dogmática de la omisión impropia insisten en la necesidad de acotar drásticamente, concretándolo, el único deber por cuya infracción imputar el resultado no evitado a título de comisión por omisión. Lo que no es el caso del médico de guardia que debió atender al paciente recién ingresado que necesitaba una intervención quirúrgica urgente. Y sí del cirujano que ha de realizar esa intervención tan urgente. Pues *mientras más concreto sea el resultado a imputar más restringida será la imputación y concreta*

²⁹ Lo que a medida que se exija concretar más la única omisión que por su equiparación a la acción punible debe ser tratada como comisión por omisión (*vid. infra*), hace más innecesaria la figura del deber de garante. *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *LH-Díez Ripollés*, 786.

³⁰ Engisch, *Juristische Denken*, 57.

*también la designación del obligado a evitarlo, con exclusión de todos los demás que no son designados tan concretamente por el ordenamiento jurídico*³¹.

Lo que trasladado a los casos jurisprudenciales estudiados por Vives Antón y sus discípulos, permite visualizar muy bien por qué, como bien dicen, no basta equiparar traficar con drogas a consentir que se trafique con droga en establecimiento propio, sin concretar suficientemente que los acusados lo sabían y consentían³². De la misma manera que no basta con que los padres hayan denegado la transfusión de sangre al menor, para imputar la muerte cuando están implicados derechos fundamentales de los padres, más autoridades sanitarias y judiciales que intervienen en todo el proceso, etc., sin que pueda retrotraerse la muerte del menor al mero ejercicio del derecho de los padres. Lo que sí podría ser el caso si los padres en ningún momento hubiesen acudido al hospital y no hubiesen hecho nada para salvar la vida del menor³³.

VI. Resumen: Con gran coherencia y poniendo en graves aprietos a la dogmática penal que se ha venido practicando, especialmente en los últimos cincuenta años, Vives Antón entiende la interpretación de la ley penal como un proceso de máxima fidelidad a las palabras del legislador. Lo que no casa con la cada vez mayor exuberancia lingüística que viene practicando la dogmática en Alemania y España; responsable (por su influencia intelectual) de muchas extralimitaciones contrarias a los principios constitucionales que pueden detectarse en la praxis de nuestros tribunales. Estribando su coherencia en la concepción de la interpretación de la ley penal conforme al significado social de las palabras que el legislador emplea para tipificar los verbos de acción; lo que le lleva a la conclusión de que es inviable una dogmática con el rigor que requeriría el respeto escrupuloso al principio de legalidad y al resto de garantías constitucionales que vinculan al derecho penal.

A la vía que sugiere Vives, de salida al dilema de la interpretación de la ley penal: dejarla en manos de los órganos superiores del Poder judicial y mantener una dogmática que se conforme con ayudar a satisfacer las pretensiones de

³¹ CUELLO CONTRERAS, *LH-Díez Ripollés*, 785.

³² Como bien dice CUERDA ARNAU, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, I, 435, comentando la STC 171/2000 que estimó el recurso de amparo frente a la STS 106/1996, de 10 de febrero, la prueba del hecho enjuiciado habría requerido acreditar que los acusados de tráfico de droga por omisión, como dueños del local en el que otros coacusados, asiduos del local, realizaban activamente el tráfico, lo sabían fehacientemente.

³³ CUERDA ARNAU, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, I, 435 s. (*vid.* también, *LH-Mir Puig*, 489 s.): Sólo así habría sido posible afirmar que los padres «mataron» al menor (STC 54/2002, estimando el amparo frente a la STS 950/1997, de 27 de junio).

ofensividad, ilicitud y reprochabilidad de la acción típica tal como es entendida por el uso social de los verbos que la expresan, sin embargo, cabe contraponerle una dogmática como la actual, concebida conscientemente como creadora de conceptos ordenadores y sistematizadores no procedentes exclusivamente de la ley que, de la misma manera que mediante abstracción permiten llegar donde la mera interpretación no puede hacerlo (por las razones que Vives oportunamente aduce), proporciona argumentos para las decisiones jurídicas en los espacios dejados abierto por la letra de la ley, basados en la prudencia (no en ideas a priori), que permiten también *concretar por el mismo procedimiento argumentativo aquellos conceptos abstractos* a los casos que deben ser resueltos con la generalidad y universalidad que requiere toda norma jurídica no arbitraria.

Habilitándose así una vía, de encuentro entre posiciones como la de Vives Antón, y otros penalistas cansados de las abstracciones finiseculares de la ciencia penal, y la dogmática penal tradicional, también empeñada en la solución de los problemas concretos que han de ser resueltos todos los días en la jurisdicción penal; aspecto este en el que la idea central en el pensamiento de Vives, de que todo lo que se diga sobre la imputación penal debe girar en torno al significado social de los verbos típicos, para evitar entequisas penales, puede jugar un papel decisivo que evite la vulneración de derechos fundamentales.

20. CONSENTIMIENTO, DATOS PERSONALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CIENCIA

Las redes sociales y todo el entorno de Internet, con sus múltiples plataformas, aplicaciones, programas, etc., sobre todo desde que están condicionadas por sistemas algorítmicos, presentan singulares cuestiones relacionadas con la protección de la intimidad y la propia imagen, por utilizar una expresión tradicional en el entorno jurídico y jurídico-penal a partir del artículo 18.1 de la Constitución y que reproduce el epígrafe del capítulo I del título X del libro II del Código penal.

Muy resumidamente –y salvando todos los matices posibles– la intimidad sería o un bien jurídico o un derecho¹ (o ambos) –derivado de la dignidad de la persona–, con un contenido negativo como el derecho a excluir a terceros del ámbito personal preservado del mundo exterior y un contenido positivo, consistente en el derecho a mantener el control sobre los propios datos perso-

¹ No está bien clara esta cuestión –véase CARRASCO ANDRINO, M.M.: «Descubrimiento y revelación de secretos», en Álvarez García, F.J. (director): *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas*, 4.ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 1628 ss.– aunque bien podría decirse que se trata de un valor (bien jurídico) para cuya protección se genera un derecho (a la intimidad) y se protege mediante la prohibición de lesionarlo. En todo caso, como derecho fundamental lo trata el art. 1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

nales o *habeas data*; aspecto este de especial trascendencia en la era tecnológica actual y que comprende el poder de control sobre su uso, veracidad o exactitud y finalidad del uso o destino. El art. 197.2 CP se destina, específicamente, a sancionar la quiebra por terceros de dicho derecho a los propios datos, hasta el punto de que actualmente se configura como un bien jurídico (o derecho) propio e independiente del anterior².

En este contexto, y en cuanto que, hablamos de un ámbito derivado de la dignidad de la persona, tales derechos –derecho a excluir a terceros del espacio más privado y el derecho al control y libre disposición de los propios datos– quedarían abarcados o incluidos bajo el concepto de capacidad autonormativa de la persona³, que podría disponer de ellos mediante su consentimiento –tal y como reconoce el art. 2.2 de la LO1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen–, que, en todo caso será expreso y revocable en cualquier momento. La interpretación jurisprudencial, por su parte, matiza los requisitos de emisión del consentimiento en este ámbito y aunque «no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas» según la sentencia de la Sala Segunda Tribunal Constitucional 27/2020 de 24 febrero.

Esta sentencia, de hecho, plantea un interesante supuesto que va a servir de punto de partida para nuestra reflexión. En el caso enjuiciado, un periódico publica en papel las fotos de una persona obtenida de su perfil público de Facebook. La foto no solo era pública, por ser la foto de perfil, sino que, además, la cuenta también era pública. La cuestión que se plantea en la sentencia es si el hecho de tener una cuenta en una red social que es accesible al público en general donde se comparten imágenes personales autoriza a reproducirla sin el consentimiento expreso a que se refiere el art. 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. El Tribunal Constitucional concluye que no; que el hecho de tener colgadas en una cuenta de una determinada red social imágenes personales no autoriza a reproducirlas sin un consentimiento expreso del titular. En este sentido, cabe destacar las siguientes manifestaciones del Tribunal Constitucional, en lo que representa todo un posicionamiento frente a la difusión de imágenes en redes sociales y, por extensión, de cualquier otro dato personal protegido:

² Más ampliamente, véase nota anterior.

³ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 223.

1) La facultad de decidir acerca de dar publicidad a los rasgos físicos de una persona es una manifestación del reconocimiento a la dignidad de las personas (citando al TEDH en sentencia de 15 de enero de 2009, *Recklos y Davourlis contra Grecia*).

2) La publicación de la propia imagen física en la red social (Facebook, en este caso) no constituye el «consentimiento expreso» previsto en el art. 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, por lo que, para poder captar, reproducir o publicar una imagen de terceros es necesario el consentimiento de aquellos (titular/es de la imagen física), que debe ser expreso e «inequívoco» para el acto en concreto.

3) Este derecho sobre la propia imagen no es absoluto⁴, pero, cuando se trata de la imagen de una persona «anónima» –terrible expresión–, es decir, que no ejerce cargo público o una profesión de notoriedad, las únicas excepciones posibles son:

a. Aquellos casos en los que la imagen de la persona aparezca de manera «accesoria e intrascendente».

b. Aquellos casos en los que (la persona) fuera protagonista en el momento concreto que reproduce la imagen.

4) En las redes –que se dicen– sociales «el usuario sigue siendo titular de los mismos derechos que en la era analógica»⁵.

5) El entorno digital no es un lugar público a efectos de la LO 1/1982, por lo que el titular debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen para los fines concretos del caso.

6) Las «condiciones de servicio» que necesariamente tienen que aceptar los usuarios para poder interactuar en una plataforma o red social es un contrato electrónico puro (basta un *click*) y de adhesión, en el que el usuario no tiene capacidad para negociar las condiciones o cláusulas, lo que «genera serias dudas» al TC de que tal *click* sea un consentimiento válido⁶.

⁴ Habrá que ponderar con la libertad de expresión y el derecho de información, según el caso.

⁵ Fundamento Jurídico 3 de la STC 27/2020 de 24 febrero de 2020

⁶ «El uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación *online*, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización. A ello hay que añadir que en dicha red social aparece activado por defecto el mayor grado de publicidad, en contraste con el

7) En resumen: «Por ello, el usuario de Facebook que «sube», «cuelga» o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)»⁷.

Pues bien, a la vista de estas afirmaciones del Tribunal Constitucional, surgen nuevas cuestiones y dudas muy relacionadas con la protección de la intimidad y otros derechos (o bienes jurídicos) relacionados con ella. Así, será preciso plantearse, en primer lugar, si estas reglas que ha concretado el Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la propia imagen son extensibles a los otros datos reservados de carácter personal o familiar a los que hace referencia el art. 197.2 CP –según ha sido interpretado doctrinal y jurisprudencialmente–. En segundo lugar, deberíamos intentar dilucidar la cuestión de si tales reglas protectoras son de aplicación respecto de otros datos o conocimiento (por ejemplo, opiniones; conocimiento científico publicado en revistas en abierto, etc.). En tercer lugar, pero muy importante a los efectos que ahora nos interesan, deberíamos abordar la cuestión de cómo se adecúan tales reglas (o cómo se aplican) al uso que realmente se hace en «el entorno virtual afectado por sistemas algorítmicos» de imágenes físicas, datos personales y familiares, opiniones y conocimiento para, finalmente, intentar averiguar cómo incide (o puede hacerlo, al menos en el plano teórico) el Reglamento UE de Inteligencia Artificial⁸ de 13 de junio de 2024 en esta cuestión.

II. SOBRE LA EXTENSIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIA IMAGEN A DATOS PERSONALES, OPINIONES O CONOCIMIENTO

La primera cuestión sobre la que es necesario pronunciarse es sobre si los criterios delimitadores de los requisitos, validez y extensión del consentimiento diseñados en la sentencia de la Sala Segunda Tribunal Constitucional 27/2020 de 24 febrero son aplicables también a otros datos personales, opiniones o conocimiento muy vinculados al libre desarrollo de la personalidad y a

hecho de que el perfil de acceso completamente público supone un grave riesgo para la seguridad de los datos personales de los usuarios, en la medida en que estos serán accesibles por parte de cualquier usuario de la plataforma» (Fundamento Jurídico 4 de la STC 27/2020 de 24 febrero de 2020).

⁷ Fundamento Jurídico 4 de la STC 27/2020 de 24 febrero de 2020.

⁸ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

la dignidad de la persona. También en este punto conviene tomar en consideración las directrices marcadas por el Tribunal Constitucional, en este caso, en la STC 76/2019, de 22 de mayo. Esta sentencia⁹ reconoce que el derecho fundamental afectado en el art. 18.4 CE¹⁰ es el de protección de datos personales, desde una doble perspectiva, como «derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la libertad ideológica».

Según la sentencia ahora comentada, este derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática tampoco tiene carácter absoluto. En consecuencia, serían admisibles ciertas intromisiones o limitaciones. Ahora bien, cualquier intromisión debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente previsto y precisa una habilitación legal y garantías adecuadas, especialmente cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, como son los denominados datos sensibles, en la medida en que su uso puede afectar «más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad». En este caso, las garantías que deben acompañar a las limitaciones de este derecho o a las excepciones a su protección deben estar prevista expresamente en la ley que los limita. En resumen, según la STC 76/2019 de 22 mayo, las opiniones políticas son datos personales sensibles cuya necesidad de protección es, en esa medida, superior a la de otros datos personales y, por tanto, debe establecerse un régimen seguro de protección.

En base a los criterios anteriormente señalados, la STC 76/2019 de 22 mayo declara inconstitucional el art. 58 bis 1 incorporado a la LO 5/1985 de 10 de junio de Régimen Electoral General por la Disposición Final Tercera, apartado segundo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales según el cual «la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas»¹¹.

⁹ Nótese que esta sentencia fue dictada en 2019 y, por tanto, es previa a la que hemos comentado en el epígrafe anterior.

¹⁰ Art. 18.4 CE: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

¹¹ Los argumentos para declarar inconstitucional y nulo el precepto son que la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales

En definitiva, por tanto, la propia imagen (física) merece una especial protección y su exposición en medios virtuales no significa que pueda ser objeto de apropiación o uso por parte de terceros. Ahora bien, si ello es así, esta protección reforzada no se extiende a todos los datos sensibles, que incluyen, como mínimo, las opiniones políticas, pero que, de buena lid, también lo son todos aquellos que se protegen en el art. 197.2 CP¹².

Sin embargo, la sentencia no se pronuncia sobre el párrafo segundo del mismo art. 58 bis 1 de la LO, según el cual «[L]os partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales *podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público* para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral».

Este precepto autoriza la utilización de datos personales, inicialmente protegidos –que son manifestación de la dignidad de la persona, según el Tribunal Constitucional– y que requerirían consentimiento expreso e inequívoco.

III. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y DATOS SENSIBLE EN EL ENTORNO VIRTUAL AFECTADO POR SISTEMAS ALGORÍTMICOS

El Tribunal Constitucional, en la STC 27/2020 de 24 febrero, reconoce que el uso, difusión y utilización de datos personalísimos y sensibles ajenos, aún hechos públicos en entornos virtuales, requiere un consentimiento expreso e inequívoco que incluya la finalidad concreta.

O, dicho de otro modo, la exposición pública de una imagen, de una opinión o de un dato personal (reduzcámoslo, si se quiere, a los más sensibles) no autoriza a que se difunda, se use o se utilice por terceros.

Ahora bien, la cuestión que hemos de plantear ahora es la de cómo encaja esta regla en el funcionamiento actual del «entorno virtual» –entiéndase por tal cualquier aplicación, página web o sistema algorítmico que permita acumular datos, incluyendo buscadores, modelos generativos (o sea, los denominados «*chats* inteligentes»), redes sociales, páginas web, plataformas digitales, etc.–. En estos entornos, la característica más llamativa, en la actualidad, es la utilización sistemas algorítmicos que generan de forma autónoma soluciones

¹² Véase CARRASCO ANDRINO, M.M.: «Descubrimiento y revelación de secretos», cit., pp. 1663 ss.

o respuestas; lo que se ha dado en denominar, de forma interesada por quienes ponen estos productos en el mercado, «Inteligencia Artificial»¹³.

Es, precisamente, en el entorno de la «Inteligencia artificial generativa», es decir, aquellos sistemas algorítmicos que pueden generar texto, imágenes u otras posibles respuestas a partir del procesamiento previo de datos de diverso tipo y naturaleza (por ejemplo, los *chatbots*, como podría ser el *ChatGPT*), donde surgen las cuestiones más controvertidas, aunque no solo –pues algunas de estas cuestiones se pueden trasladar a otro tipo de aplicaciones, aunque, lo cierto es que, en la actualidad, son escasas las que no utilizan Inteligencia Artificial–. La causa de tales controversias hay que buscarla en el hecho de que estos sistemas, para ofrecer soluciones o «respuestas», requieren un proceso previo de «alimentación» con datos diversos. A este proceso se le suele denominar como «aprendizaje». En esta terminología manipuladora y *humanizadora*, se afirma que «la Inteligencia Artificial» «aprende» ... de datos *de origen desconocido*, aparentemente; aunque nadie duda de que lo hace a partir de los datos que recolecta en aplicaciones u otros sistemas virtuales de la propia empresa generadora del *chatbot*; a partir de datos que compran a otras empresas similares; o a partir de la información y los datos que «están en abierto»; es decir, que las personas han puesto en disposición de ser «observadas» en un determinado «lugar» (chat, web, aplicación, etc.).

En todos estos casos, los datos «utilizados para alimentar al sistema de IA» se obtienen a partir de contratos de adhesión no negociables, con cláusulas incomprensibles, cuando no en idioma ajeno a la persona que contrata, en los que basta un solo *click* para considerar manifestado el consentimiento y sin posibilidad de introducir ninguna reserva, restricción o matiz de cualquier clase –lo que genera serias dudas al Tribunal Constitucional¹⁴– u obtenidos en

¹³ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., «El Derecho Penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial», en *Ius Criminale*, n.º 1, 2024, pp. 86 s.

¹⁴ Según el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 27/2020 de 24 febrero de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, «[E]l uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación *online*, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización. A ello hay que añadir que en dicha red social aparece activado por defecto el mayor grado de publicidad, en contraste con el hecho de que el perfil de acceso completamente público supone un grave riesgo para la seguridad de los datos personales de los usuarios, en la medida en que estos serán accesibles por parte de cualquier usuario de la plataforma».

sitios en los que no se podrían obtener sin un consentimiento expreso, indubitado y que acepte los fines de uso específicos.

Lo cierto, sin embargo, es que, en la realidad, la apropiación, uso utilización o manipulación de datos se hace sin emisión alguna de consentimiento que respete los citados requisitos. Este es evidente ya tanto en las redes sociales como en los sistemas de comunicación denominados *chat*, pues, en ellos, cualquier participante en el «diálogo social» puede reproducir, utilizar, reenviar, *retuitear*, guardar o, incluso, manipular cualquier dato –de cualquier tipo– sin la más mínima manifestación de consentimiento.

O, dicho de otro modo, y permítaseme la ironía: *Houston, we've had a problem.*

IV. EL REGLAMENTO DE IA Y EL CONSENTIMIENTO

Hasta ahora, toda la reflexión ha girado en torno a dos cuestiones: los datos personales (en sentido amplio) como objeto de un derecho fundamental y los requisitos del consentimiento para cederlos. Junto a ello, hemos visto el reconocimiento teórico que hace el Tribunal Constitucional y su prácticamente nulo efecto práctico en entornos de interacción social en los que las personas se han convertido en «minas de datos» que son objeto de apropiación y explotación por empresas que, gracias a ello, están generando enormes riquezas y acumulación de poder político a nivel mundial¹⁵.

En este contexto, el 13 de junio de 2024 se aprobó el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, autodenominado, Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA), que trata de regular y armonizar la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial en Europa –rompiendo así con la desregulación que se ocultaba bajo la supuesta «autorregulación bajos prismas éticos»– a la vez que configura un sistema institucionalizado de control. En este intento de control y regulación de estos productos comerciales –a los que se denomina Inteligencia Artificial– se prohíben determinadas prácticas comerciales por el enorme riesgo que generan (y los enormes y masivos daños que provocan). Estas prohibiciones se encuentran recogidas en el art. 5 del RIA.

¹⁵ Cualquier mínima búsqueda acerca de los hombres (no hay mujeres en el ranking) más ricos del mundo nos informa de que los cuatro más ricos son propietarios de empresas desarrolladoras de sistemas algorítmicos o Inteligencia Artificial y que siete de las diez compañías más grandes por capitalización bursátil son compañías tecnológicas implicadas en el desarrollo de sistemas algorítmicos denominados Inteligencia Artificial. Igualmente, es pública y notoria la vinculación de algunos de los mayores detentadores de estas empresas con el poder político, hasta el punto de que alguno ha llegado a ocupar cargos de gran peso en el gobierno, después de apoyar abiertamente a un candidato a la presidencia de EEUU –que resultó vencedor–.

Es preciso remarcar en este momento que el RIA no prohíbe ninguna tecnología; no prohíbe software o algoritmos; tan solo prohíbe introducir en el mercado, poner en servicio o utilizar «sistemas de IA», es decir, determinados productos que contienen sistemas algorítmicos muy complejos. Entre estas prohibiciones, las hay absolutas –de forma que nunca pueden ser permitidas–, pero también hay «prohibiciones» que, en realidad, serían limitaciones normativamente impuestas a usos o prácticas permitidas. Así contendrían prohibiciones absolutas los apartados a) y b) del art. 5.1 RIA, en tanto que los demás apartados regularían, estableciendo limitaciones, prácticas que estarían permitidas.

No es este el lugar adecuado para detenerse a analizar este precepto; ahora bien, de las prohibiciones de uso que contiene se induce una cuestión previa: todas las prohibiciones se construyen sobre sistemas que han de contar con ingentes cantidades de datos personales sensibles, perfectamente identificados para cada persona; hasta el punto de poder manipular a las personas; clasificarlas; explotar vulnerabilidades, etc.

Sin embargo, el RIA no hace referencia alguna a que, tal y como exige, nuestro Tribunal Constitucional, la persona cuyos datos son utilizados para crear estos sistemas o incluso para infringir las prohibiciones, haya dado su consentimiento. Es más, el considerando (15) expresamente dice: «[E]l concepto de «identificación biométrica» a que hace referencia el presente Reglamento debe definirse como el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico o conductual, como la cara, el movimiento ocular, la forma del cuerpo, la voz, la entonación, el modo de andar, la postura, la frecuencia cardíaca, la presión arterial, el olor o las características de las pulsaciones de tecla, a fin de determinar la identidad de una persona comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos de referencia, *independientemente de que la persona haya dado o no su consentimiento*»¹⁶.

¿Qué pasó con la dignidad de la persona? ¿Qué pasó con el derecho fundamental al *habeas data*?

V. CONCLUSIONES

El consentimiento demuestra ser la manifestación esencial de la dignidad, la libertad y la propia autonomía y humanidad de las personas frente a intereses económicos fortísimos; tan fuertes que la propia UE parece que re-

¹⁶ La cursiva es mía.

nuncia a enfrentarse a ellos. Su defensa se muestra como una tarea de titanes a la que no debe renunciar la Doctrina penal; de la misma forma que el Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi no renunció nunca a defender la humanidad, la dignidad, la autonomía o los derechos de todas las personas que, de una forma u otra se relacionaban con el sistema penal –víctimas, internos en centros penitenciarios, menores delincuentes...–.

El consentimiento, como llave de los derechos fundamentales de las personas, de su dignidad y su autonomía, ha dejado de ser negado exclusivamente a las mujeres. Ahora, todas y todos podemos ser víctimas de alguien muchísimo más poderoso, razón por la que va a ser imprescindible reabrir, mucho más allá de los delitos contra la libertad sexual, el debate sobre los requisitos para otorgar validez al consentimiento en el ámbito penal, pues, como hemos dicho, es la manifestación de que, efectivamente, la sociedad reconoce a las personas los derechos inherentes a su condición. De hecho, probablemente, sea esta, la del reconocimiento de la eficacia y requisitos para la validez del consentimiento, la gran cuestión a la que ha de enfrentarse la Doctrina en un futuro muy próximo. No hacerlo significará que la democracia fue cosa del pasado.

Colaboración al libro homenaje a José Luis de la Cuesta Arzamendi. 2025.

Palabras previas: con José Luis de la Cuesta Arzamendi me une una vieja relación de afecto, admiración y respeto académico. Nuestro ámbito de interacción ha sido la Asociación Internacional de Derecho Penal, cuya presidencia ejerció por varios años con gran destreza y capacidad. Uno de sus logros fue la inclusión del Castellano (Español) ya que, con algo tan simple, generó una más sencilla comunicación y participación de juristas, no sólo de España, sino de toda Latinoamérica. Sus textos son de consulta permanente, por su abordaje profundo de los más diversos y actuales temas jurídico-penales. En definitiva, para mí es un honor poder participar de este homenaje tan merecido. ¡Un fuerte abrazo, José Luis!

21. REINCIDENCIA, REITERACIÓN DELICTIVA Y AFINES. ESTADO DEL ARTE EN 2025

JAVIER AUGUSTO DE LUCA¹

*Doctor en Derecho y Titular Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal,
Facultad de Derecho, UBA*

*Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal. Presidente del
Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal*

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de la Argentina se ocupó, nuevamente, del asunto de la constitucionalidad de la reincidencia y la reiteración delictiva en tres sentencias, en las que, para convalidarlas, se remitió a fallos anteriores. Por ello, en estas decisiones de 2013, se destacan como novedosas las disidencias del juez Zaffaroni y los votos concurrentes de la jueza Argibay, en los que discurrieron con mayor profundidad sobre el conflicto con principios constitucionales de las normas del Código Penal sobre reincidencia (art. 50 CP), tales como la prohibición de conceder la libertad condicional a los reincidentes (art. 14 CP), o las agravantes punitivas por determinados antecedentes condenatorios en el delito de portación de armas sin autorización (art. 189 *bis*, inciso 2.º, párrafo 8.º, CP)².

¹ Colaboró con ideas y correcciones Yamila Yael Luzzza, Abogada, Universidad Nacional de La Matanza (provincia de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

² DE LUCA, J. A.: «Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución (Comentario a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictadas en las causas: 1) A.577 –XLV– "Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n.º 10.154", del 5 de febrero de 2013, voto en disi-

La mayoría de la Corte mantuvo vigente la doctrina que las considera son constitucionales³. Anteriormente había declarado inconstitucional la norma que prevé la reclusión por tiempo indeterminado a los multirreincidentes (art. 52 CP)⁴.

Básicamente, mantuvo su posición de viejos casos, como «Valdez» y «L'Eveque»⁵, sin tratar los argumentos en contrario de la abrumadora mayoría de autores y buena cantidad de la jurisprudencia que, básicamente, explican que esas disposiciones normativas no lograban sortear el conflicto que se genera con los principios de culpabilidad y de *non bis in idem*⁶, de jerarquía constitucional⁷.

Según he podido consultar, en España ocurre lo mismo, ya que la jurisprudencia aún vigente y la doctrina que la sustenta, no logran refutar con éxito los argumentos sobre la violación a varios principios constitucionales que implica la aplicación de un plus de pena por reincidencia o reiteración delictiva⁸.

Para completar el panorama, en la Argentina, la ley 27.785 de 2025 instauró la reincidencia ficta o impropia, es decir, que habrá reincidencia por la

dencia del juez Zaffaroni; 2) T.294 –XLV– "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil", del 5 de febrero de 2013, disidencia del juez Zaffaroni; y 3) M.1395 –XLII– "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", del 5 de febrero de 2013, voto de la jueza Argibay», en *Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley*, n.º 3, 2013, pp. 49-74.

³ Casos: «Valdez» (Fallos: 311:552) y «L'Eveque» (Fallos: 311:1451).

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*, «Gramajo» (Fallos: 329:3680). El art. 52 del CP argentino, dispone: «Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26».

⁵ Ver nota 2.

⁶ RIGHI, E.: *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, pp. 529-533; GARCÍA, L.: *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal de la teoría de la pena*, Buenos Aires: Astrea, 1992; ARNEO, M.: «La Declaración de reincidencia y el cumplimiento de pena según el nuevo artículo 50 del Código Penal», en *Revista El Derecho*, n.º 119, 1986, p. 119; ARNEO, M.: «La Reforma Penal y el Nuevo Régimen de la Reincidencia», en *Revista El Derecho*, n.º 115, 1986, pp. 929-934; VITALE, G.: «Inconstitucionalidad de la Reincidencia: dos fallos ejemplares», en *Ley, Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén*, año 6, n.º 9, Córdoba: Alveroni, 2005, pp. 293-325; BUIGO, M.: «La Reincidencia y la Imposibilidad de su Vigencia en un Estado Constitucional de Derecho», en Bruzzone, G.A. (coord.): *Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2012, pp. 143-164; entre muchos otros.

⁷ LEDESMA, G.: *Las reformas penal y de procedimientos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1984; DONNA, E./ IUVARO, M.J.: *Reincidencia y Culpabilidad*, Buenos Aires: Astrea, 1984.

⁸ FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R.: *Ser Reincidente. Efectos jurídico-penales de la recaída en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025. Este es uno de los últimos trabajos sobre el asunto, exhaustivo y crítico, del estado de la jurisprudencia y doctrina españolas. La autora me envió la versión original previa a su publicación.

mera reiteración delictiva, y ya no será necesario que el sujeto haya cumplido pena de prisión efectiva por el hecho anterior⁹.

II. UN POCO DE HISTORIA DE LAS IDEAS BÁSICAS DEL PODER PUNITIVO

La reiteración delictiva, como género, y la reincidencia, como especie, implican la imposición de un *plus* de castigo por la circunstancia de que el sujeto había cometido un delito anteriormente.

Su fundamentación, alcance y constitucionalidad, dependerán de la concepción del jurista sobre el fundamento del castigo estatal. El resultado del análisis dependerá de la posición frente a la legitimación del castigo, ya si se lo considera como un valor positivo en sí mismo, o si lo toma de manera negativa, como una especie de resignación ante la inevitable existencia del poder punitivo, legal o no, para lo cual considera que el Derecho Penal y la pena legal, se justifican porque lo limitan¹⁰. Así, la pena estipulada tornará en ilícito todo castigo que no esté previsto en una ley. En este último caso, ella será un límite o dique de contención al poder punitivo que, de otra manera, se terminaría aplicando arbitraria y descontroladamente.

La posición legitimadora, se sustenta en una especie de fe en el castigo, como un valor positivo o funcional a determinados fines, y así se despliegan las conocidas teorías sobre el origen y fines de la pena. Estas serán de corte retribucionista (mira al pasado) o preventivo (mira al futuro) y, esta última,

⁹ Código Penal Argentino. Última reforma por Ley 27.785, de 2025. Artículo 50: «Se considerará reincidente a toda persona que haya sido condenada dos (2) o más veces a una pena privativa de libertad, siempre que la primera condena se encuentre firme.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena impuesta por delitos amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho (18) años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando, desde su cumplimiento, hubiera transcurrido un término igual a aquel por el que fuera impuesta, que nunca excederá de diez (10) años ni será inferior a cinco (5) años».

Artículo 58: «Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos (2) o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

En la unificación de condenas, la pena resultante será la suma aritmética de las penas impuestas en las sentencias consideradas para el dictado de la pena única.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso».

¹⁰ Distinguiamos el derecho a castigar, el *ius puniendi*, de la potestad de castigar, la *potestas puniendi*.

según los fines de la prevención, serán generales o especiales, positivos o negativos. Se verá que los razonamientos que siguen son consecuencias lógicas de cada uno de esos puntos de partida.

El problema de su constitucionalidad es otro. Aquí se contraponen las posiciones de los juristas que dotamos de contenido real a los principios de culpabilidad y *non bis in idem* versus quienes lo hacen desde una mirada más abstracta, teórica y generalizada o estandarizada de los miembros de la sociedad y los casos penales.

Muchos razonamientos se quedan en la mera contraposición formal de normas del mismo nivel, no superan el análisis desde el principio de legalidad, no computan que los seres humanos no somos iguales, ni que los que delinquen lo hacen en el mismo contexto y circunstancias; de modo que el juicio de culpabilidad por los actos típicos y antijurídicos no será igual para todos, sino que deberá auscultarse la realidad de cada caso. Solo a partir de ello, será posible exigir una conducta conforme a derecho (principio constitucional de culpabilidad).

En los votos del por entonces juez Zaffaroni en los casos «Álvarez Ordoñez» y en «Taboada Ortiz» se advierte que la teoría que predica que el reincidente viola dos bienes jurídicos, no logra despejar el problema que conlleva el considerar que el segundo bien jurídico que se habría violado no tiene contenido, no es más que una desobediencia normativa que considera que el ordenamiento jurídico en sí mismo es un bien jurídico que el segundo delito ofende porque desafía su vigencia. Lo mismo ocurre cuando se predica que en lugar de dos bienes jurídicos, el reincidente viola dos normas. Para Zaffaroni esta posición parte de la base de que las normas no son sólo recursos lógicos metodológicos, sino que tienen vida propia, pero recuerda, en la historia las consecuencias de estas ideas fueron terribles, no porque una teoría cause atrocidades, sino porque las legitima. Ídem, las versiones actualizadas del positivismo peligrosista.

III. BREVE RECAPITULACIÓN CRÍTICA

Siguiendo a Carmen Rocío Fernández Díaz, los argumentos a favor y en contra de la agravación de pena por reiteración o reincidencia son los siguientes ¹¹:

Se dice que la agravación de la pena se justifica porque el comportamiento reincidente es una muestra de un mayor injusto, de una mayor culpabilidad

¹¹ FERNÁNDEZ DÍAZ, *Ser Reincidente...*, ob. cit.

del sujeto, de una mayor peligrosidad, ya sea por su conducta de vida o por el acto aislado, en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior delito a los fines de la prevención sobre el delincuente, en la perversidad del reo, en la habitualidad del delincuente, en el desprecio y rebeldía de reincidente frente al ordenamiento jurídico, etcétera.

La primera crítica sostiene que, si la exclusión social impide u entorpece el logro de la reinserción social y, con ello, de la prevención de la delincuencia, pareciera que el fracaso de la readaptación se descarga exclusivamente en el delincuente.

Ello es puro etiquetamiento por infracción a una norma, lo cual es contrario a la inclusión social, porque se basa en la evocación de un modo de ser.

La pregunta sobre la parte de la responsabilidad que le corresponde al Estado por la recaída en el delito queda flotando. La advertencia de la pena anterior (y de cómo se trató su ejecución) parece no ser realista ni funcionar como se predica.

Los mismos problemas aparecen en la llamada multirreincidencia¹².

Como es difícil encontrar razones que fundamenten una mayor culpabilidad por el hecho, se predica que la agravante se funda en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales.

A esto se critica que la responsabilidad debe ceñirse al hecho concreto porque, de lo contrario, se viola el principio de culpabilidad por el hecho y el *non bis in ídem*, al sancionar las características del autor o un delito anterior ya castigado.

No se explica cómo el desvalor de acción o del resultado del nuevo delito se ven incrementados por la condena preexistente.

El desprecio o rebeldía al ordenamiento jurídico no pueden constituir fundamento de la agravante porque el derecho penal no tiene por objeto moralizar, ni debe ser utilizado para imponer una determinada ideología, ni perseguir su fidelidad por la sumisión interna de los destinatarios de las normas. El ordenamiento jurídico no es un bien jurídico en sí mismo, sino el medio para «proteger» los bienes jurídicos reales, sean individuales o colectivos.

Esas concepciones entienden a los delitos como desobediencias a las normas estatales, lo cual, debería recordarse, es una característica propia del modelo de Estado absolutista, contrario a la idea de que el ordenamiento jurídico debe ser simplemente un instrumento para la protección de los derechos de los habitantes.

¹² En la Argentina, como se mencionó, la Corte Suprema, en la causa «Gramajo» declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del CP que prevé la multirreincidencia. Citado en la nota n.º 4.

Para otra línea de autores, se trata de una mayor culpabilidad porque a partir de la advertencia implícita en la sentencia condenatoria anterior, el reincidente tenía una mayor exigibilidad de obediencia al derecho. Para esta posición, el tratamiento tendiente a conseguir la reinserción social determina un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme a la norma. Es el proceso de motivación a cometer el nuevo delito el que merece mayor reproche, porque el juicio de reproche debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias personales entre las que se encuentra la experiencia vital creada por el delito precedente.

No obstante, estos mismos doctrinarios reconocen que la experiencia delictiva previa no siempre implica una mayor capacidad de autodeterminación del sujeto. Por ello, sostienen que la agravante debería tener carácter facultativo y verificarse en cada caso concreto la concurrencia de mayor culpabilidad porque, inversamente, la reincidencia podría ser un indicador de una menor culpabilidad.

Como se ve, mantienen la idea de medir el reproche atendiendo a condenas anteriores, con lo cual, puede colisionar con el principio de responsabilidad por el hecho. Sin embargo, tienen un punto positivo. Cuando se determina o individualiza el *quantum* punitivo dentro de una escala penal, es válido recurrir a circunstancias personales del justiciable, cómo y porqué actuó de esa manera, en las circunstancias que lo hizo. Ese juicio de exigibilidad de otra conducta debe tener en cuenta esos aspectos, que son parte de la realidad del caso. Entonces, habría que establecer la incidencia de la condena anterior, como cualquier otro acontecimiento de su vida (como lo sería tener en cuenta una desgracia personal, familiar, social, económica, episodios traumáticos, su grado de instrucción y cultura, su codicia, su desprecio o empatía por los demás, etc.) para valorar cómo se posicionó subjetivamente frente al hecho.

Otros argumentos fundan la agravante en la prevención especial, por la mayor peligrosidad del sujeto reincidente, por la mayor probabilidad de comisión de delitos futuros, por la inclinación a una tendencia criminal, o por entender que la pena anterior fue insuficiente.

Se critica que lo único que expresa con certeza la recaída en el delito es el fracaso del derecho penal, de modo que no parece razonable aumentar la dosis de aquello que ya ha fracasado. Otros critican que no es posible establecer una presunción de peligrosidad *juris et de iure*, que solo atienden finalidades preventivas.

Otros fundan la agravante en la prevención general positiva o estabilizadora porque el reincidente pone en entredicho la norma y la validez del ordenamiento jurídico. Se le critica que se trata de una concepción deshumanizada de la pena y contraindicada para la resocialización, además de las conocidas críticas a esa teoría de fundamento de la pena.

Los que defienden los criterios preventivos generales en la necesidad de disuadir en mayor medida la comisión de ciertas conductas, generalmente lo fundan en criterios retributivos y securitarios, que tienen como fin cercar y aislar a los delincuentes más rebeldes con el fin de transmitir a la sociedad la idea de control público de la criminalidad.

La crítica es que ese plus de pena es meramente simbólico, no se funda en ninguna comprobación empírica, con lo cual la mayor o menor pena de un hecho no mira a la realidad del caso concreto sino a lo que se cree que la llamada «opinión pública» considera o se dice que considera con base en estereotipos del discurso dominante, fundado en emociones e ideologías, más que en razones objetivas y valores democráticos. Véase que no pueden explicar por qué se debe aplicar una agravante si los delitos cometidos son de distinta especie, razones y circunstancias distintas.

Varias legislaciones consagran y distintos juristas proponen el reemplazo de un plus de pena como agravante, por medidas de seguridad, vigilada o custodia, basadas en la mayor peligrosidad criminal y pronóstico de reiteración delictiva.

Estas ideas merecen las mismas críticas, porque implican un mero cambio de etiquetas, a lo que se llamaba pena se lo pasa a llamar medida de seguridad, que termina siendo lo mismo: un internamiento que, para peor, puede ser potencialmente indefinido basado en un pronóstico inseguro. Además, en este tipo de propuestas, subyace una equiparación entre pena en general (el castigo, como un mal) y la pena de prisión, que sólo es una de las formas (bastante moderna, por cierto), del castigo.

En España el Tribunal Constitucional en sentencia del pleno número 150/1991 del 4 de julio declaró la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia, con argumentos que mantienen vigente su doctrina, con independencia de que la legislación infraconstitucional cambió.

Muchos de esos argumentos son una tautología y recogen viejas explicaciones que en realidad se basan en una mirada que sólo contempla el principio de legalidad. Algo así como sostener que en el primer delito ya estaría incluida la advertencia de que uno nuevo ampliaría la respuesta punitiva.

Pero, el problema de la mayor pena por reiteración o reincidencia no es de legalidad, sino de que esa respuesta punitiva colisiona con otros principios constitucionales, en especial, el de culpabilidad y el *non bis in ídem*. No es determinante que esté expresamente previsto en la ley y que el delincuente yo lo sabía o debía saberlo.

Otros también basados en el principio de legalidad argumentan que corresponde al legislador y no a los tribunales decidir sobre la proporción del delito y

su respuesta punitiva, pues es él quien orienta la política penal y penitenciaria, de lo cual no se derivan derechos subjetivos. Esta argumentación no responde a las críticas, en primer lugar, porque toda ley puede ser declarada inconstitucional por el poder judicial, lo cual no significa intromisión en la tarea del poder legislativo (sin importar aquí si el sistema de control de constitucionalidad es difuso –como en la Argentina– o concentrado –como en España–). No responde a lo evidente: en el segundo hecho no hay un mayor injusto ni mayor lesión de un bien jurídico, y el plus de pena obedece a algo que se «arrastra» o «trae» desde la primera condena por otro hecho independiente del que ahora se juzga.

En este último punto, también se argumenta que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida, pero ese fundamento no sólo no explica por qué, sino tampoco los casos en que la agravante de pena se aplica a sujetos que lesionaron bienes jurídicos distintos y/o en diferentes momentos de su vida.

En cualquier caso, ello violaría el *non bis in ídem* porque el plus obedecería a una revaloración de un hecho que ya fue juzgado. Se agrega que también violaría el principio de inocencia, en tanto se presume la peligrosidad criminal, la perversidad o mayor antijuridicidad, por la simple existencia de una condena anterior, con lo cual el acusado de segundo delito debería justificar que no se dan esas situaciones en el caso. El delincuente ocasional no tendría defensa contra una fundamentación semejante.

Ahora bien, en este punto, reitero que puede haber supuestos que resistan la crítica constitucional. Si su aplicación fuera facultativa y se basara en las circunstancias corrientes de graduación de las penas, no sería una doble valoración de circunstancias agravantes, ni de un nuevo castigo por un hecho que ya fue juzgado, sino del examen y valuación de la posición subjetiva del sujeto frente al hecho concreto que se le reprocha.

IV. ALGUNOS ARGUMENTOS QUE NO APLICAN

Existen otras disposiciones de los códigos penales que establecen agravantes fundadas en circunstancias que revelan un mayor grado de injusto o de culpabilidad, referidas a características de la personalidad del autor como, las cometer el hecho por placer, codicia, odio racial o religioso; ciertos grados parentesco, etcétera ¹³.

¹³ El art. 80 del Código Penal argentino, inciso 4.º, agrava el homicidio cuando es cometido «por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión». Ver este asunto en el voto de la jueza Argibay en «Maciel», Fallos: 336:52.

Ahora bien, la idea básica que subyace en la Constitución Nacional y los Pactos de Derechos Humanos de igual jerarquía consiste en que la culpabilidad debe ser por el hecho, es decir, por el acto que se está juzgando aquí y ahora, y no por la consideración a una personalidad o conducta de vida, o por un hecho anterior que ya fue juzgado.

Luego, el legislador puede tomar en consideración distintas circunstancias para agravar la pena por el hecho, pero ellas deben referirse a un hecho actual, al que se está juzgando, donde esas circunstancias se ponen de manifiesto mediante conductas que lesionaron bienes de terceros, y no provienen de un hecho anterior (un antecedente), ni de una determinada personalidad del reiterante o reincidente.

En consecuencia, esos casos no guardan relación con la afectación al principio de culpabilidad ni al del *non bis in idem*. Veamos los dos ejemplos:

a) Tipos calificados que agravan el homicidio u otros delitos por cierta disposición del ánimo al momento de cometer el hecho (placer, odio político, nacional, étnico, racial, religioso, o por codicia), se deben presentar en el hecho que se juzga, y no provenir del anterior. Es una graduación de la culpabilidad prevista por el legislador por el hecho actual. No juzga tal o cual característica de la personalidad, sino la conducta de la persona donde ella se expresa o manifiesta. Esas motivaciones agravan el hecho por el desvalor del aspecto subjetivo de la obra que se atribuye al sujeto, que en los casos citados son móviles que guían la acción dañosa y dolosa misma. No se juzga al autor por ser un codicioso, sino porque al matar en este caso concreto lo hizo por codicia, lo cual revela un mayor reproche social (que la ley recoge) del hecho. Si esa misma persona codiciosa matara a otro sin haber obrado por codicia, estaríamos frente a un homicidio simple.

b) Agravantes por determinadas condiciones personales del autor (ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima) ¹⁴. Aquí tampoco existen reparos constitucionales ya que esos elementos son tomados por el legislador porque se manifiestan en las relaciones interpersonales (son relaciones *alter ego*), como la de padre, hijo, cónyuge, etc. No se castiga más gravemente a un homicida por ser padre, sino por haber matado a su hijo. El legislador considera que en esos casos se afecta otro bien jurídico, distinto de la vida y/o la integridad corporal, consistente en el valor y respeto de determinadas relaciones

¹⁴ El art. 80 del Código Penal argentino, inciso 1.º, agrava el homicidio si se comete contra un «ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia».

de parentesco, caros a nuestra cultura. Ello coincide con la incriminación de conductas contra el estado civil, la excusa absolutoria por defraudaciones entre determinados parientes, etcétera.

En definitiva, estas disposiciones son constitucionales y no están emparentadas con la reincidencia.

El argumento de los precedentes «Valdez» y «L'Eveque» que predica: «que el haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a la eventualidad de un nuevo reproche penal», prescinde del caso concreto. Confunde el fundamento de una teoría con lo que ocurre en la realidad, se trata de una creación teórica de los juristas para legitimar un pensamiento meramente intuitivo. Por el contrario, el odio racial, la codicia, pueden y deben ser probados.

En esa clase de razonamientos siempre se está trayendo el hecho anterior, ya juzgado, y por el cual el culpable ha cumplido o está cumpliendo pena.

V. CONCLUSIÓN

En todos los argumentos legitimadores siempre caen en referencias a características del hecho anterior por el que ya hubo condena, tales como: que el autor conoce mejor que otras personas la prohibición y la amenaza de pena (porque ya fue condenado), que con el nuevo hecho demuestra indiferencia o desprecio por la sanción impuesta, etc. Todo sigue conduciendo a que la nueva condena será un refuerzo de la respuesta dada en la primera, ya sea porque se lo merece (retribución por el daño infligido no sólo a un bien jurídico de terceros sino al ordenamiento jurídico mismo), o para que aprenda a no volver a hacerlo porque demuestra que la primera sanción no cumplió todos sus fines (prevención especial), o para que los demás vean lo que le ocurrirá si desafían al ordenamiento jurídico (prevención general).

Solo aquellos casos concretos en los que se determine claramente que la condena anterior tuvo alguna incidencia en la culpabilidad del agente por el segundo hecho, podría justificarse un instituto semejante, aunque sólo con incidencia en las disposiciones de determinación, individualización y graduación de las penas, que siempre deben ser proporcionales a la culpabilidad por el hecho en juzgamiento.

Buenos Aires, diciembre de 2025.

22. RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE EN LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS

JAVIER DE VICENTE REMESAL*
Catedrático (emérito) de Derecho Penal
Universidad de Vigo

*Con profundo afecto aporto esta contribución al Libro Homenaje
a mi querido colega y amigo, el profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi,
con motivo de su 70.º cumpleaños*

I. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS PRACTICADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

El origen de la responsabilidad derivada de la práctica de intervenciones quirúrgicas (IQ)¹ –sean curativas, o satisfactivas o estéticas–, puede radicar

* IP del Grupo de Investigación *Práctica Médica & Derecho* (PM&D) / *Medical Practice & Law* (MP&L), Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (IIS Galicia Sur), SERGAS-UVIGO. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación, de cuyo equipo de trabajo formo parte, «Reforma y evolución del Derecho Penal: límites, garantías y respuestas. Especial atención a sectores caracterizados por la vulnerabilidad de sujetos o la complejidad administrativa», PID2023-148510NB-I00 (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades –MICINNU–/Agencia Estatal de Investigación –AEI–), del que son Investigadores Principales (IP) 1, Miguel Días y García Conlledo y IP 2 María A. Trapero Barreales. En lo que aquí se presenta –que es una actualización de trabajos anteriores publicados sobre este tema– he reducido al máximo su contenido y las muy numerosas referencias doctrinales y citas a pie de página, recogidas en trabajos anteriores, fundamentalmente en DE VICENTE REMESAL, «El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, 1-62.

¹ En adelante, a veces emplearé la abreviatura IQ con el significado, según los casos, de intervención quirúrgica o intervenciones quirúrgicas.

tanto en la propia intervención, precedida de una información y consentimiento adecuados, cuanto en la ausencia de información y consentimiento previos a una intervención incluso técnicamente correcta. Me referiré en este apartado al primer aspecto (y posteriormente a los casos de IQ sin consentimiento del paciente), distinguiendo a su vez entre intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido.

1. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable

Las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable, si bien constituyen, aun así, una lesión corporal², no entrañan indicio de injusto alguno porque constituyen un proceso absolutamente normal en el marco del orden social establecido. En consecuencia, de acuerdo con la posición, que comparto, de *Luzón Peña*³, son impunes por resultar excluida en ellas la anti-juridicidad, por exclusión de la tipicidad indiciaria. Pero la ausencia de indicio de injusto requiere en mi opinión, además de dicho resultado, que en el profesional que las practica concurren las condiciones legales requeridas para ello, pues sólo así puede afirmarse que son social y jurídicamente adecuadas. Por ejemplo, la histerectomía practicada por el cirujano a la paciente tras informarle que eso era inevitable para extraerle los miomas. El ineludible y necesario menoscabo de la integridad corporal por las incisiones en el cuerpo de la paciente para acceder al mioma constituye sin duda una lesión, cuando menos de acuerdo con el tipo básico, del art. 147 CP. Y la propia histerectomía, la extracción del útero, una lesión grave (e irreversible) de las descritas en el art. 149 CP. Ahora bien, el hecho de que estas intervenciones, aparte de reunir los demás requisitos, tengan un resultado curativo positivo o favorable, esto es, no dañen finalmente la salud, sino, al contrario, supongan su mejora, significa que sólo en éstas (a diferencia de en las fallidas, o en las realizadas sin el consentimiento del paciente) falta todo indicio de injusto, son social y jurídicamente adecuadas, coincidentes con lo exigido por el Derecho y valoradas positivamente.

² En el mismo sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2025), *Derecho Penal. Parte General*. Civitas. Madrid, 22/28.

³ Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2025, 25/75ss.; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, s/a, [en preparación], 25/91 ss.

Por no concurrir en ellas indicio de injusto alguno que integre siquiera la antijuridicidad general, son asimismo causa de exclusión del tipo indiciario. O quizá con mayor precisión, quedan excluidas de antemano de la posible realización del tipo porque, más que excluirse, está ausente ya desde un principio la circunstancia que fundamenta el surgimiento del injusto penal, esto es, del tipo de lesiones, porque la redacción del tipo llevaría ya implícita la exclusión de su aplicación a las conductas socialmente adecuadas⁴. Por este motivo ni siquiera se abre sobre ellas una investigación judicial⁵.

2. Las intervenciones quirúrgicas curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

La doctrina que defiende que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable no lesionan el bien jurídico protegido en el tipo de lesiones porque mejoran la salud, deben enfrentarse con el problema de si estas IQ, con resultado fallido, no realizan tampoco, o por el contrario sí, el tipo de lesiones⁶.

Para quienes entendemos que las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable realizan en principio el tipo de lesiones, no sólo no resulta discutible, sino evidente, que también lo realizan las IQ curativas, consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo. Sin embargo, en éstas, a diferencia de en las primeras, no es posible excluir la tipicidad ya indiciaria, por falta de indicio alguno de injusto a pesar de los menoscabos en la integridad corporal, sino apreciar a lo sumo una causa de justificación, por el ejercicio legítimo de la profesión médica, que excluye todo el desvalor de la acción, pese a que subsista el desvalor del resultado⁷. Y esto será lo que ocurra prácticamente en todos los casos, pero siempre que el médico lleve a cabo la intervención de acuerdo con la *lex artis*, que incluye el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, y no sólo la realización técnicamente correcta de la intervención⁸.

⁴ En el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 643.

⁵ En el mismo sentido y con más detalle, cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M. 2025, 25/76; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 25/92.

⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) p. 119.

⁷ Posición ésta, asimismo, que comparto, de LUZÓN PEÑA, D.-M. 2025, 25/76; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 25/94.

⁸ Así lo entiende, sin embargo, sólo como conjunto de reglas técnicas, un sector de la doctrina; entre ellos RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de *lege ferenda*», *RECPC* 19-03 (2017), 1-59, (51).

3. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado positivo o favorable

La medicina curativa se diferencia en muchos aspectos de la denominada medicina satisfactiva, e igualmente las intervenciones quirúrgicas en ambos casos. Sin embargo, su diferenciación no siempre es tajante ni sencilla, pues existen IQ satisfactivas que no son ajenas a la finalidad terapéutica, y cuyo tratamiento jurídico es en principio similar al de las IQ curativas. Por eso me centro aquí en las IQ meramente estéticas o cosméticas, esto es, en las que se llevan a cabo sin que concurra en ellas una indicación terapéutica, que no repercuten en la salud, o cuando menos, no en la misma medida que las intervenciones curativas.

La característica de que estas IQ, meramente estéticas, con resultado positivo o favorable no supongan una mejora de la salud constituye un problema para la doctrina que fundamenta en la «mejora en la salud» el rechazo a calificar de lesiones las IQ curativas, consentidas, con resultado positivo o favorable. Para solucionar ese problema, dicha doctrina recurre al argumento de que la mejora en la salud equivale, a esos efectos, a la producción de un resultado que socialmente se considere positivo. Así, para *Mir Puig*⁹, «en las intervenciones médicas no curativas, como las efectuadas por razones meramente estéticas, sin indicación terapéutica, habrá que negar que realicen un tipo de lesiones siempre que produzcan un resultado que socialmente se considere *positivo*, porque no cabrá hablar entonces de ‘lesión’, aunque no supongan una mejora de la salud».

Pues bien, la calificación de un resultado como positivo o favorable para el paciente en las IQ meramente estéticas debe determinarse en función de las prioridades o preferencias del propio paciente, y no de lo que socialmente se considere positivo¹⁰. Y asimismo, también en las IQ estéticas los inevitables menoscabos de la integridad corporal que implica su práctica son indudablemente lesiones y realizan en principio el tipo de lesiones. Quien se deja practicar una operación cosmética, permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal¹¹.

Por otra parte, en cuanto a lo que significan los calificativos al uso (estético, cosmético o incluso embellecedor) de ese resultado positivo, éste hay que considerarlo como tal no sólo en los casos en que el paciente consiente en que

⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona, (Reppertor), 2016, 18/52.

¹⁰ En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E. «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM Servicio de Publicaciones, Vol. 1, 2019, 697-712 (701).

¹¹ JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., Berlin (Duncker & Humoldt), 1978, § 34, I, c.

el cirujano estético, por ejemplo, le transforme su enorme nariz y de giba prominente en otra prácticamente perfecta según los cánones de belleza, sino también –en virtud del respeto al derecho de autodeterminación del paciente sobre la propia integridad del cuerpo, y asimismo de su apariencia física– en aquellos otros, semejantes a la inversa, en que, por alguna razón o mero capricho, el paciente solicita al médico que le transforme su nariz normal en una enorme nariz aguileña. Si la valoración es positiva tanto por parte del paciente como socialmente (sin duda así en el ejemplo de la elegante reconstrucción de la nariz), dichas IQ se considerarán social y jurídicamente adecuadas, esto es, normales y carentes de entrada de toda relevancia jurídica. Ni el paciente ni un tercero emprenderán acción judicial alguna por ello. El ejercicio legítimo de la profesión médica daría lugar a apreciar una causa de exclusión ya de la tipicidad indiciaria. Por el contrario, si el resultado –en el ejemplo, de transformar la nariz normal en una enorme nariz aguileña– no se percibe socialmente desde el punto de vista estético como positivo, sino más bien como anormal e incomprensible, no es improbable que se inicie un procedimiento para indagar las causas técnicas de tal resultado y la auténtica concurrencia de un consentimiento tan anómalo. Dejaría de ser un resultado normal y aproblemático. Ahora bien, si se verifica positivamente lo anterior, el ejercicio legítimo de la profesión médica se apreciaría como causa de justificación de las lesiones.

No obstante, es discutible hasta qué punto el consentimiento del paciente y la valoración positiva del resultado por él es suficiente para excluir la antijuridicidad del hecho en los casos más extremos¹², en los que, por ejemplo, al paciente que quiere convertirse físicamente en un alien se le ha amputado la nariz, las orejas, los labios, deformado horriblemente su rostro, etc., en un proceso de transformación que pretende continuar¹³. La razonabilidad o sensatez del motivo¹⁴ no es suficiente para afirmar la punibilidad del hecho en estos casos u otros semejantes. Es preciso que para ello que resulten contradichas objetivamente las propias bases que inspiran el respeto al principio de autonomía individual en relación con la integridad corporal y la salud, y particularmente la libertad. Es decir, verificar la comprensibilidad del consenti-

¹² A favor de una solución diferenciadora, pues no es lo mismo la mutilación de un miembro principal que los golpes o malos tratos, MIR PUIG, S. (2016) 19/19. Asimismo, PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 707.

¹³ El ejemplo refleja el caso real, conocido como *The black alien project*, https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2020-09-24/hombre-transformacion-alien-anthony-loffredo_2760799/

¹⁴ Alega este criterio ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, München (C. H. Beck), 2020, 13/42, poniendo como ejemplos, quien pide que le dejen ciego o que le amputen una pierna.

miento como expresión de una decisión autónoma sobre la integridad física¹⁵. Si ésta existe, las lesiones causadas serán impunes, pues el Derecho también protege la libertad de los capaces para tomar decisiones irracionales o insensatas¹⁶. Pero no es extraño que decisiones tan drásticas y graves puedan responder a estados anímicos o alteraciones psíquicas, incluso circunstanciales, que eliminen la capacidad de comprensión requerida sobre el verdadero alcance de la intervención, en cuyo caso el consentimiento dejaría de ser jurídicamente válido. E incluso cabe pensar, finalmente, y sólo lo dejo planteado, que en casos muy extremos (difícilmente imaginables y describibles), aun afirmada la libertad del paciente respecto de ellos, quepa fundamentar su punibilidad en la propia dignidad humana.

4. Las intervenciones quirúrgicas satisfactivas (estéticas), consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

Al igual que en las IQ curativas, también en las IQ estéticas no son infrecuentes los casos de resultado fallido, con la peculiaridad de que en éstas dicho carácter de fallido puede ser más preciso en cuanto comprende lo que no se corresponde con lo que se ha ofrecido (y en definitiva contratado) como resultado, generalmente cosmético o embellecedor, al paciente. Por ejemplo, la mastopexia o *lifting* de senos, que es una de las prácticas más comunes recientemente en cirugía estética, y a su vez una de las mayores causas de litigio por resultado fallido, o la hidrolipoclasia (o liposucción para reducir la celulitis), cuya aplicación por otra parte no es infrecuente que se realice en centros clandestinos.

El tratamiento jurídico-penal de las IQ estéticas consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo es similar al de las curativas del mismo carácter. Son indudablemente lesiones y en absoluto carentes del indicio de injusto que permita considerarlas socialmente adecuadas.

Si el resultado fallido se produce a pesar de haber actuado el médico plenamente de acuerdo con la *lex artis*, el ejercicio legítimo de la profesión médica constituye una causa de justificación que excluye el desvalor de acción, o de la conducta, dejando subsistente el desvalor del resultado. Estos casos, en los

¹⁵ En sentido semejante, *cfr.* FRISCH, W., «Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB)», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin/New York (Walter de Gruyter), 2011, pp. 506. Similar, PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 706; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2025), 22/39.

¹⁶ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, *sla*, 18/142.

que se excluye la responsabilidad penal por no concurrir dolo ni imprudencia, frecuentemente dan lugar a responsabilidad extrapenal. La excepcionalidad de la apreciación de responsabilidad penal suele basarse en el incumplimiento de la *lex artis*: por vicios de información que afectan a los aspectos esenciales y determinantes (los posibles riesgos y complicaciones), por realizarse por quien carece de los conocimientos y capacidades requeridos por la especialidad, o por llevarse a cabo en un centro que no reúne los recursos técnicos o humanos exigidos.

II. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS NO CONSENTIDAS, PRACTICADAS SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

En el contexto de las IQ, afortunadamente son pocos los casos en los que el médico realiza la intervención sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido, y realmente excepcionales las que se practican en contra de su voluntad expresa.

Quienes consideran que en las IQ consentidas falta en algunos casos la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de «lesión», se plantean la cuestión de si esas IQ pueden constituir «lesión» si se realizan sin o contra la voluntad del paciente. O si –solamente, en general, o de forma restringida– pueden dar lugar a otro tipo penal (fundamentalmente el de coacciones, o a veces también el de detenciones ilegales). La problemática es claramente distinta para quienes consideramos que incluso en las IQ curativas consentidas, con resultado positivo, hay en principio lesiones típicas. También las hay en todas las IQ practicadas sin o contra el consentimiento del paciente, y esa circunstancia de no contar con, u oponerse a, la voluntad del paciente sólo plantearía la cuestión de si –además– se realiza alguno de esos otros tipos penales antes mencionados.

La opinión de apreciar en las IQ no consentidas únicamente un delito contra la libertad¹⁷ supone fundamentalmente olvidar la mención expresa que el CP hace a la integridad física (y a la salud)¹⁸ y se basa en unos presupuestos, ciertamente discutibles, que no considero convincentes. Por una parte, en la

¹⁷ Sobre esta posición, remito a las amplísimas referencias doctrinales de PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 699 nota 7.

¹⁸ En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 700. De otra opinión, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2017), 51 s.

consideración global¹⁹ de la salud del paciente como único bien jurídico protegido en los delitos de lesiones; por otra, en la opinión de que las IQ realizadas sin el consentimiento del paciente, e incluso en contra de su voluntad expresa, no son contrarias a la *lex artis* médica y, finalmente, en que la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo no es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones.

Los inevitables menoscabos de la integridad corporal que causan las IQ, así como sus efectos –sean positivos o sean negativos– sobre la salud del paciente, constituyen en todo caso lesiones, cuando dichas IQ se realizan sin haber obtenido del paciente el consentimiento legalmente requerido. Cabe asimismo afirmar la realización del tipo ya sobre la base de las (1) exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, y porque (2) la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones. Ahora bien, es preciso en todo caso (3) diferenciar entre intervención sin consentimiento e intervención con meros vicios de información.

1. Con la denominación *lex artis* se hace referencia a los criterios valorativos que, sobre la base de las decisiones que llevaría a cabo la generalidad de una profesión, determinan la exigibilidad de su cumplimiento en la realización de un acto concreto²⁰. La denominada *lex artis* médica (*standard of care*, en el mundo anglosajón) comprende no sólo la realización correcta del hecho desde el punto de vista técnico (al cual lo restringe la doctrina mayoritaria), sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado²¹. El médico que no informa, miente o engaña al paciente sobre la intervención que le va a practicar –o sobre una ampliación de aquélla, que va más allá o es distinta de lo que ha informado– actúa con malas artes profesionales, con mala praxis, y por tanto incumpliendo lo requerido por la *lex artis* médica. La decisión del paciente, en tanto afecte a su integridad, debe contemplarse como

¹⁹ Consideración ésta inaceptable. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2025), 22/33.

²⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., voz «Lex artis», *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada (Comares), 2011.

²¹ En el mismo sentido, entre otros, PANTALEÓN DÍAZ, M., «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1)», *Diario La Ley*, núm. 9277 Madrid (Wolters Kluwer), p.1; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 25/92 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 703-704; PANTALEÓN DÍAZ, M., «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2019, Madrid, p. 683; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista. (Bases teóricas y análisis jurisprudencial)*, Madrid (Reus), 2020, pp. 223 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2025), 22/28 y 31. Esta es asimismo la posición que mantiene recientemente la jurisprudencia española. Cfr. STS de 26 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:5310]; STS de 12 de abril de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1624]

parte irrenunciable de la *lex artis*, pues el concepto mismo de salud es relativo y, como tal, no puede disociarse de la voluntad del sujeto²². La concurrencia del consentimiento del paciente es lo que permite calificar de *legítimo* el ejercicio de la profesión médica²³.

Por otra parte, suele utilizarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y con bastante frecuencia, la expresión *lex artis ad hoc*²⁴. Dicha expresión es, sin embargo, innecesaria, redundante e incluso equívoca, pues el juicio sobre el cumplimiento de la *lex artis* siempre debe ser necesariamente *ad hoc*. Es decir, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes: las especiales características del médico (entre ellas, en su caso, sus conocimientos o capacidades especiales, que debe utilizar)²⁵, del paciente, del centro y circunstancias en que se realiza la intervención, y, en suma, cualesquiera otros factores endógenos o exógenos²⁶.

2. La realización del tipo de lesiones no sólo cabe afirmarla, como se ha indicado, por no practicarse la IQ de acuerdo con las exigencias de la *lex artis* correctamente entendida, sino también por el papel que debe reconocerse a la autodeterminación del paciente. La autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo es bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones. Al igual que observa *Roxin*²⁷ respecto del Derecho alemán, también en el nuestro, en cuanto el Código Penal no contiene un tipo de «tratamiento curativo arbitrario», existe una incontestable necesidad políticocriminal de considerar asimismo coprotegido por el tipo de lesiones el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad corporal y, por tanto, de castigar por lesiones en caso de no haber consentimiento.

²² Cfr. HIRSCH, H.-J., «Zur Frage eines Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung», *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Geidelberg (Müller), 1999, pp.353 ss.; GIESEN, D., *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, Tübingen (Mohr), 1990, p.308; KRAUSS, D., «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, (Beck), 1979, p. 563 ss.

²³ En el mismo sentido, MOYANO GARCÍA, R., «Consentimiento del paciente e imprudencia médica», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993-I, p. 481.

²⁴ En la jurisprudencia, SAP Tarragona, núm. 372/2005 (Sección 2.ª), de 11 de abril. ECLI:ES:APT:2005:655. En la doctrina, cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. / CRUZ BLANCA, M. J., «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, (Dykinson), 2009, p. 179, n. 64.

²⁵ Ampliamente al respecto, cfr. DE VICENTE REMESAL, J. (2020), «Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-03 (2020), p. 1-52.

²⁶ De la misma opinión, aportando el término «medisprudencia», cfr. DE LOS REYES, M./RIMANY, J., «Capítulo 6. Aspectos éticos y legales», *Cardiología Clínica*, Barcelona (Masson), 20093, p. 73.

²⁷ ROXIN, C. / GRECO, L., 2020, § 13 nm. 26 respecto del § 223 StGB. En sentido similar, ESER, A., «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, 97-1985, Heft 1, p. 1-46 (19).

Por otra parte, la autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo, como bien jurídico coprotegido en el tipo de lesiones, se corresponde asimismo con el diferente tratamiento jurídico que respecto del hecho «matar a otro» otorgan los arts. 138 y 143 CP (o en las lesiones los arts. 155 y 156), con el reconocimiento del principio de autonomía o autodeterminación del paciente como principio fundamental en las IQ y con la exigencia legal de consentimiento –informado– del paciente.

3. Ahora bien, a los efectos de determinar qué atenta contra la autonomía o autodeterminación del paciente es preciso en todo caso diferenciar la intervención sin consentimiento o contra la expresa voluntad del paciente, y la intervención con vicios de información²⁸. No se atenta contra la autodeterminación cuando dichos vicios no sean básicos o esenciales a esos efectos. Esto es, cuando se puede afirmar que el paciente, a pesar de todo, ha accedido libre y voluntariamente a la intervención. La delimitación no siempre es, sin embargo, sencilla.

1. Las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado positivo o favorable

El tratamiento jurídico-penal de las IQ no consentidas, con resultado positivo o favorable²⁹, es en principio similar en las IQ curativas y en las estéticas. Cuando en la IQ falta el consentimiento legalmente requerido, la actuación médica deja de ser conforme a la *lex artis*, y no es ni social ni jurídicamente adecuada, aunque el resultado de la intervención sea médicamente positivo. Asimismo, no es posible calificar de legítima la actuación del médico y, en consecuencia, el ejercicio de la profesión no amparará la intervención ni

²⁸ Sobre esta diferenciación y las distintas consecuencias derivadas de ello, cfr. DE VICENTE REMESAL, J. (2017d), «Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica *versus* prohibición de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, (B. de F.) 2017, pp. 949-961. Establece también esta diferenciación PANTALEÓN DÍAZ, M., 2019, p. 684.

²⁹ Puede decirse que son de este carácter (y no, por el contrario, fallidas) si se valoran exclusivamente desde un criterio médico. Pero no puede calificarse de positivo o favorable el resultado de las IQ practicadas sin o contra la voluntad del paciente, porque sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar. Cfr. ROXIN, C./GRECO, L., 2020, 13/21. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M., «Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung. Eine Skizze aus spanischer Perspektive», *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, Berlin/New York (Walter de Gruyter), 2011, p. 515.

como causa de atipicidad de adecuación social ni como causa de justificación³⁰.

1. Las IQ curativas, sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favorable, son constitutivas de delito de lesiones dolosas³¹, y no meras coacciones únicamente. Por el contrario, para un amplio sector de la doctrina, estas IQ –por ejemplo, la histerectomía practicada mediante engaño a la paciente, que sólo había consentido para que le extirparan un mioma, o la salpingectomía en contra de la voluntad expresa de la paciente– no pueden dar lugar a responsabilidad por lesiones, sino únicamente, a lo sumo, por coacciones, porque con la producción de ese resultado, médicamente correcto falta ya la tipicidad del delito de lesión por ausencia de «lesión», y por tanto no hay desvalor de resultado, y asimismo falta el desvalor de comportamiento o de acción porque el médico actuó, con la finalidad de curar, de acuerdo con la *lex artis*³². Ambas conclusiones –la de excluir las lesiones y la de castigar por coacciones– son difíciles de sostener.

Por una parte, la calificación por coacciones se enfrenta a graves problemas para resultar admisible. Es prácticamente inverosímil que una IQ se imponga con violencia al paciente, que es el requisito exigido por el tipo del art. 172.1. CP. Los casos más normales de IQ no consentidas son los que radican en engaño o en vicios de información³³. Si se descarta la primera posibilidad, la única vía que queda es la del apartado tercero del art. 172: coacción de carácter leve, castigada con pena de multa de uno a tres meses. Esa es la pena que, en los ejemplos, habría que imponer, al médico por la extirpación de útero y por ligadura de trompas. Esta inaceptable consecuencia sirve para algunos de argumento para reclamar, la introducción de un tipo de tratamiento médico arbitrario³⁴, o la agravación de la pena del delito de coacciones para estos ca-

³⁰ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 18/97.

³¹ En esta misma línea, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*, Granada (Comares), 1999), pp. 273 ss.; LUZÓN PEÑA, D.-M. 2025, 25/80; CANCIO MELIÁ, M., 2011, p. 513 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, pp. 705 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, M., 2019, p. 689 s.; ROXIN, C. / GRECO, L., 2020, 13/26; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 25/97.

³² Cfr., entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el derecho penal. Volumen I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona (Bosch), 1982, p. 203 ss.

³³ Y esto lo reconocen incluso quienes defienden la calificación por coacciones. Cfr. entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*. Navarra (Thomson. Aranzadi), 2003, p. 70 s.

³⁴ Cfr., entre otros, especialmente ZIPF, H., «Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB)», *Festschrift für Paul Bockelmann*, München,

sos³⁵. Pero más que (o antes que) para eso debe servir para reafirmar que en estos casos se cometen delitos, y muy graves, de lesiones, del art. 149 CP.

Por otra parte, aunque se considere que el resultado curativo final es positivo (lo cual es cuestionable, como he indicado), la extirpación del útero y la ligadura de trompas causan –aunque fueran consentidas– un gravísimo daño a la integridad corporal, bien jurídico protegido en el tipo de lesiones, y un indudable daño (cuando menos inicial) a la salud, también bien jurídico protegido en el tipo³⁶. Y la ausencia de consentimiento del paciente, o su expresa voluntad contraria, en absoluto anulan ni son capaces de hacer desaparecer la lesión de esos bienes jurídicos. Antes al contrario, lo que sí originan, sin embargo, es (aparte de un evidente atentado contra la libertad) que el ejercicio de la profesión médica se convierta en ilegítimo e imposibilite por ello que opere, ni como causa de exclusión de la tipicidad por adecuación social (que sería lo procedente si éstas IQ hubieran sido consentidas) ni como causa de justificación (que como tal actuaría en las lesiones con resultado fallido, pero consentidas, porque aquí el médico sí habría actuado de acuerdo con la *lex artis*). Es posible asimismo que, según las circunstancias, en las IQ sin consentimiento se pudiera apreciar un error de permisión (error de prohibición) por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente (piensa, por ejemplo, que la finalidad curativa es suficiente para justificar su decisión) o por extender demasiado los límites de una existente³⁷. Finalmente quiero indicar –pero no puedo incluir aquí su desarrollo– que las IQ practicadas por el no titulado, aceptadas por el paciente –que la doctrina los considera en general como IQ curativas consentidas³⁸–, son IQ no consentidas y deben tratarse como tales. Pues sólo pueden calificarse de consentidas aquéllas en que quien las practica informa al paciente de que carece de la condición legal requerida, y el paciente, aun así, consiente en la intervención.

2. Las mismas observaciones y conclusión expuestas sobre la IQ curativas son aplicables, *mutatis mutandis*, a las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado curativo positivo o favo-

(Beck), 1979, pp. 577 ss.; ZIPF, H., «Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho Penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos,» *Avances de la medicina y Derecho Penal*, Barcelona (PPU), 1988, pp. 153 s.

³⁵ Sobre esta posibilidad, cfr. ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el derecho penal. Volumen I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona (Bosch), 1982, p. 289; JORGE BARREIRO (1982), 17 s.

³⁶ En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E. (2019), 700.

³⁷ Así, por ejemplo, en el caso de la Cesárea: BGH Urteil vom 25.3.1988, *Kaiserschnitt-Fall*, (BGHSt 35, 246; NJW, Heft 37/1988, 2310; BGH, Urteil vom 25-03-1988 - 2 StR 93/88.

³⁸ Cfr. MIR PUIG, S., 2016, 18/57.

rable³⁹. Son constitutivas de delito de lesiones dolosas, incluso en el caso –extraño, ciertamente– del cirujano que, por mero capricho, sin el consentimiento del paciente transforma a éste su nariz grande y aguileña –de la que el paciente se sentía muy orgulloso– en una nariz perfecta conforme a los cánones de belleza. El respeto a la autodeterminación del paciente respecto de su salud personal comprende también la intangibilidad de su apariencia física sin su consentimiento⁴⁰.

2. El tratamiento jurídico-penal de las intervenciones quirúrgicas no consentidas, con resultado fallido, desfavorable o negativo

El resultado fallido de las IQ no consentidas (sean curativas o estéticas, y sean sin el consentimiento del paciente o contra su voluntad expresa) no supone –en cuanto a la calificación de delito de lesiones– ningún cambio frente a las IQ no consentidas, con resultado positivo. También son constitutivas de lesiones típicas, dolosas, pero el resultado fallido puede dar lugar a una responsabilidad penal más grave. Por el contrario, para la doctrina que califica únicamente de coacciones las IQ no consentidas, con resultado positivo, el resultado fallido implica la realización del tipo de lesiones, si bien esa doctrina apunta ciertas dudas acerca de si la calificación de lesiones debe restringirse a los casos de expresa oposición del paciente.

1. En los casos de IQ curativas sin el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo –por ejemplo, la paciente a quien mediante engaño se le practicó la histerectomía murió como consecuencia de una hemorragia vaginal postquirúrgica–, aunque desde el punto de vista técnico el médico haya actuado de acuerdo con la *lex artis*, ni las lesiones causadas por la propia intervención (la histerectomía), ni los resultados negativos de la misma (la muerte de la paciente) pueden estar justificados por el ejercicio de la profesión médica, pues éste ya no es un ejercicio legítimo por faltar el consentimiento legalmente requerido del paciente⁴¹. La responsabilidad del médico en este supuesto sería, por una parte, la misma que correspondería a esa IQ

³⁹ En el sentido de que en ellas no cabe hablar de lesión, MIR PUIG, S., 2016, 52.

⁴⁰ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., 2019, p. 705.

⁴¹ Lo mismo sería aplicable en los casos, ciertamente extremos, en los que, como he indicado, la actuación del médico es aún peor que la del navajero, por aprovecharse de su condición para realizar el hecho. Cfr. DE VICENTE REMESAL, J., «La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto», *ForoFICP*, 2017-2, p. 89 s.

con resultado positivo –esto es, lesiones dolosas del art. 149 CP– y, por otra parte, la que se añadiría a ella, en concurso ideal, por la muerte de la paciente: la de homicidio, normalmente doloso eventual. Si el médico, como se ha indicado, actuó técnicamente de acuerdo con la *lex artis*, la apreciación de homicidio imprudente sólo podría radicar en imprudencia inconsciente, por no prever la hemorragia postquirúrgica que causó la muerte⁴².

En nada cambia las cosas el hecho de que estas IQ curativas se hayan realizado sin respetar la oposición expresa del paciente. Por ejemplo, si la paciente a quien se le practicó la ligadura de trompas, a la que se opuso expresamente antes de ser atendida para la práctica de una cesárea, muere como consecuencia de la intervención.

2. Finalmente, las IQ satisfactivas (estéticas), sin o contra el consentimiento del paciente, con resultado fallido, desfavorable o negativo tienen igual tratamiento que las curativas del mismo carácter. Así, retomando el ejemplo ya expuesto, si el paciente de la gran nariz aguileña a quien sin su consentimiento se la transformaron en una preciosa nariz, muere posteriormente como consecuencia de una infección causada en la intervención, el médico responderá por lesiones y homicidio.

⁴² En el mismo sentido, de apreciar ese concurso ideal, *cfr.* LUZÓN PEÑA, D.-M., *Tratado*, s/a, 25/98.

23. DECOMISO DE PATRIMONIO NO EXPLICADO VINCULADO A COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS

JUANA DEL CARPIO DELGADO
Profesora titular de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades de la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos, es el decomiso de patrimonio no explicado a comportamientos delictivos previsto en el art. 16¹.

Sin embargo, la Directiva no expone los motivos por los cuales se incorpora esta nueva modalidad de decomiso, ni tampoco su fundamento. De una lectura sistemática de sus considerandos y del contenido del art. 16 se desprende que la finalidad perseguida es abordar la delincuencia organizada cuya motivación principal es la obtención de beneficios económicos. Así, conforme a lo previsto en su considerando 2, para hacer frente a la grave amenaza que representa la delincuencia organizada, resulta esencial que las autoridades com-

¹ Vid. DORNBIERER, A.: «Policy Brief 14: Targeting unexplained wealth: Implications of the EU's 2024 Directive on asset recovery», en *Basel Institute on Governance Policy Briefs*, 2025 (14), pp. 1-6 (doi: 10.12685/bigpb.14.6); FINOCCHIARO, S., «La nuova Direttiva dell'Unione Europea in materia di sequestro e confisca. Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024 Riguardante il recupero e la confisca dei beni», en *Sistema Penale*, 1/2023, pp. 105-111; MAUGERI, A.M., «La nuova Direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia», en *Sistema Penale*, 2023, pp. 1-109.

petentes dispongan de una mayor capacidad operativa y de los medios necesarios que les permitan localizar, identificar, embargar, decomisar y gestionar de manera eficaz los instrumentos y productos del delito.

En este contexto, esta modalidad de decomiso, aunque tiene carácter subsidiario respecto de las demás, se encuentra limitada –o debe entenderse limitada– a los bienes que procedan de la comisión de un delito que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico sustancial, cometido en el marco de una organización criminal y sancionado con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea, al menos, de cuatro años. Es decir, se trata de un instrumento diseñado para hacer frente a las ganancias derivadas de los delitos propios de la delincuencia organizada que superan un determinado umbral de gravedad.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En la propuesta inicial presentada por la Comisión, esta modalidad de decomiso se configuraba con un carácter subsidiario, aplicable únicamente en los casos en que no pudieran decretarse las demás modalidades de decomiso. Además, su adopción tenía carácter obligatorio para los Estados miembros. Así, el apartado 1 del art. 16 de la propuesta, bajo la rúbrica Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas, establecía lo siguiente: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los artículos 12 a 15 y se reúnan las condiciones siguientes: los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva; la infracción penal contemplada en la letra a) pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial; el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva».

En la versión aprobada por el Consejo, se mantuvo el carácter subsidiario de esta medida, si bien su aplicación pasó a ser facultativa para los Estados miembros, otorgándoles así mayor flexibilidad en su implementación.

La Directiva mantiene, en esencia, la configuración subsidiaria del decomiso de patrimonio no explicado prevista en la propuesta de la Comisión, pero confirma su carácter obligatorio para los Estados miembros; esto refuerza su papel como instrumento complementario dentro del sistema general de decomiso.

El apartado 1 del art. 16 dispone: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en los casos en que, de conformidad con el Derecho nacional, puedan no aplicarse las medidas de decomiso previstas en

los artículos 12 a 15, pueda procederse al decomiso de bienes identificados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal, siempre que el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que proceden de comportamientos delictivos en el marco de una organización delictiva y que dichos comportamientos puedan dar lugar, directa o indirectamente, a un beneficio económico sustancial».

En principio, este carácter subsidiario presupone la existencia de un procedimiento penal en el que no haya sido posible acordar el decomiso directo o genérico (art. 12), ni el decomiso de bienes de terceros (art. 13), ni el ampliado (art. 14), como tampoco el decomiso no basado en una sentencia condenatoria (art. 15).

Sin embargo, también podría interpretarse que esta modalidad es aplicable incluso sin que medie un procedimiento penal formalmente incoado. En efecto, bastaría con que los bienes hayan sido «identificados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal», siempre que el órgano jurisdiccional nacional determine que proceden de comportamientos delictivos en el marco de una organización criminal y que tales comportamientos puedan generar, directa o indirectamente, un beneficio económico sustancial.

Desde esta perspectiva, el art. 16 debe interpretarse de forma sistemática junto con los considerandos 32 y 34 de la Directiva, los cuales subrayan la necesidad de garantizar la eficacia de esta modalidad incluso en «situaciones en las que las medidas de decomiso de los artículos 12 a 15 no se apliquen por razones jurídicas o fácticas determinadas por el Derecho nacional» o en supuestos de archivo del proceso penal. Asimismo, la posibilidad de «emitir una resolución de decomiso independiente del proceso penal sobre el delito», prevista expresamente en el considerando 34, reforzaría esta interpretación.

Esto implica que el decomiso de patrimonio no explicado podría acordarse sobre la base de la mera existencia de una investigación penal, sin necesidad de incoar formalmente el procedimiento, o bien en aquellos casos en que este se haya interrumpido, archivado o resulte imposible de continuar; circunstancias que impedirían la aplicación de las modalidades ordinarias de decomiso previstas en los artículos 12 a 15 de la Directiva.

III. EL OBJETO MATERIAL DEL DECOMISO

El decomiso puede aplicarse tanto al producto del delito como a los instrumentos del mismo, términos que han sido definidos en la Directiva (art. 3, numerales 1 y 3). Por un lado, el producto del delito comprende cual-

quier ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de una infracción penal, incluyendo todo tipo de bienes, las reinversiones o transformaciones posteriores del producto directo y cualquier beneficio cuantificable. Tal como se desarrolla en el considerando 13, se proporciona una definición amplia de producto del delito, para comprender tanto los beneficios directos obtenidos de la actividad delictiva como aquellos indirectos que deriven de su reinversión o transformación posterior. En este sentido, el producto del delito incluye todos los bienes –materiales o inmateriales– que hayan sido total o parcialmente transformados, convertidos o entremezclados con otros bienes adquiridos legítimamente, hasta el valor correspondiente al producto ilegal. Asimismo, debe incluirse cualquier ingreso o beneficio que proceda del producto del delito o de los bienes resultantes de su conversión, transformación o mezcla.

Por otro lado, los instrumentos del delito abarcan cualquier bien que haya sido utilizado o que esté destinado a utilizarse, total o parcialmente, para la comisión de una infracción penal.

Tanto el producto del delito como los instrumentos empleados en su comisión se consideran bienes, de acuerdo con la definición establecida para los mismos en la Directiva. Así, de acuerdo con el art. 3,2), esta categoría incluye cualquier tipo de bien, ya sea material o inmaterial, mueble o inmueble, incluidos los criptoactivos, así como los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten un título o derecho sobre dichos bienes. Se opta por un concepto amplio de los bienes susceptibles de embargo y decomiso para incluir, también en formato electrónico o digital, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la titularidad o un derecho sobre dichos bienes –como instrumentos financieros, fideicomisos del tipo *trust* o títulos de crédito– que, por lo general, se encuentran en posesión de la persona afectada por el procedimiento. Además, la noción de bienes debe comprender todas sus formas, incluidos los criptoactivos (considerando 12).

En este sentido, cabría afirmar que los bienes constituyen el género, mientras que el producto del delito y los instrumentos son especies específicas dentro de él. Esto implica que todos los productos o instrumentos son bienes, pero no todos los bienes son productos del delito, y aún menos, instrumentos utilizados para delinquir.

Esta diferenciación resulta especialmente relevante en cada modalidad de decomiso, ya que no todas afectan de manera conjunta al producto y al instrumento del delito. Por ejemplo, en el decomiso no basado en una sentencia condenatoria (art. 15), el decomiso puede recaer sobre los instrumentos, productos

o bienes, mientras que en el decomiso ampliado (art. 14) y en el decomiso de patrimonio no explicado, se aplican únicamente a los productos del delito.

Aunque el art. 14 se refiera a los «bienes pertenecientes» a una persona condenada, una interpretación sistemática permite concluir que la norma se limita a los productos. Esto se debe a que establece que el delito cometido puede generar, directa o indirectamente, un beneficio económico y se indica que los bienes en cuestión «proceden de comportamientos delictivos».

La misma conclusión se desprende del decomiso de patrimonio no explicado. El art. 16.1 establece que pueden decomisarse los bienes que «proceden de comportamientos delictivos» en el marco de una organización criminal, y que dichos comportamientos puedan «generar», directa o indirectamente, un beneficio sustancial. Aunque resulte evidente, los instrumentos empleados en la comisión del delito no han sido generados ni son consecuencia de este, sino que ya existían previamente.

En consecuencia, aunque el art. 16 aluda a los bienes –que en sentido genérico abarcarían tanto el producto como los instrumentos del delito–, debe interpretarse que la referencia se circunscribe exclusivamente al producto del delito en los términos que son definidos en la Directiva². Es cierto que también podría sostenerse que, tratándose de una medida de carácter subsidiario, debería incorporar todos los elementos esenciales presentes en las demás formas de decomiso, incluyendo los instrumentos como objeto del decomiso genérico o del decomiso sin condena. Sin embargo, desde mi perspectiva, el fundamento de esta modalidad no radica en la peligrosidad inherente de los bienes, sino en la necesidad de evitar el enriquecimiento ilegal del sujeto.

IV. ORIGEN DE LOS BIENES A DECOMISAR

La determinación del origen de los bienes en esta modalidad de decomiso exige una interpretación sistemática y contextual del art. 16. Solo al analizar el precepto en relación con los conceptos de infracción y las condiciones de procedencia, puede apreciarse su verdadero alcance jurídico.

Por un lado, el apartado 1 del art. 16 supedita el decomiso a que los bienes procedan de comportamientos delictivos cometidos en el marco de una organización criminal y generen un beneficio económico sustancial. Por otro, el apartado 4 extiende el concepto de «infracción penal» a los delitos del art. 2

² MAUGERI, *La nuova Direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni*, p. 50.

(apartados 1 a 3) que estén castigados con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, cuatro años.

El apartado 1 del art. 2 no establece un catálogo cerrado de delitos, sino que se refiere de manera genérica a los contenidos en diversos instrumentos jurídicos de la Unión Europea. De esta remisión se desprende que esta modalidad de decomiso no puede extenderse indiscriminadamente a cualquier delito, sino solo a aquellos que se subsumen en las categorías expresamente previstas: los delitos contemplados en determinadas Decisiones Marco y Directivas de la Unión.

Por su parte, el apartado 2 del art. 16 se refiere a los delitos cometidos en el marco de una organización delictiva, en los términos establecidos en el artículo 1, punto 1, de la Decisión Marco 2008/841/JAI. Es decir, aquellos cometidos por una asociación estructurada de más de dos personas, constituida durante un cierto período de tiempo y que actúa de forma concertada con el propósito de cometer delitos para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de carácter material.

Finalmente, este decomiso también será aplicable a los bienes procedentes de cualquier delito previsto en otros actos jurídicos de la Unión, siempre que en dichos instrumentos se disponga expresamente la aplicación de la presente Directiva (art. 16.3).

Ahora bien, no todas las infracciones penales incluidas en las Decisiones Marco y Directivas resultan idóneas para generar productos que puedan constituir objeto de esta modalidad de decomiso. Por tal motivo, su aplicación se limita expresamente a delitos que puedan dar lugar, de forma directa o indirecta, a la obtención de un «beneficio económico sustancial»³. Al respecto, el considerando 32 ofrece algunas pautas para determinar el «beneficio económico sustancial» atendiendo a las circunstancias del caso y al *modus operandi*. Destaca, como criterios clave, que el delito se encuadre en la delincuencia organizada o persiga la obtención de beneficios periódicos mediante la reiteración delictiva.

A esto se suma una segunda limitación objetiva: los delitos deben estar sancionados con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, cuatro años.

³ Esta limitación resulta plenamente justificada en la medida en que no todos los delitos –ni siquiera los denominados *eurodelitos*– son capaces de generar beneficios económicos que puedan incorporarse al patrimonio criminal. *Vid.*, DEL CARPIO DELGADO, J., «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea: un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal», en *Revista Penal*, n.º 44, 2019, p. 28.

De esta formulación se desprende que el legislador europeo ha optado por un modelo de decomiso de patrimonio no explicado sometido a determinadas condiciones, cuya aplicación requiere una valoración judicial individualizada. La concurrencia de los tres elementos –la comisión del delito en el contexto de una organización delictiva, la capacidad de dicho delito de generar un beneficio económico sustancial y la gravedad punitiva mínima exigida– no opera automáticamente, sino que demanda una apreciación caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada supuesto.

Estos elementos actúan como filtros normativos que delimitan el ámbito material de aplicación del decomiso de patrimonio no explicado. Su función es garantizar que esta medida, que debe ser aplicada de forma excepcional, se reserve para los supuestos de criminalidad más grave y con mayor potencial lucrativo. La referencia al *beneficio económico sustancial* introduce un criterio de selectividad que evita la extensión automática del decomiso a infracciones de escasa relevancia patrimonial, mientras que el umbral de gravedad de la pena actúa como parámetro objetivo que vincula la procedencia de la medida a la entidad del delito.

Resulta acertado que el legislador europeo circunscriba esta modalidad a delitos generadores de riqueza cometidos en el contexto de la delincuencia organizada. Su carácter estructurado y duradero justifica privar al infractor de beneficios acumulados, excluyendo delitos episódicos u ocasionales sin acumulación patrimonial relevante. Así se garantiza la proporcionalidad del decomiso, aplicándolo solo cuando el origen ilícito se infiera razonablemente de una actividad delictiva continua y grave.

Esta interpretación refuerza la subsidiariedad del decomiso y el papel decisivo del juez en la ponderación entre eficacia y garantías fundamentales. En este sentido, el considerando 33 establece que las autoridades nacionales pueden no ordenar o ejecutar el decomiso cuando su aplicación resulte «manifestamente irrazonable o desproporcionada». Esto supone que, aun concurriendo los requisitos para su imposición, el decomiso puede no ser ordenado o ejecutado cuando su aplicación resulte contraria al principio de proporcionalidad, lo que, *de facto*, constituye un límite a su adopción.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional debe ponderar, en cada caso concreto, la relación entre la naturaleza y entidad del delito, la magnitud del patrimonio afectado y la finalidad legítima de la medida –esto es, privar al sujeto de los beneficios ilegales–. Solo cuando la restricción patrimonial resulte necesaria y proporcionada para alcanzar dicho objetivo podrá considerarse conforme a los principios del Derecho Penal y del Derecho de la Unión.

V. VINCULACIÓN DE LOS BIENES CON LOS COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS

Tal como se desprende de la rúbrica de esta modalidad de decomiso –*vinculado a comportamientos delictivos*– y del apartado 1 del art. 16, esta medida resulta aplicable «siempre que el órgano jurisdiccional haya resuelto que [los bienes] proceden de comportamientos delictivos». Es decir, debe existir un vínculo directo entre los bienes objeto de decomiso y el delito en el que tienen origen.

No basta con una mera sospecha o una inferencia general sobre el origen ilegal del patrimonio. Debe acreditarse una conexión objetiva y concreta entre los bienes y el delito que se toma como referencia. Tal relación puede establecerse de manera directa –cuando los bienes representan el producto inmediato del delito– o indirecta –cuando derivan de su conversión, transformación o reinversión–, siempre que se mantenga la trazabilidad del beneficio ilícito. Esta exigencia de conexión causal garantiza que el decomiso conserve su naturaleza de consecuencia accesoria del delito, evitando su aplicación sobre bienes cuya vinculación con la conducta delictiva no haya quedado razonablemente probada.

No obstante, según el considerando 34, no se requiere la prueba individualizada de cada delito generador de los bienes, sino acreditar una actividad delictiva previa de la cual procedan. Así, no basta con determinar genéricamente que el origen de los activos se halla en delitos contemplados en los instrumentos jurídicos de la UE cometidos en el marco de una organización delictiva; además, estos deben estar castigados con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea, al menos, de cuatro años.

Para ello, los tribunales nacionales deben atender a las circunstancias del caso y las pruebas disponibles, sin que baste la mera presunción de ilicitud del patrimonio. El órgano jurisdiccional ha de contar con indicios sólidos que permitan concluir, con una probabilidad razonable, que los bienes derivan del delito. Esta valoración debe regirse por la lógica y la experiencia, respetando siempre la presunción de inocencia (art. 48 de la Carta) y la Directiva (UE) 2016/343 sobre garantías procesales, tal como subrayan los considerandos 46 y 51 de la Directiva 2024/1260

Esta modalidad de decomiso permite admitir un estándar de prueba más flexible que el requerido para una condena en tanto que no constituye una pena, sino una consecuencia accesoria cuya finalidad es neutralizar los efectos económicos del delito y, en este caso específico, el enriquecimiento ilegal del sujeto. Según el apartado 2 del art. 16, para decidir si procede el decomiso, el

órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, atendiendo especialmente a las pruebas disponibles y a los hechos concretos, que podrán incluir, entre otros: a) que el valor de los bienes sea muy desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos de la persona afectada; b) que los bienes no tengan una procedencia lícita verosímil y c) que la persona afectada esté vinculada a personas vinculadas a su vez a una organización delictiva⁴.

El primer indicio de procedencia delictiva es la desproporción manifiesta entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos del sujeto. Según el considerando 34, una diferencia sustancial entre el patrimonio y los recursos legítimos razonables permite inferir el origen ilícito. A ello se suma, como segundo elemento relevante, la falta de una fuente lícita creíble; la ausencia de una procedencia legal verosímil refuerza la sospecha, dado que la adquisición legítima suele ser justificable.

En el contexto español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había establecido, antes de la reforma del Código Penal de 2010, que introdujo expresamente el decomiso ampliado, que el comiso de las ganancias del tráfico de drogas previsto en el artículo 374 CP debía extenderse también a las ganancias obtenidas con anterioridad a la operación concreta descubierta y enjuiciada. Para acreditar el origen ilícito del patrimonio, los tribunales recurren habitualmente a la falta de financiación lícita o acreditada, es decir, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial. En este contexto, la desproporción patrimonial y la ausencia de fuente lícita se configuran como indicios sólidos que permiten integrar la valoración global de pruebas para decretar el decomiso.

En relación con el decomiso ampliado, la jurisprudencia ha precisado cómo debe valorarse la desproporción entre el patrimonio y los ingresos lícitos del afectado, indicando que: «El concepto de desproporción entre el valor de los bienes y el importe de los ingresos de origen lícito del condenado se articula [...] en la expresión del resultado de una capacidad de ahorro razonable. Ello implica que la determinación de ese parámetro ha de tener en cuenta: a) los ingresos netos del afectado, es decir, deducidos los costes de los ingresos totales; b) los gastos ordinarios de un ciudadano medio, concepto indeterminado que debe incluir el coste de suministros esenciales, vivienda, vestido y manutención. Estos gastos integran el concepto de hecho notorio durante el periodo en cuestión, aunque su cuantía ha de determinarse razonablemente en

⁴ Cfr. MAUGERI, *La nuova Direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni*, p. 60.

función del caso concreto; y c) los gastos extraordinarios documentados del sujeto, como inversiones y gastos no corrientes»⁵.

El último elemento circunstancial previsto en el art. 16.2.c) establece que «la persona afectada esté vinculada a personas vinculadas a su vez a una organización delictiva». Este elemento presenta algunas cuestiones de interpretación especialmente relevantes. En principio, parece referirse a una vinculación indirecta, en la que la persona no mantiene contacto directo con la organización delictiva, sino únicamente con otra persona que sí tiene relación con ella. Sin embargo, el considerando 34 de la Directiva aclara que «la relación de la persona con las actividades de una organización delictiva» también podría ser pertinente, «así como otras circunstancias, como [...] indicios de participación en actividades delictivas». Esto último ampliaría la evaluación más allá de la mera relación personal indirecta, centrándose en la conexión funcional o causal con la actividad delictiva de la organización.

Cabe destacar que el art. 16 no establece ningún plazo para considerar que los bienes derivan de una actividad delictiva, tal como ocurre, por ejemplo, en el contexto del decomiso ampliado por actividad delictiva continuada (art. 127 sexies, 1.º CP), que prevé como presunción de origen delictivo que los bienes adquiridos por el condenado durante el período que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal proceden de su actividad delictiva previa continuada.

La ausencia de un plazo concreto en el art. 16 plantea implicaciones relevantes para la seguridad jurídica, ya que dificulta que los sujetos afectados puedan conocer con certeza los límites temporales durante los cuales sus bienes podrían ser considerados vinculados a un delito.

En este sentido, la fijación de un plazo específico puede contribuir a evitar arbitrariedades y para que esta modalidad de decomiso sea, «al menos parcialmente, conforme a los principios de proporcionalidad y presunción de inocencia»⁶. Al respecto, el considerando 33 de la Directiva propone que los Estados miembros puedan establecer un determinado período durante el cual los bienes puedan considerarse como provenientes de un comportamiento delictivo. Esto garantizaría que la presunción de origen ilícito de los bienes se base en criterios objetivos y previamente determinados, reduciendo la incerti-

⁵ Vid., entre otras, STS 599/2020, de 12 de noviembre de 2020. Roj: STS 3777/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3777.

⁶ Así, MAUGERI, *La nuova Direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni*, p. 60.

dumbre jurídica y fortaleciendo la protección de los derechos fundamentales de los afectados⁷.

VI. LIMITACIONES

En la propuesta de Directiva presentada por la Comisión, una de las condiciones para decretar el decomiso del patrimonio no explicado es que «los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva». En el texto aprobado por el Consejo, el embargo de los bienes se contempla como una circunstancia que los Estados miembros pueden tener en cuenta para decretar esta modalidad de decomiso⁸. Es decir, mientras que en la propuesta de la Comisión el embargo constituía un requisito obligatorio para la aplicación de la medida, en el texto del Consejo se transforma en un elemento de carácter opcional.

Por su parte, como hemos visto, la Directiva prevé que, como requisito previo para decretar el decomiso del patrimonio no explicado, es necesario que los bienes hayan sido «identificados» en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal. No obstante, en el apartado 5 del art. 16 se retoma lo propuesto inicialmente por la Comisión, aunque esta vez con carácter facultativo⁹. Así, se dispone que: «Los Estados miembros podrán establecer que el decomiso de patrimonio no explicado con arreglo al presente artículo se lleve a cabo solo cuando los bienes que deban decomisarse hayan sido embargados previamente en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal cometida en el marco de una organización delictiva».

Esto implica que, aunque el decomiso de patrimonio no explicado es una medida que los Estados miembros están obligados a incorporar en su legislación nacional, se les permite establecer como condición adicional que solo proceda cuando los bienes hayan sido embargados previamente. Esto garantiza que esta modalidad de decomiso recaiga sobre bienes que no solo hayan sido identificados, sino también asegurados como potencialmente vinculados a conductas delictivas.

⁷ La misma previsión se hace con relación al decomiso ampliado y al decomiso no basado en una sentencia condenatoria. *Vid.* considerandos 29 y 36.

⁸ Art. 16.4. «Los Estados miembros podrán disponer, de forma alternativa o acumulativa que el decomiso de bienes de origen injustificado conforme al presente artículo solo se lleve a cabo cuando: [...] los bienes que se pretende decomisar hayan sido embargados en el marco de una investigación relativa a un delito cometido en el seno de una organización criminal».

⁹ DORNBIERER, A.: «Targeting unexplained wealth», p. 4.

Al exigir un embargo previo, se crea un vínculo tangible entre el procedimiento penal y la medida de recuperación de activos, evitando que el decomiso recaiga sobre bienes cuya relación con la actividad delictiva sea incierta o meramente hipotética.

Por último, el art. 16.3, prevé que la aplicación de esta modalidad de decomiso no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, es decir, no puede afectar los derechos legítimos de las personas que actuando de buena fe, tengan un interés o hayan adquirido derechos sobre los bienes que se pretenden decomisar.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Son muchas las aristas que presenta esta nueva modalidad de decomiso que no pueden ser abordadas por las características de este trabajo. No obstante, si cabe realizar unas breves consideraciones finales.

En primer lugar, resulta evidente el auge de los mecanismos jurídico-penales cuyo objetivo principal es impedir que el delito resulte provechoso. Sin embargo, a menudo se pasa por alto que existen otras actividades, no necesariamente delictivas, que también generan beneficios y causan perjuicios a la sociedad, pero a las que se presta escasa atención. Me refiero a los denominados «flujos financieros ilícitos», cuya relevancia se viene reconociendo lentamente.

Durante el proceso de elaboración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el año 2000, el término «flujos financieros ilícitos» adquirió especial relevancia entre quienes percibieron que ciertos fenómenos dificultaban la reducción de la pobreza. Entre estos, se destacaba la existencia de líderes cleptocráticos que instauran sistemas de gobierno centrados en el enriquecimiento propio a costa de los bienes públicos. También se mencionaba a las grandes corporaciones multinacionales rapaces, con prácticas comerciales codiciosas, explotadoras o agresivas –por ejemplo, Amazon o Meta–, descritas como rapaces debido al uso agresivo de datos y su dominio del mercado en áreas como comercio electrónico y marketing digital.

El uso del término «ilícito» está en consonancia con los avances de la criminología crítica que, desde una perspectiva zemiológica, sostiene que existen formas de violencia que no siempre son catalogadas como delitos, pero que tienen un impacto profundo en la sociedad. Desde esa perspectiva, los flujos financieros ilícitos no se limitan a conductas delictivas, sino que también incluyen ciertos comportamientos relacionados con prácticas fiscales y comer-

ciales que no son necesariamente ilegales. Por ejemplo, la evasión fiscal abusiva puede considerarse un flujo financiero ilícito, ya que puede perjudicar el desarrollo sostenible en muchos países, aunque dichas actividades no siempre constituyan un delito. De modo similar, el traslado de beneficios de multinacionales a jurisdicciones con impuestos bajos o nulos –donde estas empresas tienen poca o ninguna actividad económica–, la ubicación estratégica de activos intangibles, el dumping fiscal o el traslado de la sede social de una multinacional a un país con baja presión fiscal o tasas corporativas reducidas constituyen ejemplos de flujos financieros ilícitos cuando generan un daño social relevante. Este daño se traduce, entre otros efectos, en la imposibilidad de reducir la pobreza o de prestar servicios públicos esenciales como educación o salud.

Por ello, partiendo del convencimiento de que los flujos financieros ilícitos constituyen una amenaza para el progreso humano, estos fueron incorporados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, conocidos como la Agenda 2030. En particular, el Objetivo 16, titulado «Paz, justicia e instituciones sólidas», incluye en su meta 16.4 la necesidad de reducir significativamente, para 2030, las corrientes o flujos financieros ilícitos.

En segundo lugar, al analizar algunas modalidades de decomiso, puede apreciarse cierta renuncia al *ius puniendi*. Parece que los Estados miembros pueden desistir de su poder para castigar o sancionar a un sujeto por la comisión de un delito. En lugar de perseguir directamente el delito que ha generado el patrimonio criminal, se limitaría a «recuperarlo» mediante su decomiso. Este es el caso, por ejemplo, del decomiso ampliado o del decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos.

En tercer lugar, el decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos puede ilustrar cómo el legislador europeo, al no poder configurar un nuevo delito, busca alcanzar los mismos objetivos mediante el recurso al decomiso. Me explico brevemente. En 2008, la Comisión Europea propuso la creación de un delito en caso de posesión de bienes «injustificados» como herramienta para «garantizar que el delito no resulte provechoso». La propuesta pretendía que se persiguiese los productos del delito en aquellos casos en que: (i) el valor fuera desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario, y (ii) el sujeto mantuviera contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas.

La base de esta propuesta se encontraba en el delito de no justificación de bienes o posesión de bienes injustificados del Código Penal francés, que castiga el no poder justificar los recursos que se correspondan con el nivel de vida o de no poder justificar el origen de un bien que se posee, mientras se mantiene

una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos castigados al menos con cinco años de prisión ¹⁰.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión Europea no se materializó en ninguna Directiva penal, fundamentalmente porque algunos consideraban que, tal como estaba planteada, podría constituir un delito de sospecha y vulnerar, entre otros derechos, el derecho a no declarar contra uno mismo.

Si se compara la configuración del decomiso de patrimonio no explicado con la del delito de posesión de bienes injustificados, la similitud resulta evidente. Esto puede suponer que el legislador europeo, al no poder tipificar un nuevo delito específico, recurre al decomiso como un mecanismo funcionalmente equivalente para alcanzar los mismos fines: privar a los delincuentes de los beneficios económicos derivados de sus actividades ilícitas, aunque en este caso limitado a los que provienen de la delincuencia organizada de cierta gravedad.

¹⁰ *Vid.*, entre otros, DEL CARPIO DELGADO, J.: «El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015, pp. 53 y ss.; QUINTAS PÉREZ, M.: *El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 84 y ss.

24. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ENTRE LA ARMONIZACIÓN EUROPEA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL¹⁻²

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
FAUSTINO GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA
Universidad de Castilla-La Mancha

I. *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* EN UN DERECHO PENAL SIN FRONTERAS

La vigencia estricta del axioma *societas delinquere non potest* se ha ido abandonando en las últimas décadas, de forma progresiva y no siempre uniforme, en un número creciente de ordenamientos jurídicos de Europa, África, Asia, América del Norte y América del Sur, que contemplan la posibilidad de castigar a las entidades corporativas mediante mecanismos de imputación y sanción por la comisión de determinados delitos³. Esta tendencia no se ha

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Neuro-Derechos Humanos y Derecho Penal» (PID2023-149978NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/ UE

² Con mayor amplitud, *Vid.*: DEMETRIO CRESPO, E. & GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Constitución. Problemas de legitimidad desde la doble perspectiva *ad intra* y *ad extra* en el sistema interno, europeo e internacional», en *REDEPEC*, Vol. 7, 2026.

³ DANNECKER, G.: «Sobre la necesidad de introducir sanciones jurídico-criminales contra colectivos. Reflexiones sobre los requisitos y la configuración de un Derecho Penal de colectivos», en Saliger, F./ Ruiz López, C./Pastor Muñoz, N./Coca Vila, I. (eds.): *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Vol. I. Fundamentos filosóficos*, Bogotá: Tirant lo Blanch Colombia, 2023, p. 139; ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Personalidad jurídica y penas», en *InDret*, n.º 3, 2024, p. 181; AURIOL, E./HJELMENG, E./SØREIDE, T.: «Corporate criminals in a market context: enforcement and optimal sanctions», en *European Journal of Law and Economics*, vol. 56, 2023, *passim*.

limitado al plano interno de los Estados, sino que ha sido activamente promovida y asumida desde instancias regionales e internacionales como la Unión Europea, el Consejo de Europa, las Naciones Unidas o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que han incorporado en sus instrumentos la exigencia de establecer mecanismos de responsabilidad de las personas jurídicas como instrumento de lucha frente a determinadas formas de criminalidad de especial gravedad⁴.

Pese a la presión que pueda resultar del ámbito internacional, un número significativo de Estados continúa resistiéndose a incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus ordenamientos internos. Las objeciones que se formulan se sitúan en el plano constitucional y dogmático y se articulan, principalmente, en torno a la incapacidad de acción propia de las personas jurídicas y la centralidad del principio de culpabilidad⁵. Desde esta perspectiva, se sostiene que las personas jurídicas, al carecer de capacidad autónoma de acción y autodeterminación, solo pueden intervenir en el tráfico jurídico a través de personas físicas. En consecuencia, cuando se les atribuye responsabilidad penal por la actuación de sus órganos o representantes, el reproche termina proyectándose sobre un sujeto distinto de quien realizó materialmente el hecho, lo que supondría una forma de responsabilidad por hecho ajeno incompatible con el principio de personalidad de las penas y con la exigencia de responsabilidad subjetiva⁶.

Dado que la mayoría de los delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos en los que *societas delinquere potest* presentan una dimensión transnacional⁷, la persistencia de

⁴ FOFFANI, L.: «Culpabilidad por defecto de organización: ¿Una nueva categoría del derecho penal europeo?», en *Revista Penal México*, n.º 27, 2025, pp. 64, 65.

⁵ Como afirma Feijoo, la legitimidad del castigo penal de las personas jurídicas solo puede fundarse en la Constitución de cada ordenamiento jurídico, en la manera en que esta configura y delimita los principios penales fundamentales y, en última instancia, en la coherencia interna de la estructura dogmática a través de la cual el Código Penal y el sistema procesal canalizan el ejercicio del *ius puniendi*. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español», en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2023, p. 88.

⁶ SCHÜNEMANN, B.: «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en AUTORES, V. (Ed.): *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 582 y ss; MIR PUIG, S.: «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6-1, 2004, pp. 9 y ss; GRACIA MARTÍN, L.: «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-5, 2006, *passim*.; GRECO, L.: «¿La responsabilidad penal de las personas jurídicas contradice el principio de culpabilidad? Reflexiones sobre la conexión entre pena y culpabilidad», en Saliger, F./Ruiz López, C./Pastor Muñoz, N./Coca Vila, I. (eds.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vol. I. Fundamentos filosóficos*, Bogotá: Tirant lo Blanch Colombia, 2023, pp. 264 y ss.

⁷ Al menos en el caso español, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas para castigar el tráfico de órganos (artículo 156 bis CP), el tráfico de personas (artículo 177 bis), la prosti-

reservas constitucionales y dogmáticas en otros Estados debilita el argumento utilitarista que suele invocarse para legitimar esta tendencia. Si la justificación descansa fundamentalmente en la mayor eficacia del sistema punitivo frente a una criminalidad vinculada al capitalismo global, caracterizada por la deslocalización de actividades ilícitas y la complejidad de las estructuras empresariales transnacionales⁸, su aceptación desigual compromete la coherencia del planteamiento y limita los esfuerzos de armonización promovidos en el plano internacional para dotar a los Estados de instrumentos adecuados frente a fenómenos que desbordan las fronteras nacionales. No se trata, desde luego, de sacrificar las razones axiológicas de la validez de una injerencia en las libertades fundamentales en el altar de la eficacia instrumental.

Especialmente ilustrativo resulta el caso español, en el que el legislador justificó la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Código Penal en el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, invocando la existencia de diversos instrumentos jurídicos internacionales que reclamarían una respuesta penal clara frente a las corporaciones. Sin embargo, la doctrina ha señalado de forma mayoritaria que, aunque esta reforma pudo estar condicionada por compromisos internacionales asumidos por el Estado, ninguno de ellos imponía de manera necesaria la instauración de un régimen de responsabilidad estrictamente penal para las personas jurídicas⁹. Se trató, en consecuencia, de una opción de política criminal entre otras igualmente legítimas, tal y como percibieron de la

tución, explotación sexual y corrupción de menores (artículo 189 ter CP), el acceso ilícito a los sistemas de información (artículo 197 quinquies CP), las estafas (artículo 251 bis CP), insolvencias punibles (artículo 261 bis CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (artículo 288 CP), blanqueo de capitales (artículo 302 CP), financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 bis CP), contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328 CP), contra los animales (artículo 340 quater CP), contra la salud pública (artículo 366 CP), tráfico de drogas (artículo 369 bis CP), falsificación de moneda y efectos timbrados (artículo 386.5 CP), de tarjetas de crédito y de débito (artículo 399 bis CP), delitos de odio y contra el disfrute de los Derechos Fundamentales (artículo 510 bis CP), y terrorismo (artículo 580 bis CP).

⁸ NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008, p. 38; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 18; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 35 y ss; DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J./NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2024, p. 104.

⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «¿Responsabilidad penal para los entes sociales?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, p. 113 y ss; MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 129.

Cuesta Arzamendi & Pérez Machío, y no del cumplimiento ineludible de una obligación internacional de criminalización ¹⁰.

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

La Unión Europea ha impulsado desde sus orígenes la incorporación en las legislaciones internas de los Estados Miembros de normas específicas que garanticen la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas por los ilícitos penales cometidos en su nombre, en su beneficio o en su seno, con el fin de evitar que las empresas aprovechen el espacio de libertad, seguridad y justicia para cometer infracciones graves eligiendo la jurisdicción con el régimen sancionador más indulgente. No obstante, esta cuestión no ha llegado a configurarse como una auténtica política común en el Derecho primario europeo, sino que, como ha apuntado de la Cuesta & Pérez Machío, ha sido a través de diversas Decisiones Marco y Directivas donde se han ido estableciendo reglas mínimas sobre los elementos sustantivos de las infracciones y de las sanciones para las corporaciones ¹¹.

1. Génesis y consolidación de la responsabilidad corporativa en el Derecho europeo

En el Derecho Penal de la Unión Europea, la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos aparece de forma constante tanto en instrumentos actualmente vigentes como en los ya derogados que conformaron el acervo previo al Tratado de Lisboa. En el ámbito europeo, esta cuestión se remonta a la Recomendación n.º 88/18, de 20 de octubre de 1988, del Consejo de Europa, que ya contemplaba la posible imposición de sanciones penales a empresas por infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades cuando así lo exigieran su naturaleza o gravedad. Posteriormente, el Acto del Consejo de 19 de junio de 1997, por el que se aprobó el Segundo

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J./PÉREZ MACHÍO, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo. Las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», en De la Cuesta Arzamendi, J./De la Mata Barranco, N. (eds.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra: Aranzadi, 2013, p. 131.

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J./PÉREZ MACHÍO, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo. Las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», pp. 130 y ss.

Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, introdujo por primera vez la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho secundario de la Unión Europea, previniendo la responsabilidad de las entidades colectivas. En ese mismo contexto debe situarse el *Corpus Iuris*, como expresión sistemática de los planteamientos doctrinales favorables a su admisión. Finalmente, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de 2001 avanzó en esta línea al prever la posible responsabilidad –también penal– de las personas jurídicas por determinados delitos, sobre la base de hechos cometidos por personas físicas vinculadas a la entidad¹².

Entre las Directivas en vigor que imponen a los Estados miembros la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran, entre otras, la Directiva (UE) 2024/1226 sobre la violación de medidas restrictivas de la Unión, la Directiva (UE) 2024/1203 sobre delitos medioambientales, la Directiva (UE) 2019/713 sobre fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo, la Directiva (UE) 2018/1673 relativa al blanqueo de capitales, la Directiva (UE) 2017/1371 sobre la protección de los intereses financieros de la Unión, la Directiva (UE) 2017/541 sobre terrorismo, la Directiva 2014/62/UE sobre falsificación de moneda, la Directiva 2014/57/UE sobre abuso de mercado, la Directiva 2013/40/UE sobre ataques contra sistemas de información, la Directiva 2011/93/UE sobre explotación sexual de menores, la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos, así como las Directivas 2009/123/CE, 2009/52/CE y 2008/99/CE en ámbitos sectoriales con dimensión penal. A su vez, esta exigencia ya estaba presente en diversas Decisiones marco adoptadas bajo el antiguo tercer pilar, posteriormente derogadas o sustituidas, como las Decisiones marco 2008/913/JAI, 2008/841/JAI, 2004/757/JAI, 2003/568/JAI, 2002/946/JAI, 2002/475/JAI, 2001/413/JAI, 2000/383/JAI, 2005/667/JAI y 2002/629/JAI, lo que evidencia la continuidad y consolidación de la responsabilidad de las personas jurídicas como elemento estructural del Derecho Penal europeo.

En la actualidad, la Unión Europea exige a los Estados miembros prever sanciones para las corporaciones en un número cada vez mayor de ámbitos, que van desde la protección del medio ambiente hasta la violación de sanciones económicas de la propia Unión, pasando por el fraude que afecta a sus intereses financieros, la protección de datos, el abuso de mercado, los servicios y mercados financieros, la ciberseguridad, las plataformas y mercados digitales, los controles de exportación, la tutela de consumidores, la seguridad de productos,

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J./PÉREZ MACHÍO, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo. Las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», p. 130 y ss.

la protección del denunciante, la integridad del mercado energético, la importación de bienes culturales y la prevención del blanqueo de capitales. No obstante, habida cuenta de la complejidad constitucional y dogmática que suscita la punición de las personas jurídicas –como evidencia la negativa de algunos Estados a incorporarla a sus sistemas–, ni el Consejo de Europa ni la Unión Europea han optado por incidir directamente en las decisiones legislativas de los Estados miembros. Por el contrario, en atención al respeto debido a las diversas tradiciones jurídicas europeas y a la necesidad de salvaguardar la coherencia interna de cada ordenamiento, se ha evitado imponer una obligación comunitaria de establecer sanciones penales para las personas jurídicas. Precisamente, esa decisión de dejar un margen de configuración a los Estados ha favorecido el éxito y la amplia aceptación de la figura en el ámbito europeo¹³.

2. Convergencias y resistencias de los modelos nacionales de responsabilidad corporativa

La mayoría de los Estados europeos ha optado por reconocer una responsabilidad estrictamente penal de las personas jurídicas. Entre ellos se encuentran el Reino Unido, Irlanda (1922), los Países Bajos (1950), Bélgica (1999), Luxemburgo (2010), Dinamarca (1996), Noruega (1991), Finlandia (1995), Francia (1994), Portugal (2007), España (2010), Eslovenia (1995), Suiza (2003), Estonia (2002), Lituania (2003), Rumanía (2006), Hungría (2004), la República Checa (2012), Malta y Chipre (2002). Otros ordenamientos, en cambio, han mantenido reservas dogmáticas o constitucionales frente a la pena estrictamente penal, y han optado por soluciones mixtas, en las que la infracción se tipifica en el Código Penal, pero la reacción frente a la persona jurídica se desplaza al Derecho administrativo sancionador. Esta opción, minoritaria, puede observarse en Italia, Austria, Polonia, Bulgaria, Letonia y Suecia. Todavía más excepcional es el modelo que responde exclusivamente con sanciones administrativas frente a los delitos cometidos en beneficio de una persona jurídica, que actualmente solo se sigue en Alemania y Grecia.

¹³ En este sentido *Vid.* MONGILLO, V.: «The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences. Theoretical Models and EU Member State Laws», en Fiorella, A. (ed.): *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Volume II. Towards a Common Model in the European Union*, Roma: Jovene Editore, 2012, p. 98; MARTÍNEZ PATÓN, V.: «Análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como ideología punitivista», en Martínez Galindo, G./Martínez Patón, V. (eds.): *Cincuenta reformas penales. Análisis de las reformas del Código Penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 85; FOFFANI, L.: «Culpabilidad por defecto de organización: ¿Una nueva categoría del derecho penal europeo?», p. 66.

El Derecho secundario de la Unión Europea se limita a exigir que la declaración de responsabilidad de las personas jurídicas vaya acompañada de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, sin imponer en ningún caso su carácter penal; esta exigencia mínima —la conocida «tríada»— reconoce a los Estados miembros un amplio margen de configuración, de modo que pueden optar por un régimen de naturaleza penal, administrativa o civil, siempre que se garantice la efectiva sujeción a responsabilidad de las personas jurídicas con independencia del modelo adoptado por el Derecho interno¹⁴. Ahora bien, dicha discrecionalidad encuentra un límite en la prohibición de infraprotección, que obliga a los ordenamientos nacionales a prever sanciones que resulten verdaderamente eficaces, proporcionadas y disuasorias¹⁵.

3. Armonización, subsidiariedad y tensiones constitucionales

De la Cuesta Arzamendi & Pérez Machío han puesto de manifiesto que esta «armonización blanda»¹⁶ de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Unión Europea ha desatado críticas en lo que se refiere a las dificultades de hacer frente a la criminalidad empresarial a partir de posturas diferentes, siendo lo más acertado la formulación a nivel europeo de un modelo de respuesta común dirigido a asegurar una lucha eficaz¹⁷. Estos autores se refieren al hecho de que la coexistencia de modelos heterogéneos de responsabilidad de las personas jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea incide de manera directa en la vigencia de principios constitucionales del Derecho Penal, como el principio de legalidad y, en particular, la prohibición de *non bis in idem*. De forma indirecta, esta diversidad normativa proyecta también tensiones relevantes sobre el principio de proporcionalidad —ante la ausencia de un consenso europeo acerca de la idoneidad, necesidad y proporcio-

¹⁴ VERMEULEN, G./DE BONDT, W./RYCKMAN, C.: *Liability of legal persons for offences in the EU*, Amberes: Maklu, 2012, p. 98; FARALDO CABANA, P.: «Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas: una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano», en Puente Aba, L. (ed.): *Economía y Derecho Penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal económico*, A Coruña: Servizo de Publicacións Universidade da Coruña, 2015, p. 253; AMBOS, K.: *Derecho Penal Internacional Económico*, Madrid: Civitas, p. 21.

¹⁵ ZAZZARO, F.: «Corporate criminal liability in EU Directives: An overview of the EU discipline», en *New Journal of European Criminal Law*, 2025, p. 8.

¹⁶ Término al que se refieren DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J./NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal económico y de la empresa*, p. 89.

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J./PÉREZ MACHÍO, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo. Las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», p. 156.

nalidad en sentido estricto del castigo de las corporaciones— y sobre el principio de culpabilidad, especialmente en lo que respecta al modelo de imputación promovido en el ámbito de la Unión Europea.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La creciente atención prestada a la responsabilidad de las corporaciones en el plano internacional responde, por otro lado, a la constatación de que numerosas empresas han contribuido de manera decisiva al sostenimiento de las estructuras materiales que posibilitan la comisión de atrocidades masivas. En distintos contextos, su actuación ha asegurado un flujo estable de armas, equipamiento militar, materias primas estratégicas o recursos financieros tanto a regímenes implicados en prácticas violentas como a grupos rebeldes responsables de crímenes atroces. En otros supuestos, además, determinadas empresas han intervenido directamente en graves vulneraciones de Derechos Humanos, mediante la imposición de trabajos forzados, la práctica de torturas, el desplazamiento forzoso de poblaciones o la explotación ambiental en términos extremos¹⁸. Diversos acontecimientos históricos demuestran con nitidez que ciertas actividades empresariales no solo pueden facilitar la comisión de crímenes internacionales, sino incluso generar o intensificar conflictos armados vinculados a la explotación de recursos naturales, lo que explica la creciente exigencia doctrinal y política de avanzar hacia mecanismos eficaces de rendición de cuentas para las personas jurídicas en el Derecho Penal internacional¹⁹.

Cada vez existen menos dudas acerca de si las personas jurídicas se encuentran vinculadas al cumplimiento del Derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho internacional de la guerra y al Derecho internacio-

¹⁸ Por poner algunos ejemplos: la financiación de la guerra civil en Sierra Leona a través del comercio internacional de diamantes, con miles de civiles reducidos a condiciones de esclavitud en explotaciones mineras bajo el control de grupos armados; el papel decisivo de diversas compañías extranjeras en la extracción de recursos durante los conflictos en la República Democrática del Congo, donde los contratos mineros operaron como mecanismo indirecto de aprovisionamiento de armas; la implicación de empresas petroleras en Nigeria, Sudán o Colombia en el sostenimiento de fuerzas militares y de seguridad privadas responsables de abusos sistemáticos; o la participación de compañías madereras en Liberia y Camboya en entramados ilícitos que facilitaron el flujo de armamento en abierta contravención de las sanciones impuestas por las Naciones Unidas.

¹⁹ Como señala Stoichkova «incluso en circunstancias de guerra o violencia generalizada contra la población civil, a las multinacionales les resulta difícil resistirse a las oportunidades de obtener beneficios económicos». Vid. STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2010, p. 1.

nal humanitario, toda vez que las corporaciones multinacionales adquieren personalidad jurídica internacional. En los últimos años ha cobrado una importancia especial la denominada «cultura de la responsabilidad social corporativa» (*Corporate Social Responsibility*), habiéndose dedicado una multitud de trabajos al estudio de las obligaciones que surgen para las corporaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos²⁰. Diversos instrumentos internacionales de *soft law*, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, el capítulo dedicado a los Derechos Humanos en la nueva edición de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales o la declaración de la OIT sobre la responsabilidad social de las empresas multinacionales, reconocen la existencia de obligaciones internacionales tanto negativas como positivas a cargo de las empresas. Estas obligaciones consisten, en primer lugar, en respetar los Derechos Humanos, evitando actividades que puedan afectar negativamente a su disfrute; en segundo lugar, en protegerlos, afrontando las consecuencias de las vulneraciones cuando se produzcan y tratando de prevenirlas o mitigarlas; y, finalmente, en promoverlos, mediante la adopción de políticas y procedimientos adecuados a su tamaño, estructura y circunstancias²¹.

Mayores dificultades suscita, sin embargo, la cuestión de si las personas jurídicas pueden responder como autoras de crímenes internacionales y, en consecuencia, quedar sometidas a la jurisdicción de un tribunal penal internacional, extremo que, por el momento, carece de un reconocimiento expreso en el Derecho internacional vigente. A pesar del aumento del número de autores que reclaman revisar el papel de las corporaciones en el sistema de justicia penal internacional²², este continúa siendo fundamentalmente estatocéntrico, orientado a conductas vinculadas a objetivos políticos y no a intereses empresariales²³.

²⁰ DEMETRIO CRESPO, E.: «Presentación: Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿De un Derecho Penal económico transnacional a un Derecho Penal internacional económico?», en Demetrio Crespo, E./Nieto Martín, A. (eds.): *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 13 y ss. Más recientemente y tratando con amplitud esta cuestión Vid. VIOQUE GALIANA, L.M.: *Diligencia debida en Derechos Humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./MUÑOZ DE MORALES, M./NIETO MARTÍN, A./VIOQUE GALIANA, L.: *Verdes y justas. Responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2025.

²¹ AMBOS, K.: *Derecho Penal Internacional Económico*, pp. 17 y ss.

²² Ampliamente Vid. DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, New York: Routledge, 2023.

²³ DE LA MATA BARRANCO, N./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J./NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal económico y de la empresa*, p. 109.

1. Precedentes históricos de la responsabilidad penal internacional

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por crímenes internacionales hunde sus raíces en los propios orígenes del Derecho Penal internacional. Con todo, ni el Tribunal Militar Internacional constituido en Núremberg ni los procesos posteriores instruidos conforme a la *Control Council Law No. 10* afrontaron de manera directa esta cuestión, en buena medida por razones de conveniencia política. En Núremberg, el eje del enjuiciamiento se situó en la responsabilidad penal individual por los crímenes internacionales y en la calificación de determinadas organizaciones como criminales, sin que los dirigentes de las grandes empresas comprometidas con el aparato bélico y represivo del Tercer Reich fueran finalmente llevados ante los tribunales. Los procesos subsiguientes estaban inicialmente destinados a tratar la eventual responsabilidad de las corporaciones por su complicidad en atrocidades masivas –a través del enjuiciamiento de los ejecutivos de tres conglomerados industriales alemanes–, pero este plan fue finalmente abandonado ante la prioridad política de facilitar la reconstrucción económica de Alemania tras la guerra²⁴.

Fueron los tribunales militares nacionales de los Aliados quienes sentaron las primeras bases para sostener que las personas jurídicas pueden ser autoras de crímenes internacionales. En *Tesch & Stabenow* (1946), el Tribunal Militar Británico condenó a los directivos responsables del suministro de *Zyklon B*, deduciendo su conocimiento ilícito a partir de la posición que ocupaban dentro de la empresa. En *Röchling* (1947), el Tribunal Militar francés declaró culpables a los directores por crímenes de guerra, al considerar probado que conocían las condiciones inhumanas de trabajo en sus plantas. En *Flick* (1947), el Tribunal Militar de los Estados Unidos sancionó a varios altos ejecutivos por esclavitud, expoliación y colaboración con las SS, sobre la base de su conocimiento y contribución voluntaria. El avance decisivo llegó con *Krupp* (1948) y *I.G. Farben* (1948), donde el Tribunal Militar de los Estados Unidos afirmó expresamente que las propias empresas, en cuanto entes jurídicos, habían violado las leyes y costumbres de la guerra, y que los directivos actuaron «a través de la instrumentalización» de la corporación como vehículo para cometer los crímenes. La responsabilidad individual se limitó a quienes ejecutaron, instigaron o autorizaron a sabiendas los actos ilícitos, lo que presupone que el autor principal de las violaciones era la corporación²⁵.

²⁴ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, pp. 43 y ss.; DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, p. 8 y ss.

²⁵ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, pp. 53 y ss.; DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*.

La exclusión de las personas jurídicas del ámbito de responsabilidad del Estatuto de Roma –a diferencia de lo que cabría esperar tras la experiencia de la posguerra– obedece a razones políticas y consideraciones prácticas, y no a un rechazo conceptual del instituto y de sus principios²⁶. Durante las negociaciones, la delegación francesa propuso incorporar un modelo de atribución inspirado en la doctrina de la identificación, conforme al cual la persona jurídica puede ser responsabilizada por las conductas de su órgano de dirección cuando estas se realizan en su nombre, con su consentimiento o en el marco de su actividad empresarial²⁷. Este planteamiento no resultaba ajeno a la mayoría de los sistemas nacionales, aunque existían diferencias relevantes en cuanto al alcance de la responsabilidad y al tipo de entidades susceptibles de ser sancionadas. Pese a ello, los Estados cuyas legislaciones no reconocían la responsabilidad penal de las personas jurídicas se opusieron firmemente a su inclusión, mientras que otros solo estaban dispuestos a aceptar soluciones de compromiso que se limitaran a prever formas de responsabilidad civil o administrativa, pero no penal²⁸.

El artículo 25.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que admite de forma implícita la responsabilidad de colectivos criminales, no ha permitido superar este límite y los empresarios solo responden como cómplices a través del *aiding and abetting*²⁹. La doctrina coincide, en general, en que esta exclusión no obedece a obstáculos conceptuales insalvables, sino a razones de naturaleza política, estrechamente ligadas al peso persistente de la soberanía estatal, que sigue siendo un valor especialmente sensible a pesar de su progresiva erosión³⁰.

2. Complementariedad y soberanía: el principal obstáculo estructural

A diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal de la Unión Europea, donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha encontrado un cauce normativo relativamente estable, el Derecho Penal internacional se ha mostrado históricamente mucho más renuente a admitir formas de imputación penal de carácter colectivo. La dificultad de armonizarlo con la exigencia estructural de que la culpabilidad sea estrictamente personal ha constituido el

²⁶ DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, pp. 99, 100.

²⁷ AMBOS, K.: *Derecho Penal Internacional Económico*, p. 19.

²⁸ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p. 15; DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, p. 87 y ss.

²⁹ AMBOS, K.: *Derecho Penal Internacional Económico*, p. 19.

³⁰ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p. 183.

principal obstáculo para la elaboración de una verdadera doctrina internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³¹.

A la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha impuesto en el Derecho internacional la «objección de complementariedad»³². La ausencia de un reconocimiento generalizado de esta figura en los distintos ordenamientos jurídicos se considera un obstáculo serio para el buen funcionamiento del sistema de complementariedad del Estatuto de Roma³³. Los Estados nacionales cuya tradición jurídica no admite a las empresas como sujetos de Derecho Penal temen que, en caso de ampliarse la jurisdicción de la CPI a las personas jurídicas, la falta de legislación interna habilitante pueda interpretarse como inacción, incapacidad o falta de voluntad, de modo que su sistema no superaría la prueba de complementariedad³⁴. A diferencia de las obligaciones internacionales de criminalización, relativamente claras en su contenido, las obligaciones de investigar y enjuiciar resultan mucho más controvertidas en el Derecho Penal internacional desde la perspectiva de la soberanía estatal. En cualquier caso, la ausencia de normas penales nacionales que permitan procesar a las empresas por su participación en crímenes internacionales podría ser calificada como omisión relevante a efectos de admisibilidad, generando lo que se ha descrito como un «efecto discriminatorio oculto», que abriría la puerta, al menos en teoría, a una injerencia de la Comunidad internacional en las prerrogativas estatales de determinar el alcance de su propio Derecho Penal³⁵.

Entre las soluciones que se han propuesto para sortear las dificultades derivadas del principio de complementariedad se encuentra, por un lado, eximir de la eventual ampliación de la jurisdicción de la CPI a aquellos Estados que no reconocen la criminalidad corporativa y, por otro, permitir que cada Estado pueda optar por mecanismos no penales (civiles o administrativos) para responder a las conductas ilícitas de las corporaciones en el Derecho internacional. Sin embargo, ambas alternativas entrañan el riesgo de generar espacios de impunidad. Por otro lado, aunque el régimen del Estatuto de Roma debe otorgar a los Estados un margen razonable para abordar la conducta empresarial vinculada a crímenes internacionales, la decisión última sobre si un Estado

³¹ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p. 10.

³² STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p. 169.

³³ En aquellas jurisdicciones que no tienen objeciones conceptuales a la responsabilidad penal de las empresas, los gobiernos pueden verse sometidos a una presión significativa por parte de las empresas para que se abstengan de extender el concepto a los delitos internacionales a nivel nacional o para que restrinjan la iniciativa fiscal de iniciar procedimientos penales.

³⁴ DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, pp. 59, 99, 168, 173.

³⁵ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, pp. 107, 169, 170.

ha cumplido con su obligación de investigar y perseguir sigue correspondiendo a la Corte. En consecuencia, parece que la solución a las tensiones que plantea la complementariedad en el Derecho Penal internacional depende, en última instancia, de acuerdos políticos entre los Estados ³⁶.

Ahora bien, la principal objeción que suscita el argumento basado en el derecho comparado puede ser también su premisa. En opinión de De Tomasso, asumir que la expansión progresiva de la responsabilidad penal corporativa en el plano interno conducirá, casi de manera automática, a su reconocimiento en el sistema jurídico internacional y, en especial, en el ámbito del Derecho Penal internacional ³⁷. No es este el caso español que, a pesar de que reconoce la capacidad de que las personas jurídicas sean sujetos activos de determinados delitos, no ha extendido este entendimiento a los crímenes internacionales de los artículos 607 y siguientes, que tipifican los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal europeo e internacional pone de manifiesto un proceso de expansión normativa sostenido, impulsado fundamentalmente por la necesidad de hacer frente a formas de criminalidad económica y empresarial de creciente complejidad, dimensión transnacional y capacidad lesiva. Este desarrollo responde tanto a exigencias funcionales de eficacia preventiva como a una progresiva toma de conciencia del papel estructural que desempeñan las corporaciones en la producción de riesgos sociales, económicos y medioambientales de especial gravedad.

Sin embargo, dicha expansión no se ha producido sin tensiones. Las persistentes objeciones constitucionales y dogmáticas, centradas en la acción, la culpabilidad y el principio de personalidad de las penas, siguen condicionando el alcance y la configuración de los modelos de imputación, especialmente en el plano internacional. En este contexto, la opción europea por una armonización flexible, basada en la exigencia de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, ha permitido avanzar en la lucha contra la criminalidad empresarial sin imponer un modelo único, aunque al precio de mantener una notable

³⁶ STOITCHKOVA, D.: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, p. 172.

³⁷ DE TOMASSO, A.: *Corporate Liability and International Criminal Law*, p. 173.

heterogeneidad normativa, con relevantes implicaciones para la coherencia del sistema y la seguridad jurídica.

En este complejo escenario, la obra del profesor *José Luis de la Cuesta Arzamendi*, a quien está dedicado con nuestra más alta consideración y todo cariño esta modesta contribución a su merecidísimo libro homenaje, ha constituido una referencia imprescindible. Sus trabajos han contribuido de manera decisiva a clarificar los fundamentos político-criminales, constitucionales y dogmáticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como a poner de relieve las tensiones que genera su implantación en los distintos ordenamientos. Muy especialmente, su análisis crítico del proceso de europeización del Derecho Penal y de las técnicas de armonización ha permitido comprender los límites y riesgos de una expansión acrítica del *ius puniendi* en el ámbito corporativo. Su magisterio intelectual y su compromiso con las garantías fundamentales son un referente indispensable para abordar, con equilibrio y sentido crítico, los retos actuales y futuros del Derecho Penal del Estado constitucional de Derecho.

25. THE CONTRIBUTION OF SPANISH CRIMINAL LAW AND PROFESSOR JOSÉ LUIS DE LA CUESTA TO THE DEVELOPMENT OF MODERN ROMANIAN CRIMINAL LAW

CONSTANTIN DUVAC PHD ¹

Deputy Secretary General of the International Association of Penal Law
President of the Romanian Association of Penal Sciences
President of the Penal Sciences Section of the Romanian Academy of Legal Sciences
Vice President of the Romanian Jurists' Union
Full Professor, PhD, at the Faculty of Law, Academy of Economic Studies in Bucharest

I. THE ROMANIAN CRIMINAL CODE IN FORCE AND THE SPANISH CRIMINAL NORMS THAT CONSTITUTED SOURCES OF INSPIRATION FOR THE CODIFICATION COMMISSION AND THE ROMANIAN LEGISLATOR

1. Rationale and objectives of the Romanian criminal law

A. The Romanian Criminal Code currently in force (hereinafter also referred to as the 2014 Criminal Code), adopted through Law No. 286/2009 on

¹ PhD supervisor at the Doctoral School - Law of the Academy of Economic Studies in Bucharest; President of the Romanian National Group affiliated with the International Association of Penal Law; Honorary President of the Romanian Criminalists' Association; Editor-in-Chief of the Criminal Law Journal and Criminal Law Review; permanent member of the Bucharest Bar.

We take this opportunity to express our gratitude for the constant support offered to us by Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi for over 15 years. We also express our appreciation for his significant involvement in the development and promotion of penal sciences in Romania, thanks to which a number of Romanian criminal law scholars have been promoted to various leadership bodies of the International Association of Penal Law, which he excellently coordinated for two terms and through whose support, along with that of other prominent members of AIDP leadership, I was co-opted into the executive leadership of this prestigious world scientific organization.

the Criminal Code², a unitary legislative work of great historical significance for Romania, entered into force on February 1, 2014, the date on which Law No. 15/1968 on the Criminal Code of Romania, republished³, was repealed. The provisions of the Criminal Code are contained in 446 articles.

Law No. 286/2009 was adopted on June 25, 2009, based on the provisions of Article 114 paragraph (3) of the Constitution of Romania, republished⁴, following the assumption of responsibility by the Government of Romania (decision made on June 10, 2009⁵) before the Chamber of Deputies and the Senate.

B. The rationale underlying the elaboration of the 2014 Criminal Code, as derived from the Explanatory Memorandum of the draft Criminal Code⁶, developed between 2006-2008 by a commission of reputable Romanian criminal law scholars and from its preliminary theses, adopted through Government Decision No. 1183/2008 for the approval of the preliminary theses of the Criminal Code project⁷, were:

a) the profound *transformations* on the political, social and economic levels that took place in Romanian society in the four decades that passed since the entry into force of the previous Criminal Code (January 1, 1969), especially after 1989 when the communist regime was replaced by the capitalist one;

b) a series of *shortcomings* existing under the 1969 Criminal Code, highlighted by both practice and doctrine;

c) the need to *restore to normal limits the sanctioning treatment*;

d) the *simplification* as much as possible of *incrimination norms*, *avoiding overlaps* between different incriminations or with the texts of the general part;

e) to ensure uniformity in the regulation of crimes, the *inclusion* in the content of the Criminal Code of *certain crimes* provided in special criminal laws or in special laws with criminal provisions and which have a higher frequency in judicial practice (road traffic crimes, computer crimes, some corrup-

² M. Of. No. 510 of July 24, 2009.

³ Republished in M. Of. No. 65 of April 16, 1997.

⁴ The Constitutional Revision Law was published in M. Of. No. 669 of September 22, 2003.

⁵ The press release issued by the Ministry of Justice on June 10, 2009, was available online at <http://just.ro/Sections/Comunicate/Comunicateiunie2009/10iunie2009/tabid/1073/Default.aspx>.

⁶ The draft of the new Criminal Code was available at <http://www.just.ro/MeniuStanga/Normative-papers/Proiectedeactenormativeafiate%C3%AEndezbatere/tabid/93/Default.aspx>, posted on the Ministry of Justice website on January 24, 2008 (last accessed on March 10, 2012).

⁷ M. Of. No. 686 of October 8, 2008.

tion or service-related crimes, etc.). Therefore, it was considered that all those acts criminalized in special laws that truly deserve a criminal sanction should be introduced, and in these cases the incriminatory text must be conceived so as to be organically integrated into the structure of the code.

C. The elaboration of the Criminal Code aimed to fulfill the following objectives:

a) creating a *coherent legislative framework* in criminal matters, avoiding unnecessary overlaps of norms existing in previous criminal legislation; this excess of criminalization predominant in Romanian positive law after 1989 was often criticized in Romanian doctrine because it was not the best solution for preventing and combating crime, as it continued to increase constantly;

b) *simplification* of substantive criminal law regulations, designed to facilitate their uniform and expeditious application by criminal judicial authorities.

c) ensuring satisfaction of the requirements arising from the *general principles* of criminal law enshrined in the Constitution of Romania of 1991, as revised in 2003, and from the covenants and treaties on fundamental human rights to which Romania is a party;

d) *transposition into the national criminal legislative framework of regulations adopted at the European Union level*;

e) *the harmonization of Romanian substantive criminal law with the systems of other EU member states*, as a premise for judicial cooperation in criminal matters based on mutual recognition and trust. Law No. 302/2004 on international judicial cooperation in criminal matters, republished⁸, appropriately ensures the necessary legal framework for this common fight against cross-border crime.

2. Romanian criminal norms inspired by solutions adopted by Spanish criminal law

The Government of Romania adopted *Government Decision No. 1183/2008 for the approval of the preliminary theses of the Criminal Code project*, and from its content and that of the *Explanatory Memorandum of the draft Criminal Code*, it explicitly results that one of the models used by the

⁸ M. Of. No. 411 of May 27, 2019.

codification commission of the new Romanian criminal law was the Criminal Code of the Kingdom of Spain, adopted through Organic Law No. 10 of November 23, 1995⁹, with subsequent amendments and completions, which essentially influenced several Romanian criminal regulations, of which we note as examples the following:

a) Crime by omission (art. 17 Crim. C.) was recognized as such by Romanian doctrine and judicial practice but was not enshrined in law until February 1, 2014. According to the authors of the Romanian Criminal Code, equating inaction with action in the absence of a legal text constitutes an analogy to the detriment of the defendant, which is why some legal systems, such as French and Belgian law, reject in principle the admission of these crimes. Moreover, most European legislations recognize crimes by omission, but include in the general part a text that specifies under what conditions inaction can be equated with action, as provided, for example, in German criminal law (§ 13 Crim. C.), Spanish (art. 11 Crim. C.), Portuguese (art. 10 Crim. C.), Italian [art. 40 para. (2)] etc.

b) The provisions regarding minority (art. 113-134) constitute one of the central points of the reform instituted by the 2014 Criminal Code. The main modification introduced in this matter refers to the complete renunciation of penalties applicable to minors who are criminally liable, in favor of *educational measures* whose framework has been completely modified, these being divided into non-custodial or custodial measures. *Non-custodial* educational measures are civic training internship (art. 117); supervision (art. 118); weekend confinement (art. 119); daily assistance (art. 120). *Custodial* educational measures are placement in an educational center (art. 124) and placement in a detention center (art. 125).

In configuring the scope and content of some educational measures, the code commission was inspired by art. 15-1 point 6 of the French Ordinance of February 2, 1945 (regarding the civic training internship) and by art. 7 let. g), h) of Spanish Law No. 5/2000 (regarding weekend confinement and therapeutic internment in a closed or semi-closed regime).

c) In the case of criminal liability of legal persons, *the limitation period for criminal liability* begins to run from the date of commission of the action or inaction and is calculated in relation to the penalty corresponding to the definitive result produced, pursuant to Art. 154 para. (3) of the Romanian Criminal Code. The solution chosen regarding the progressive offence, provided

⁹ M. Of. No. 281 of November 24, 1995.

for in Art. 154 para. (3), was inspired by Art. 119 of the Portuguese Criminal Code, while the provision of para. (4) of Art. 154 represents an adapted adoption of the norms provided for in Art. 71 para. (3) of the Dutch Criminal Code and in Art. 132 of the Spanish Criminal Code.

At the same time, it was provided that in the case of offences against sexual liberty and integrity, committed against a minor, *the limitation period for criminal liability* begins to run from the date on which the minor reached the age of majority, in order to create the possibility of prosecuting these offences even if they were discovered at a longer interval from their commission [in the same sense, Art. 71 para. (3) of the Dutch Criminal Code, Art. 132 of the Spanish Criminal Code].

d) By introducing into the content of the notion of «family member», provided for in Art. 177 of the Romanian Criminal Code, those persons who have established relationships similar to those between spouses or between parents and children, where they cohabit, the notion of «family member» was harmonized with regulations existing in other European criminal codes [see Art. 173 para. (2) of the Spanish Criminal Code, Art. 152 para. (2) of the Portuguese Criminal Code, or the special legislation of England, Austria, and Sweden].

e) In the new regulation, following the model of the majority of European legislations (§ 211 of the German Criminal Code, § 75 of the Austrian Criminal Code, Art. 139 of the Spanish Criminal Code, Art. 132 of the Portuguese Criminal Code, Art. 112 of the Swiss Criminal Code), a single aggravated variant of the offence of murder was provided for – qualified murder (Art. 189 of the Romanian Criminal Code).

f) The Romanian legislator incriminated as a standalone offence killing at the victim's request (Art. 190 of the Romanian Criminal Code), as a *mitigated variant* of murder, thus re-inscribing the regulation in the line of tradition existing in our law (Art. 468 of the 1937 Romanian Criminal Code), but also in accordance with certain European codes [§ 216 of the German Criminal Code, § 77 of the Austrian Criminal Code, Art. 143 para. (4) of the Spanish Criminal Code, Art. 134 of the Portuguese Criminal Code, Art. 114 of the Swiss Criminal Code, § 235 of the Norwegian Criminal Code].

g) The affray (Art. 198) was systematized within the group of offences against bodily integrity or health, because it primarily endangers the physical integrity or health of the person and only subsidiarily the relations of social coexistence, and on the other hand, the affray is regulated by numerous legislations in the category of offences that impair or endanger bodily integrity (§ 231 of the German Criminal Code, § 91 of the Austrian Criminal Code,

Art. 154 of the Spanish Criminal Code, Art. 151 of the Portuguese Criminal Code, Art. 133 of the Swiss Criminal Code).

h) The framework of incriminations in the group of aggressions against the fetus was supplemented with injury to the fetus (Art. 202 of the Romanian Criminal Code). Through this provision, injury to the fetus during birth was incriminated, which: prevented the establishment of extrauterine life (imprisonment from 3 to 7 years); or subsequently caused the child bodily harm (imprisonment from one to 5 years); or the death of the child (imprisonment from 2 to 7 years) – para. (1) and (2). Injury to the fetus committed during birth by the mother in a state of mental disturbance is punished with the penalty provided for in para. (1) and para. (2), the limits of which are reduced by half – para. (4).

This incrimination (inspired by the provisions of Art. 157–158 of the Spanish Criminal Code) serves to ensure the protection of life in the making, during a period that remained uncovered in the previous criminal law, namely the interval between the moment of the onset of the birth process, from which point one can no longer speak of an offence of interruption of pregnancy, and the moment of completion of this process, the threshold from which we have a person who can be a passive subject of the offences in the preceding chapters. Practice has demonstrated that within this interval numerous offences against the fetus can be committed, from cases of medical negligence in assisting the birth, resulting in the death or injury of the fetus, to intentional acts.

i) Exploitation of begging (Art. 214 of the Romanian Criminal Code) consists of the act of a person who determines a minor or a person with physical or mental disabilities to repeatedly appeal to the mercy of the public to request material aid, or benefits from material advantages resulting from this activity, and is punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or by fine. The act is more serious (imprisonment from one to 5 years) when committed by a parent, guardian, curator, or by the person who has in their care the person who begs, or through coercion.

In comparative law, the exploitation of minors or other vulnerable persons for the purpose of begging is incriminated in Art. 671 of the Italian Criminal Code, Art. 296 of the Portuguese Criminal Code, Art. 232 of the Spanish Criminal Code, and § 236 of the German Criminal Code.

j) Rape (Art. 218 of the Romanian Criminal Code) is configured starting from the idea of an act of penetration, so that the content of this offence includes sexual intercourse – in the meaning traditionally known in Romanian criminal law, that of the conjunction of the male sexual organ with the female one – oral sexual acts and anal sexual acts, regardless of whether in these latter

cases a heterosexual or homosexual act is performed or whether the direct active subject is a man or a woman. Thus defined, rape covers all acts of penetration, regardless of whether they were committed by the aggressor upon the victim or whether the victim was forced to perform such an act.

The incrimination in Art. 218 of the Romanian Criminal Code was conceived taking into account the regulations of the Spanish Criminal Code (Art. 179), Portuguese (Art. 164), German (§ 177), Austrian (§ 201), French (Art. 222-23), as well as the aspects highlighted by the doctrine and case law of these states in the application of the cited provisions.

k) Violation of professional premises (Art. 225), a provision without a counterpart in the previous criminal law, was incriminated as a distinct act, because according to the case law of the European Court of Human Rights, the premises of a legal person or the professional premises of a natural person also benefit from the protection conferred by Art. 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

This criminal act is found in the majority of European legislations (Art. 191 of the Portuguese Criminal Code, Art. 203 of the Spanish Criminal Code, § 123 of the German Criminal Code, § 109 of the Austrian Criminal Code, § 6 Chapter 4 of the Swedish Criminal Code, § 355 of the Norwegian Criminal Code).

l) In the content of theft for the purpose of use (Art. 230 of the Romanian Criminal Code), the legislator added a new hypothesis – a *species variant* and *assimilated* – consisting of the use, without right, of another person's communication terminal or the use of a communication terminal unlawfully connected to a network, if damage has been caused.

The drafting of the text was inspired by the provisions of Art. 255–256 of the Spanish Criminal Code.

m) Through Art. 239 of the Romanian Criminal Code, a new incrimination (*incriminatio ex novo*) was introduced, abuse of trust through defrauding creditors, a species variant of abuse of trust, which can be committed in two variants: either by the act of the debtor of alienating, concealing, deteriorating, or destroying, in whole or in part, values or assets from their patrimony, or of invoking fictitious acts or debts for the purpose of defrauding creditors [the basic or simple variant – para. (1)]; or by the acquisition of goods or services, the debtor knowing at the time of concluding the transaction that they will not be able to pay, thereby causing damage to the creditor [assimilated and species variant – para. (2)].

Similar incriminations are also provided for in Art. 150 and 164 of the Swiss Criminal Code, Art. 313-5 and 314-7 of the French Criminal Code,

Art. 227 of the Portuguese Criminal Code, Art. 257–258 of the Spanish Criminal Code, as well as in § 282 of the Norwegian Criminal Code.

n) Harboring an offender (Art. 269 of the Romanian Criminal Code) underwent certain modifications both terminologically and in terms of content. First, the use of the notions of «offence» and «offender» was abandoned in favor of those of «act provided for by criminal law» and «perpetrator», since the activity of administering justice is hindered also by supporting a person who has committed an act prohibited by criminal law but which might not, in concrete terms, engage criminal liability due to causes that make it impossible to fulfil the essential characteristics of the offence (for example, minority or mistake of fact). This is because the verification of the conditions of existence or non-existence of a person's criminal responsibility is carried out within criminal proceedings and not based on the assessment made by the harbor. In this sense, see also Art. 378 para. (4) of the Italian Criminal Code and Art. 453 of the Spanish Criminal Code.

o) Influencing statements (Art. 272 of the Romanian Criminal Code) represents a new incrimination that starts from the old regulation of the offence of attempting to determine perjury, which it develops by drawing upon certain similar regulations found in European criminal codes. The regulation targets both the attempt to determine and the actual determination of a person, regardless of their capacity, not only to give false statements but also to fail to notify the criminal investigation bodies, to fail to give statements, to withdraw their statements, or to fail to present evidence, in a criminal, civil, or any other judicial proceeding. The aim pursued through this incrimination is to strengthen the guarantee of free access to justice by protecting the freedom of any person to address the courts and to give statements or present evidence they consider necessary in relation to their interests, independently of any form of pressure exerted by any third party, either upon them or upon family members.

The importance and necessity of incriminating such acts are fully justified by the current phenomenon of crime and the pressures upon those who can contribute to the administration of justice, comparative law underscoring that European legislations have introduced, some quite recently, similar regulations in their criminal codes. Here we have in mind § 160 of the German Criminal Code, Art. 464 of the Spanish Criminal Code.

p) Abusive use of one's position for sexual purposes, provided for in Art. 299 of the Romanian Criminal Code, is a new incrimination, created starting from the offence of sexual harassment in the previous regulation, encompassing both the so-called vertical harassment, through abuse of authority, and new incrimination hypotheses. The incrimination is justified by the fact that

such acts are of a nature to affect the correct performance by the official of their service duties. This act differs from sexual harassment in the category of offences against sexual freedom through its special legal object and material element, although in both acts the direct active subject may also be a public official. In drafting the text, the provisions of Art. 443 of the Spanish Criminal Code were also taken into account¹⁰.

II. THE CONTRIBUTION OF PROFESSOR JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI TO THE DEVELOPMENT OF CRIMINAL SCIENCES IN ROMANIA

1. **Scientific events organised by the International Association of Penal Law through the Romanian National Group under the scientific coordination of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi**

During his second term as president of the International Association of Penal Law, and also subsequently, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi agreed that, under his scientific coordination and with the approval of the leadership of this high scientific forum, 2 regional conferences (2011, 2013) and one world conference (2016) should be organised in Bucharest, Romania, thereby creating the prerequisites for a harmonious development of relations between the members of the governing bodies of the International Association of Penal Law and the leadership of the Romanian National Group affiliated to it since its founding in 1924 through the late Romanian criminal law scholar Vespasian Pella, as follows:

a) Between 15-16 April 2011, at the premises of Nicolae Titulescu University in Bucharest, the Romanian Association of Criminal Sciences, through the Romanian National Group, organised the first regional conference in Romania of the International Association of Penal Law, on the theme *Uniformisation of Judicial Practice and Harmonisation with ECHR Case Law, an Imperative for the Administration of Justice*. This scientific event represented a premiere for the world of criminal sciences in post-war Romania, the last activity organised in Romania under the auspices of the International Association

¹⁰ For details regarding the commentary on each institution of Romanian criminal law referred to in this paper dedicated to His Excellency Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, see Constantin Duvac, *The New Criminal Code and The Previous Criminal Code of Romania. A Comparative Study, Comments and Explanations*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2023, 707 pp.

of Penal Law, the most prestigious professional organisation in the field of criminal law in the world, having been the 2nd Congress of the International Association of Penal Law, held during 6–12 October 1929¹¹.

On that occasion, in my capacity as Secretary of the Romanian Association of Criminal Sciences and as an active participant in this regional conference, I had the pleasure of meeting His Excellency José Luis de la Cuesta Arzamendi, with whom we were subsequently to be bound by a profound and honourable friendship which, to our happiness, endures to this day.

Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi opened the proceedings of the regional conference and presented the theme «*The Criminal Justice System in an Increasingly Globalized World*»¹².

b) During 9-10 May 2013, the Romanian Association of Criminal Sciences again had the opportunity to organise at the Palace of the Parliament in Bucharest an international regional conference of the International Association of Penal Law entitled «*Criminal Repression in the Context of the Economic Crisis and the Maximization of Crime at European and Global Level*», a scientific event coordinated by Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, who delivered a presentation that was extremely appreciated by the other participants at the Conference¹³.

At this scientific event, I had the occasion to meet the great Professor John Vervaele, Vice-President of the International Association of Penal Law at that time, a prominent personality of criminal sciences, whose support and friendship we continue to enjoy to this day.

c) During 18-20 May 2016, the AIDP organised in the Aula Magna of the University of Bucharest, through the Romanian National Group affiliated to it and part of the RASC, for the first time, the second world conference entitled *The Protection of the Environment through Criminal Law*, an event attended by numerous foreign criminal law scholars and which was to enjoy wide coverage in Romania¹⁴.

The proceedings of the Conference were to be opened by the President in office of the International Association of Penal Law at that time, Professor John Vervaele.

¹¹ <https://www.juridice.ro/146130/prima-conferinta-a-asociatiei-internationale-de-drept-penal-s-a-desfasurat-la-bucuresti.html>

¹² <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2011/05/Regional-Conference-AIDP-Bucharest-2011.pdf>

¹³ <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/03/Program-Conferinta-ARSP-AIDP.pdf>

¹⁴ www.penal.org/wp-content/uploads/2025/09/Conferinta-AIDP%202016%20Bucarest.pdf

As a sign of respect for his laborious activity within the International Association of Penal Law, the proceedings of the Conference were to be closed by Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, who had in the meantime become its Honorary President and who presented the paper *Protection of the Environment through Criminal Law. Final Recommendations*, published, alongside the other papers, in the International Review of Penal Law, vol. 87, issue 1, 2016, an issue published under his scientific coordination.

2. National scientific conferences organised by the Romanian Association of Criminal Sciences under the scientific coordination and with the participation of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi

a) On 16 November 2018, the Romanian Association of Criminal Sciences organised in the beautiful Dimitrie Cantemir Hall of the Palace of the Parliament of Romania its annual national conference with international participation on the theme *A Multidisciplinary Approach to the Prevention and Combating of Cybercrime*.

At the proceedings of our conference, alongside the then President of the International Association of Penal Law, Professor John Vervaele (whose theme was *Remote Computer Searches and Cross-border Investigations*), Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi also participated, the theme of his paper being *The Information Society and Criminal Law*.

b) On 17 May 2019, the Romanian Association of Criminal Sciences organised at the premises of the Romanian-American University in Bucharest the national conference with international participation «Current Problems of Criminal Law at National and International Level», which again enjoyed the active presence of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, whose paper received wide attention among those present.

Some of the writings of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, alongside those of other great foreign criminal law scholars (Roberto E. Kostoris¹⁵,

¹⁵ *Un modello di diritto comparato: Il Codice di procedura penale italiano (1988)*, in Criminal Law Review No. 4/2010, pp. 148-153.

Adan Nieto Martin ¹⁶, Santiago Mir Puig ¹⁷, John Vervaele ¹⁸, Luis Arroyo Zapatero ¹⁹ and others), have been hosted in the pages of the Criminal Law Review, the oldest specialised publication in Romania after 1989, which has been published quarterly through the care of the Romanian Association of Criminal Sciences since 1994. Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi has been a member of the Scientific Council of the Criminal Law Review since 2010.

Thus, in Criminal Law Review No. 3/2013, pp. 152–160, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi published the study *The New Romanian Criminal Code. General and Preliminary Considerations in Light of Key Criminal Policy Principles*.

Upon carefully examining this study, I was able to note, once again, the depth of the legal thinking of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi and the originality of his ideas, of which we bring to your attention, in essence, the following:

- the rationality of criminal regulations, which are the result of criminal policies, of their correct interpretations, an activity that should be followed by permanent monitoring and evaluation of the application of criminal norms;
- the distinction between criminal law principles and criminal policies, the former being merely one aspect of the latter, as well as their conceptualisation;
- the basic principles of criminal law policies: necessity, legality, culpability, and humanity, the latter being intended to play a relevant role;
- the application of the principle of humanity also with regard to the victims of crime, not only with regard to offenders;
- the consideration of the circumstances of crime victims as a criterion for the individualisation of the penalty applied to offenders, alongside those relating to the act and the perpetrator;

¹⁶ *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal*, in Criminal Law Review No. 1/2008, pp. 35-62; *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal (II)*, in Criminal Law Review No. 2/2008, pp. 24-45; *The Principles of the European System of Criminal Law*, in Criminal Law Review No. 4/2011, pp. 163-172; *The Principle of Mutual Recognition and Mutual Trust*, in Criminal Law Review No. 4/2012, pp. 160-169.

¹⁷ *The Limits of Normativism in Criminal Law*, in Criminal Law Review No. 4/2008, pp. 29-50.

¹⁸ *The European Public Prosecutor's Office and Its Challenges*, in Criminal Law Review No. 1-2/2022, pp. 7-23.

¹⁹ *Criminal Reforms in Spain* (article co-authored with Angeles Gutierrez Zarza), in Criminal Law Review No. 2/2006, pp. 133-138; *Spanish Criminal Law and Domestic Violence*, in Criminal Law Review No. 3/2008, pp. 195-213.

- the improvement of civil liability through the addition of compensatory rules for the victim, alongside the regulation of mediation and restorative justice.

Regarding the Romanian Criminal Code, adopted in 2009, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi:

- expressed his agreement in connection with several regulations relating to: the application of the more favourable criminal law; the consequences of the declaration of unconstitutionality of certain criminal norms; the principle of universality (the professor expressed certain reservations regarding the voluntary presence of the perpetrator on the territory of the Romanian state); the criminal liability of legal persons (this had recently been introduced in Spanish criminal law as well), regulated in our country since 2006; the formal definition of the offence; the introduction of the commission offence of result by omission; the offences of genocide and against humanity;

- expressed certain reservations regarding: the regulation of the criminal liability of juvenile offenders through the Criminal Code (in his opinion, the regulation should be nuanced in relation to all the particularities of juvenile delinquents and established through a special law); the special maximum of imprisonment in the case of genocide set at 25 years, the criminal treatment being milder than that provided for qualified murder (here the penalty of imprisonment is provided within the same limits as those set for genocide, but alternatively with the penalty of life imprisonment). We note that Romanian criminal law provides for genocide committed in wartime the sole penalty of life imprisonment.

Furthermore, the professor criticised the manner in which the penalty of life imprisonment was regulated in Spanish criminal law. In his opinion, in accordance with the case law of the European Court of Human Rights on the matter, life imprisonment without the possibility of subsequent suspension thereof is incompatible with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in contradiction with the idea of resocialisation of the convicted person.

On this occasion, the author further underscored, rightfully so, the role of directives in harmonising criminal repression in the Member States of the European Union and the importance of enriching national legislation with solutions inspired by comparative criminal law, as was correctly done on the occa-

sion of drafting the Criminal Code project in Romania, which subsequently became the general Romanian criminal law.

Finally, he reiterated the need for the legal treatment accorded to victims to be much more extensively regulated, the compensation system granted to them needing to be supplemented with regulations on their assistance and protection, the interests of the passive subjects of offences needing to occupy an important place in any criminal and criminal-procedural architecture, without thereby prejudicing the procedural rights of the accused.

3. **Recognition of the contribution of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi to the development of Romanian criminal sciences**

a) THE CONFERRAL OF THE TITLE OF *DOCTOR HONORIS CAUSA* OF «ALEXANDRU IOAN CUZA» UNIVERSITY OF IAȘI;

During 28-29 October 2011, the Romanian Association of Criminal Sciences organised in partnership with the Faculty of Law of «Alexandru Ioan Cuza» University of Iași the national conference with international participation «The New Criminal Legislation – A New Stage in the Consolidation of the Romanian Rule of Law», a large-scale event that opened with the ceremony of conferral of the title of *Doctor Honoris Causa* upon His Excellency Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, President at that time of the International Association of Penal Law, for his efforts and contributions to the development of criminal sciences, as well as for the important role he played in developing good relations with the scientists of our country²⁰. The *Laudatio* for Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi was delivered by our late professor and researcher George Antoniu (who passed away in 2014), President of the Romanian Association of Criminal Sciences at that time and the greatest Romanian criminal law scholar after his former master Vintilă Dongoroz (deceased in 1976), our foremost criminal law scholar who coordinated the drafting committee of the previous Romanian Criminal Code (which entered into force on 1 January 1969).

After expressing his gratitude and evoking the personality of the former Iași professor of criminal law Vespasian Pella, President of the International

²⁰ For details, see Constantin Duvac, *The National Conference «The New Criminal Legislation – A New Stage in the Consolidation of the Romanian Rule of Law» (Iași, 28-29.10.2011)*, in *Criminal Law Review* No. 4/2011, pp. 173-178.

Association of Penal Law during the period 1946–1952, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi presented the study *Globalisation of Criminal Justice*. In the opening of the scientific session, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi delivered the paper *The Topicality of the Principle of Humanity in Criminal Law*.

b) PLAQUE OF HONOUR FROM THE ROMANIAN ASSOCIATION OF CRIMINAL SCIENCES.

On 19 April 2024, the Romanian Association of Criminal Sciences organised in the Aula Magna of the Bucharest University of Economic Studies the national conference with international participation «*Vespasian Pella. Current Problems of Criminal Law at National and International Level*», 3rd edition.

In the opening of the Conference, on the occasion of the 30th anniversary of its existence, the leadership of the Romanian Association of Criminal Sciences and of the Criminal Law Review decided to award, alongside other great criminal law scholars, Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi for his contribution to the development of criminal sciences in Romania, conferring upon him the plaque of honour of our Association.

III. THE CONTRIBUTION OF PROFESSOR JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI TO THE PROMOTION OF ROMANIAN CRIMINAL LAW SCHOLARS WITHIN THE GOVERNING STRUCTURES OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW

First, I wish to emphasize that, starting with the 16th Congress of the International Association of Penal Law in Budapest, Hungary, in 1999, with the exception of the Congress in Rio de Janeiro, Brazil, in 2014, I have participated in all Congresses of the International Association of Penal Law, as well as in at least one preparatory colloquium for each congress held to date, so that I can affirm that I am close to and knowledgeable about the activity of this prestigious worldwide professional organisation²¹.

²¹ For a detailed presentation of the activity of the International Association of Penal Law in Romanian criminal law, see Constantin Duvac, *Romanian Criminal Law*, vol. I, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2021, pp. 83-85.

As such, I can state with full knowledge and without fear of error that Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, alongside, of course, the other members of the leadership of the International Association of Penal Law who succeeded him, contributed significantly also to the promotion of Romanian criminal law scholars within the governing structures of the International Association of Penal Law, beginning with the Istanbul Congress, Turkey, in 2009, the Romanian National Group currently having an unprecedented representation within this organisational structure, namely a Deputy Secretary General – Professor Constantin Duvac and two members of the Executive Board – Professor Tudorel Toader from Iași and Professor Nicolae Grofu from Bucharest, our principal collaborator and one of the greatest Romanian criminalists.

This was possible, however, also against the background of an intensification of the activity of the Romanian National Group, which, under the coordination of the International Association of Penal Law, organised during 13-17 June 2023, in the beautiful Mihai Viteazul Hall of the Palace of the Parliament in Bucharest, the *International Colloquium* of Section II «Old and New Criminal Offences: AI Systems as Instruments and Victims» for the 21st International Congress of Penal Law «Artificial Intelligence and Criminal Justice».

IV. CONCLUSIONS

In the foregoing, we have attempted, on the one hand, to show the manner in which the solutions of Spanish criminal law served as sources of inspiration for the codification committee and implicitly for the Romanian legislator of 2009, and on the other hand, to present the repeated and significant contributions of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi to the development of Romanian criminal sciences, to the organisation in our country of several scientific events of the International Association of Penal Law, and to the promotion of prestigious Romanian criminal law scholars within its governing bodies.

In this context, we have also presented our modest gratitude for the efforts of the great Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, who has honoured us with his friendship for over 15 years.

I express my hope that for many years to come I shall continue to benefit from the teachings and experience of Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, whose presence I hope we may enjoy at our annual scientific events, inviting him from now to the proceedings of the 22nd International Congress of the International Association of Penal Law, which will take place in Bucharest at the end of June 2029!

26. SANCIONES Y MEDIDAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL ARTÍCULO 45 DEL CONVENIO DE ESTAMBUL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL GREVIO¹

PATRICIA FARALDO CABANA
Catedrática de Derecho Penal
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul), establece la obligación positiva de las Partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para que los delitos tipificados de conformidad con los artículos 33 a 41² «sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasi-

¹ Este trabajo se escribe en homenaje a José Luis de la Cuesta Arzamendi, maestro de varias generaciones de penalistas y criminólogos en Euskadi y fuera de ella, en el marco de los proyectos «Tejiendo igualdad en la red» (ref. 39-06-ID25), dirigido por Silvia Rodríguez López y Ana María Neira Pena, financiado por el Instituto de las Mujeres, y «Crisis política y sistema penal multiescalar – MultipLex» (PID2024-157636NB-I00), dirigido por Patricia Faraldo Cabana y Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, financiado por la Agencia Estatal de Investigación. La bibliografía se ha reducido al mínimo por cuestiones de espacio.

² Los artículos 33 a 41 del Convenio de Estambul exigen a los Estados Partes que tipifiquen como delito la violencia psicológica (artículo 33), el acoso (artículo 34), la violencia física (artículo 35), la violencia sexual (artículo 36), el matrimonio forzado (artículo 37), la mutilación genital femenina (artículo 38), el aborto esterilización forzosos (artículo 39) y el acoso sexual (artículo 40), así como la asistencia o complicidad y la tentativa de comisión de cualquiera de estos delitos (artículo 41). Véanse los comentarios correspondientes a estos artículos en DE VIDO, S./FRULLI, M. (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, UK/ Northampton, USA: Edgar Elgar, 2023.

vas», según su gravedad, siguiendo disposiciones similares en otros instrumentos internacionales relativos a la violencia de género contra las mujeres³. Las Partes también pueden adoptar «otras medidas en relación con los autores de los delitos», de las que el artículo 45 ofrece dos ejemplos: el seguimiento o la vigilancia de la persona condenada y la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma.

El Convenio introduce el principio de criminalización en la mayoría de los delitos⁴. Sin embargo, también se hace eco de las críticas feministas relativas a que las medidas penales son ineficaces a la hora de cubrir las necesidades de las víctimas de violencia de género y pueden ocasionar más daño⁵. En consecuencia, también explora otros enfoques alternativos que se

³ La Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993, relativa a la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, exige a los Estados Partes que establezcan, «en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos» (artículo 4[d]). La Recomendación General núm. 19 sobre la Violencia contra la Mujer del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992) UN Doc A/47/38 recomienda a los Estados Parte que adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para prestar protección eficaz a las mujeres contra la violencia dirigida a ellas, «incluidas entre otras: medidas jurídicas eficaces, incluidas sanciones penales, recursos civiles y disposiciones de indemnización para proteger a la mujer contra todo tipo de violencia...» (párrafo 24[t]). La Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general núm. 19 (2017) UN Doc CEDAW/C/GC/35, recomienda a los Estados Parte de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que introduzcan sin demora o refuercen «sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito» (párrafo 29[a]), «adecuadas» (párrafo 32[a]), al tiempo que profundiza en su deber de proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas, incluida la indemnización monetaria, la prestación de servicios de diversa índole para la recuperación y garantías de no repetición, indicando que estas reparaciones deben ser proporcionales a la gravedad del daño sufrido (párrafo 33[a]). El Convenio del Consejo de Europa (CdE) contra la trata de seres humanos, CETS núm. 197, 16 de mayo de 2005, exige a los Estados Parte que adopten las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar que las infracciones penales sean punibles mediante sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (artículo 23[1]). La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, obliga a los Estados miembros a garantizar que los delitos «puedan ser castigados con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias» (artículo 10[1]).

⁴ Informe Explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011 (en adelante, Informe Explicativo), párrafos 181, 186, 187, 207.

⁵ Vid. entre otras, BERNSTEIN, E., «Carceral politics as gender justice? The traffic in women and neoliberal circuits of crime, sex, and right», *Theory and Society*, vol. 41, 2012, pp. 233-259; BUMILLER, K., *In an abusive state: how Neoliberalism appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*, Durham: Duke University Press, 2008; DESLANDES, A./ LONGBOTTOM, M./ MCKINNON, C./ PORTER, A., «White Feminism and Carceral industries: strange bedfellows or partners in crime and criminology?», *Decolonization of Criminology and Justice*, vol. 4, 2022, pp. 5-34; GRUBER, A., *The Feminist War on Crime: the unexpected role of women's liberation in Mass Incarceration*, Oakland: University of California Press, 2021.

centran en la prevención y el apoyo a las víctimas. Además, el artículo 45 no predetermina la naturaleza de las sanciones. Pueden ser penales o no penales (civiles, administrativas, laborales). En virtud del artículo 78.3 del Convenio, cualquier Estado o la Unión Europea pueden declarar que se reservan el derecho a prever sanciones no penales en lugar de sanciones penales en relación con la violencia psicológica (artículo 33) y el acoso (artículo 34). Además, por lo que respecta al acoso sexual (artículo 40), se especifica que las Partes podrán optar por castigarlo con «sanciones penales u otro tipo de sanciones legales». Por lo tanto, el Convenio considera preferible tipificar estas tres conductas –violencia psicológica, acecho y acoso sexual– como delitos, pero admite que el ordenamiento jurídico de una Parte solo prevea sanciones no penales⁶.

A continuación, analizaré los problemas interpretativos que ha suscitado este artículo 45, así como la valoración que de su implementación está haciendo el GREVIO. El objetivo es permitir que se conozcan mejor en España las obligaciones en materia de sanciones que derivan del Convenio de Estambul y de su entendimiento por el GREVIO.

II. SANCIONES EFECTIVAS, PROPORCIONALES Y DISUASIVAS, ADECUADAS A LA GRAVEDAD DEL HECHO

Las sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas, independientemente de su naturaleza penal o no penal. Además, el artículo 45 también obliga a las Partes a adecuar las sanciones, sean o no penales, a la gravedad de las infracciones. El Informe Explicativo no proporciona orientación alguna a la hora de interpretar estas cláusulas. Sin embargo, es posible discernir algunas pautas en los informes del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO), organismo del Consejo de Europa encargado de supervisar la implementación del Convenio de Estambul. El GREVIO reconoce la importancia de los aspectos simbólicos y socio-políticos de la sanción penal a la hora de combatir la violencia de género, abrazando un enfoque basado en la tolerancia cero, desde la perspectiva de que tiene un fuerte efecto disuasivo al garantizar que todos los incidentes se tomen en serio y se adopten las sanciones y medidas adecuadas. En reiteradas

⁶ Informe Explicativo, párrafos 181, 186, 207. En cuanto al acoso sexual, el Informe Explicativo reconoce explícitamente que muchos ordenamientos jurídicos nacionales prefieren considerarlo en el marco del Derecho civil o laboral.

ocasiones el GREVIO destaca que entre los objetivos del Convenio de Estambul está el asegurar el acceso de las mujeres a la justicia y la responsabilización del autor, reduciendo la sensación de impunidad que a menudo se observa en los autores de todas las formas de violencia contra las mujeres. Por ello, cualquiera que sea su naturaleza, las sanciones deben ser de suficiente gravedad como para servir como reconocimiento público del daño causado y confirmación de las normas violadas, produciendo en las víctimas confianza en el sistema penal. Siguiendo a buena parte de la doctrina actual, el GREVIO se centra, pues, en la disuasión como fin principal de las penas, y considera la privación de libertad como la sanción más apropiada. Esta preferencia por la prisión puede tener implicaciones para la protección de las víctimas, visto que existe amplia evidencia de que la violencia contra la pareja aumenta cuando se aplica la pena de prisión⁷. Además, también tiene consecuencias importantes en lo que respecta a la aceptabilidad de las penas y medidas no privativas de libertad, como la multa.

1. La multa

Por lo general, un obstáculo importante para el uso de las multas en la lucha contra la violencia contra las mujeres es que no se consideran un castigo suficiente para delitos graves como los delitos sexuales, mientras que para delitos leves o menos graves pueden dar la impresión de que todo se puede arreglar con dinero y que el dinero se puede utilizar para eludir el peso del poder represivo del Estado, o al menos para llegar a un acuerdo que permita evitar el ingreso en prisión⁸. El Convenio no parece compartir esta opinión tan negativa, pero tiene en cuenta el contexto familiar en que se produce buena parte de la violencia contra las mujeres. En los casos en que la víctima depende económicamente del autor, ordenar a este que pague una multa tendría un impacto en la víctima, lo que acabaría provocándole dificultades económicas y la revictimizaría⁹. Para evitarlo, el artículo 48.2 del Convenio dispone que las Partes deben garantizar que, si se condena al pago de una multa, «se tenga debidamente en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las

⁷ GARNER, J. H./ MAXWELL, C. D./ LEE, J., «The Specific Deterrent Effects of Criminal Sanctions for Intimate Partner Violence: A Meta-Analysis», *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 111, 2020, p. 267.

⁸ Cfr. FARALDO CABANA, P., «Who dares fine a murderer? The changing meaning of money and fines in Western European Criminal Systems», *Social & Legal Studies*, vol. 25, 2016, pp. 489-517.

⁹ Informe Explicativo, párrafo 253.

obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima»¹⁰. Tener «debidamente en cuenta» los vínculos económicos entre la víctima y el autor del delito no debería «menoscar la independencia del poder judicial ni un enfoque individual de las sanciones»¹¹. Las autoridades están obligadas a tener en cuenta la dependencia económica, pero esto no significa que no puedan imponer una multa: solo tienen que adecuar su cuantía. Pocos informes periódicos o intermedios del GREVIO mencionan este apartado, lo que es señal de un escaso interés por su parte¹², probablemente debido a que contempla la pena de multa con cierto grado de sospecha. De hecho, en distintos informes señala que una multa, sin medidas adicionales de control y supervisión del autor del delito, «no es una forma de castigo suficiente para cambiar el comportamiento del autor y, por lo tanto, no es lo suficientemente disuasoria»¹³. No se tiene en cuenta que una multa calculada con precisión en función de la situación económica del delincuente y sus obligaciones para con la víctima puede disciplinar a los delincuentes reduciendo su capacidad de consumo, pero no su capacidad de trabajar, y reducir el uso del encarcelamiento, como señala un sector doctrinal¹⁴. El GREVIO también afirma que una multa de entre 3.000 y 6.000 euros impuesta por acoso sexual en el trabajo «es baja y... por lo tanto no siempre es suficientemente disuasoria para que los empresarios tomen medidas decididas contra el acoso sexual», y que una multa de hasta 100 euros por incumplir una orden de protección «es muy baja»¹⁵.

2. Privación de libertad

El Convenio otorga a los Estados Partes un margen de discrecionalidad relativamente amplio a la hora de decidir castigar los delitos que recoge con pena privativa de libertad, que se impondrá «en su caso». Ahora bien, si deciden imponer prisión, existe la obligación de prever una sanción privativa de libertad que pueda dar lugar a la extradición. De conformidad con el artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, darán lugar a la extradición aquellos hechos que se casti-

¹⁰ Vid. PICHARD, M., «Article 48», en De Vito, S./Frulli, M. (eds.), *Preventing*, cit., *passim*.

¹¹ Informe Explicativo, párrafo 253.

¹² Pero vid. el Primer Informe de Evaluación sobre Noruega, 2022, GREVIO/Inf(2022)30, párrafo 207.

¹³ Por ej., vid. el Primer Informe de Evaluación sobre Rumanía, 2022, GREVIO/Inf(2022)6, párrafo 316.

¹⁴ Vid. O'MALLEY, P., «The Currency of Freedom?», *Social and Legal Studies*, vol. 20, 2011, pp. 546-556.

¹⁵ Primer Informe de Evaluación sobre Bélgica, 2020, GREVIO/Inf(2020)14, párrafo 199.

guen «bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año, por lo menos, bien con pena más severa». En la UE, las autoridades judiciales nacionales utilizan la orden de detención europea (ODE), un instrumento de cooperación judicial a escala europea que permite a las autoridades judiciales solicitar y aprobar traslados transfronterizos de personas buscadas. Una ODE solo puede dictarse por delitos castigados con una pena mínima de un año o más de prisión¹⁶. Por lo tanto, esto significa que, siempre que los delitos se castiguen con privación de libertad, la duración debe ser por un periodo máximo de al menos un año o una pena más severa.

Más allá de este nivel mínimo, los Estados Partes puede implementar penas y medidas más graves. La cuestión es cómo determinar el límite superior. La respuesta la ofrece el principio de proporcionalidad, siendo una observación ampliamente compartida que las penas y medidas excesivamente severas pueden ser contraproductivas, produciendo más reincidencia, en lugar de reducirla¹⁷. En cuanto a la privación de libertad, una pena de prisión de entre dos y cinco años por violación se define como «baja»¹⁸, una multa o pena privativa de libertad de hasta un año por actos sexuales realizados sin consentimiento se considera que no puede tener un efecto disuasivo¹⁹ y una multa o pena de prisión de hasta tres meses por matrimonio forzoso se considera «débil o poco severa»²⁰. Por el contrario, el GREVIO considera proporcional y disuasiva la cadena perpetua impuesta por violación/violencia sexual²¹. Ahora bien, esta apreciación se ha producido en el informe sobre Irlanda, donde la cadena perpetua no es obligatoria, sino que se impone teniendo en cuenta el concurso de delitos, la excepcional naturaleza del delito o delitos, el peligro de reiteración delictiva y circunstancias agravantes relacionadas con la víctima, como el abuso de confianza, su edad o vulnerabilidad y la prolongación de las secuelas causadas, con una duración media de 19 años hasta la puesta en libertad²². Es probable que la valoración sea distinta en otros países con regulaciones más duras.

¹⁶ Artículo 2.1 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

¹⁷ Cfr. LACEY, N./ PICKARD, H., «To blame or to forgive? Reconciling punishment and forgiveness in criminal justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2015, pp. 665–696.

¹⁸ Primer Informe de Evaluación sobre Grecia, párrafos 104, 215.

¹⁹ Primer Informe de Evaluación sobre Noruega, párrafo 186.

²⁰ Primer Informe de Evaluación sobre Albania, 2024, GREVIO(2024)6, párrafo 60.

²¹ Primer Informe de Evaluación sobre Irlanda, 2023, GREVIO(2023)22, párrafo 231.

²² GRIFFIN, D., «‘Dangerous’ and ‘devious’: Exploring judicial rationales when imposing discretionary sentences of life imprisonment», *Irish Judicial Studies Journal*, vol. 8, 2024, pp. 1-18.

III. OTRAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LOS AUTORES

El artículo 45.2 contempla otras medidas que pueden adoptarse en relación con los autores, y enumera dos ejemplos: el seguimiento o la vigilancia de la persona condenada y la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad. Las analizaré a continuación, incluyendo en un último apartado de esta sección otras medidas no mencionadas por el Convenio, pero que existen en los ordenamientos de algunos Estados Partes.

1. Seguimiento o vigilancia de la persona condenada

Ni el Convenio ni el Informe explicativo profundizan en este tema. Las Normas europeas del Consejo de Europa sobre sanciones y medidas comunitarias dejan claro que la supervisión es parte integrante de las sanciones y medidas comunitarias y debe tratar de desarrollar el sentido de responsabilidad del individuo hacia la comunidad, ser significativa para los sospechosos y los delincuentes y contribuir a su desarrollo personal y social²³. Los períodos de supervisión de los individuos pueden variar desde unos meses hasta toda la vida, lo que suele determinar el tribunal sentenciador. Una vez que la persona comienza la supervisión, se controla el cumplimiento de las condiciones impuestas y se identifican los recursos que pueden ayudarla a tener éxito. La supervisión solo puede reducir el riesgo de reincidencia cuando se controlan y abordan los factores relacionados con la reincidencia²⁴. Los modelos contemporáneos de supervisión de delincuentes se centran en la colaboración entre terapeutas y agentes de libertad condicional, quienes, idealmente, deberían tener formación especializada en la dinámica de la violencia de género y en problemas de salud mental²⁵.

En los últimos 40 años, ha aumentado el uso de programas de control electrónico para supervisar a los delincuentes en entornos comunitarios. La Recomendación del Consejo de Europa relativa a la vigilancia electrónica sos-

²³ CdE, Comité de Ministros, Recomendación CM/Rec(2017)3 sobre las Normas Europeas sobre sanciones y medidas comunitarias, 22 de marzo de 2017, párrafo 27.

²⁴ SMITH, A., HEYES, K., FOX, C., *et al.*, «The effectiveness of probation supervision towards reducing reoffending: A Rapid Evidence Assessment», *Probation Journal*, vol. 65, 2018, pp. 407-428.

²⁵ RAUTH, J./ BROMBERG, D. S., «Supervision of Sex Offenders and Sexually Violent Predators in Community Settings», en O'donohue, W.t./ Bromberg, D.S. (eds.), *Sexually Violent Predators: A Clinical Science Handbook*, Cham: Springer, 2019, p. 398. Sobre la necesidad de entrenamiento especializado, *vid.* también la Recomendación No. R (97) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el personal encargado de la aplicación de penas y medidas, 10 de septiembre de 1997.

tiene que esta puede ayudar a reducir el recurso a la privación de libertad, al tiempo que garantiza una supervisión eficaz de los sospechosos y delincuentes en la comunidad, contribuyendo así a la prevención de la delincuencia²⁶. La vigilancia electrónica se utiliza normalmente en lugar del encarcelamiento como sanción intermedia (por ejemplo, en la libertad condicional o en la suspensión de la ejecución) o para supervisar a los investigados durante la fase previa al juicio. La tecnología (RFID y GPS) permite controlar los movimientos y las actividades de los autores, detectando la proximidad entre el autor y la víctima y alertando a las autoridades competentes en tiempo real, con el fin de minimizar el riesgo de que vuelvan a abusar de sus víctimas. Permite una vigilancia en tiempo real las 24 horas del día, los 7 días de la semana. Suele combinarse con otras restricciones de libertad, como las órdenes de protección. Presenta múltiples ventajas, entre ellas el alivio del abuso y el control continuos. Su existencia apunta a que el sistema tiene un gran potencial para aumentar la seguridad de las víctimas. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que, en muchos países, la vigilancia electrónica carece de un enfoque victimológico²⁷, pudiendo producir un estado de ansiedad e hipervigilancia y dependencia de la tecnología. El GREVIO no abunda en esta dirección, sino que muestra cierta preocupación por el escaso uso de dispositivos de vigilancia electrónica, señalando que en muchos Estados Partes apenas se ha comenzado a utilizar²⁸, mientras que en otros se informa de que rara vez se utiliza en casos de violencia doméstica y de género. Además, señala que en muchos otros no hay datos que muestren cuántas solicitudes de vigilancia electrónica para controlar el cumplimiento de una orden de protección se han presentado, para qué tipo de violencia, cuántas se han aceptado o rechazado, si la medida ha logrado proteger a la víctima, etc.²⁹.

2. Pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad

La privación de la patria potestad solo debe imponerse si no es posible garantizar de otro modo el interés superior del niño, lo que puede incluir la

²⁶ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a la vigilancia electrónica, 19 de febrero de 2014.

²⁷ Cfr. IBARRA, P.R./ GUR, O.M./ EREZ, E., «Mismatches and criminal justice policy: The case of GPS for domestic violence», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 24, 2023, p. 900; PATERSON, C., «Justice-system monitoring technologies and victim welfare», en Erez, E./ Ibarra, P. R. (eds.), *Oxford Encyclopedia of International Criminology*, Oxford: OUP, 2022, p. 777.

²⁸ Primer Informe de Evaluación sobre Luxemburgo, 2023, GREVIO/Inf(2023)4, párrafo 124.

²⁹ Por ej., Primer Informe de Evaluación sobre Portugal, 2018, GREVIO/Inf(2018)16, párrafo 216.

seguridad de la víctima. La referencia al «interés superior del niño» se ajusta al artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, según el cual «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio significa no solo que las medidas adoptadas en relación con los derechos parentales nunca deben poner en peligro o causar daño al niño, sino también que el interés superior del niño debe ser el factor determinante en caso de conflicto de intereses³⁰.

Los Estados Partes pueden permitir que un progenitor mantenga contacto con el niño sin concederle derechos parentales. El artículo 4.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre las relaciones personales del menor, de 15 de mayo de 2003, establece que las relaciones personales entre el menor y sus padres solo podrán restringirse o excluirse «cuando así lo aconseje el interés superior del menor». Sin embargo, «el contacto del niño con el autor de la violencia doméstica se ha destacado en particular como un posible foco de nuevos abusos y violencia tanto para las mujeres como para los niños, en los que el riesgo de daños graves es mayor»³¹, tal y como confirman las cada vez más abundantes pruebas empíricas. El párrafo 2 del artículo 31 establece que las Partes deben garantizar que el ejercicio de cualquier derecho de visita o custodia no ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima o de los niños.

3. Otras medidas existentes en los Estados Partes

Además de los programas preventivos de intervención y tratamiento para delincuentes, la indemnización y los mandamientos u órdenes de protección, que se prevén en los artículos 16, 30 y 53 del Convenio, respectivamente, otras medidas para los autores previstas en la legislación de algunos Estados Partes incluyen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional, los trabajos en beneficio de la comunidad, las sanciones

³⁰ Al respecto, *vid.* EKKALAAR, J./TOBIN, J., «The Best Interests of the Child», en TOBIN, J. (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford: OUP, 2019, pp. 73-107.

³¹ MACDONALD, G.S., «Domestic violence and private family court proceedings: Promoting child welfare or promoting contact?», *Violence Against Women*, vol. 22, 2016, p. 832. En la misma línea, JAMES-HAMMAN, D./HOLT, S., «Post-Separation Contact and Domestic Violence: Our 7-Point Plan for Safe(r) Contact for Children», *Journal of Family Violence*, vol. 36, 2021, p. 992.

vergonzantes, la inscripción en registros públicos y no públicos de delincuentes, la notificación a la comunidad y la castración química o quirúrgica para los delincuentes sexuales.

El GREVIO no ve con buenos ojos la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad ni la libertad condicional. En reiteradas ocasiones enfatiza que los delitos relacionados con la violencia contra las mujeres deben castigarse de manera comprensible para generar confianza en el sistema y transmitir el mensaje de que esta forma de violencia no es aceptable, advirtiendo de que las altas tasas de condenas suspendidas y condicionales transmiten a las víctimas, los autores y la sociedad el mensaje de que la violencia contra las mujeres es menos grave que otros delitos, lo que puede conducir a una mayor tolerancia y a la sensación de impunidad que se observa con frecuencia entre los autores de todas las formas de violencia contra las mujeres³². Por ese motivo, «[l]a suspensión de las penas debe ser el resultado de un cuidadoso equilibrio entre la necesidad, por una parte, de promover la reinserción social de los delincuentes primerizos y, por otra, de contener el peligro de reincidencia, evitar dilaciones indebidas en el proceso penal y defender el principio de responsabilidad penal»³³.

Sin llegar a desaprobare explícitamente la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad, el GREVIO cita una sentencia del TEDH³⁴ para destacar que, si bien esta sanción se ha convertido en un componente integral y útil de la moderna política criminal, también existe un amplio consenso internacional sobre la necesidad de mantener una postura firme frente a los delitos sexuales y la violencia contra las mujeres. Por esta razón, recomienda a los tribunales nacionales prestar especial atención al decidir aplicar trabajos en lugar de la prisión para tales delitos³⁵. El GREVIO también reafirma la necesidad de garantizar sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias en cualquier debate sobre la sustitución de las penas de prisión de corta duración por trabajos. En particular, el GREVIO observa con preocupación que los autores que no completan los trabajos no siempre son sancionados, lo que significa que la finalización de los programas depende de la buena voluntad de los autores, y que sigue siendo necesaria una evaluación del impacto de los programas existentes³⁶.

³² Primer Informe de Evaluación Temática sobre Portugal, 2025, GREVIO(2025)5, para 153.

³³ Primer Informe de Evaluación sobre Noruega, párrafo 207.

³⁴ Vučković c. Croacia, Demanda No. 15798/20, § 56, 12 de diciembre de 2023, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-229399.T.

³⁵ Primer Informe de Evaluación sobre el Reino Unido, 2025, GREVIO(2025)4, párrafo 345.

³⁶ Primer informe de Evaluación sobre Portugal, párrafo 74.

Como es sabido, el Convenio prohíbe «los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas» en su ámbito de aplicación (artículo 48.1). Según la doctrina³⁷, la justicia restaurativa, siempre que no se imponga, puede mejorar la satisfacción de las víctimas, aumentar los costes sociales de la delincuencia, incrementar el control social de los autores, estimularlos a asumir la responsabilidad de su comportamiento y crear nuevas oportunidades para conseguir efectos preventivo especiales. Las sanciones basadas en la vergüenza reintegradora forman parte de este desarrollo³⁸, aunque las justificaciones clásicas para imponerlas son débiles y carecen de respaldo empírico, lo que se suma a otros contraargumentos de carácter más teórico³⁹.

La creación de registros públicos y no públicos de delinquentes sexuales sigue un enfoque preventivo e incapacitante diferente, pero una revisión de los estudios sobre su eficacia sugiere resultados no concluyentes. De hecho, algunos trabajos han indicado que podría reducir la probabilidad de reincidencia⁴⁰. Sin embargo, otros muchos han llegado a la conclusión contraria⁴¹ o no han identificado diferencias significativas en términos de reincidencia en delitos sexuales entre los agresores registrados y los que no lo están⁴². Dada la naturaleza controvertida de esta estrategia y su notable impacto desocializador, al afectar al acceso de los delinquentes al empleo y la vivienda, lo que produce aislamiento y acoso, por no mencionar las importantes implicaciones para la aplicación de la ley y el vigilantismo⁴³, parece recomendable actuar

³⁷ Vid. referencias en LAMANUZZI, M., «Restorative justice in cases of gender-based violence against women: perspectives on shame, symbolic interactionism and agency», *The International Journal of Restorative Justice*, vol. 7, 2024, pp. 229-231.

³⁸ Vid. KOSS, M. P., «Blame, shame, and community: Justice responses to violence against women», *American Psychologist*, vol. 55, 2000, pp. 1332-1343; MCALINDEN, A.-M., «The Use of 'Shame' with Sexual Offenders», *British Journal of Criminology*, vol. 45, 2005, pp. 373-94.

³⁹ Por todos, WHITMAN, J. Q., «What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?», *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, pp. 1055-1092.

⁴⁰ AGAN, A. Y./ PRESCOTT, J. J., «Sex offender law and the geography of victimization», *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 11, 2014, pp. 786-828; LETOURNEAU, E. J./ LEVENSON, J. S./ BANDYOPADHYAY, D., et al., «Effects of South Carolina's Sex Offender Registration and Notification Policy on Deterrence of Adult Sex Crimes», *Criminal Justice and Behavior*, vol. 37, 2010, pp. 537-552.

⁴¹ DRAKE, E. K./ AOS, S., *Does sex offender registration and notification reduce crime? A systematic review of the research literature*, Washington: Washington State Institute for Public Policy, 2009; TEWKSBURY, R./ JENNINGS, W. G./ ZGOBA, K. M., «A longitudinal examination of sex offender recidivism prior to and following the implementation of SORN», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 30, 2012, pp. 308-228.

⁴² LEVENSON, J./ LETOURNEAU, E./ ARMSTRONG, K., et al., «Failure to register as a sex offender: Is it associated with recidivism?», *Justice Quarterly*, vol. 27, 2010, pp. 305-331.

⁴³ NAPIER, S./ DOWLING, C./ MORGAN, A., et al., «What impact do public sex offender registries have on community safety?», *Trends & issues in crime and criminal justice*, vol. 550, 2018, pp. 1-19.

con cautela. Las mismas observaciones pueden aplicarse a la notificación a la comunidad⁴⁴.

En algunos Estados Partes existe tanto la castración obligatoria como la voluntaria de los delincuentes sexuales, esta última a veces ofrecida directamente como alternativa al encarcelamiento prolongado o indirectamente como parte del tratamiento y como forma de obtener una mejor evaluación del riesgo. A pesar de que aumenta el número de alternativas disponibles para los autores⁴⁵, los argumentos relativos a la (in)validez del consentimiento cuando la elección es entre la castración y un período largo de encarcelamiento suponen un obstáculo importante para la adopción de esta medida. Cuando se impone de forma obligatoria como castigo en sí mismo surgen obstáculos insuperables relacionados con la protección de los derechos humanos, ya que puede considerarse un castigo cruel, inhumano y degradante⁴⁶. Las pruebas de su eficacia a la hora de prevenir la reincidencia son limitadas y de poca calidad, lo que se suma a las razones ya expuestas para su rechazo⁴⁷.

IV. DIFICULTADES PRÁCTICAS DE IMPLEMENTACIÓN

Los informes del GREVIO también nos permiten identificar una serie de retos relacionados con la aplicación del artículo⁴⁵. El primero de ellos está relacionado con la falta de datos. La falta de datos sobre condenas y sanciones penales y, en general, sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes que tipifican como delito las diversas formas de violencia contra las mujeres impide al GREVIO evaluar con precisión si las sanciones y medidas impuestas son

⁴⁴ SCHRAM, D. D./ MILLOY, C. D., *Community Notification: A Study on Offender Characteristics and Recidivism*, Washington State Institute for Public Policy, 1995; ZEVITZ, R. G., «Sex Offender Community Notification: Its Role in Recidivism and Offender Reintegration», *Criminal Justice Studies*, vol. 19, 2006, pp. 193-208; TOLSON, D./ KLEIN, J., «Registration, Residency Restrictions, and Community Notification: A Social Capital Perspective on the Isolation of Registered Sex Offenders in Our Communities», *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, vol. 25, 2015, pp. 375-390.

⁴⁵ See Thomas Douglas, Pieter Bonte, Farah Focquaert *et al.*, 'Coercion, Incarceration, and Chemical Castration: An Argument From Autonomy' [2013] 10 *Journal of Bioethical Inquiry* 393-405.

⁴⁶ KIRCHMAIR, L., «Objections to Coercive Neurocorrectives for Criminal Offenders—Why Offenders' Human Rights Should Fundamentally Come First», *Criminal Justice Ethics*, vol. 38, 2019, p. 19. Pero *vid.* FORSBERG, L., «Anti-libidinal Interventions and Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 21, 2021, pp. 384-408, que analiza la objeción basada en los derechos humanos y concluye que en su forma actual no consigue demostrar que la castración química viole los derechos humanos de los delincuentes que la reciben en relación con los artículos 3, 8 y 12 del CEDH.

⁴⁷ Por ej., KUTCHER, M. R., «The Chemical Castration of Recidivist Sex Offenders in Canada: A Matter of Faith», *Dalhousie Law Journal*, vol. 33, 2010, pp. 193-216.

eficaces, proporcionadas y disuasorias⁴⁸. Por ejemplo, GREVIO está seriamente preocupado por la falta de datos sobre el número y el tipo de sanciones impuestas como consecuencia del incumplimiento de las órdenes de alejamiento y protección⁴⁹. Otro problema relacionado con los datos es la falta de desglose en función del sexo del agresor y de la víctima, su relación, la ubicación geográfica y el tipo de violencia, lo que hace imposible obtener una visión general precisa de la correspondiente práctica jurisprudencial⁵⁰.

Ahora bien, una vez que se dispone de datos adecuados, el aspecto más preocupante es la escasa gravedad de las sanciones y medidas previstas en la legislación de los Estados Partes o impuestas por las autoridades judiciales⁵¹. Por un lado, las observaciones del GREVIO confirman la ya observada tendencia de los legisladores nacionales a recurrir a lo que se describe como «sanciones débiles o indulgentes»: es decir, multas⁵², penas de prisión de corta duración⁵³, suspensión de la ejecución y libertad condicional⁵⁴. Por otro lado, también observa con preocupación que los jueces no hacen uso de toda la gama de penas en su práctica sentenciadora, tendiendo a aplicar sanciones leves o a recurrir a la suspensión de la ejecución y a la libertad condicional⁵⁵, en particular para los delitos relacionados con la violencia doméstica⁵⁶. Aumentar la duración de las penas privativas de libertad o reducir el acceso a la suspensión o a la libertad condicional no es una solución apropiada a esta situación, ya que el GREVIO señala que «privar a los jueces de la opción de recurrir a alternativas o ajustes de las penas de prisión *ab initio* tiene el efecto de limitar el número de penas privativas de libertad impuestas en los casos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica»⁵⁷.

⁴⁸ Vid. Primer Informe de Evaluación sobre Luxemburgo, párrafo 169; Albania, párrafos 160-161; Finlandia, 2019, GREVIO/Inf(2019)9, párrafo 183; Suiza, 2022, GREVIO/Inf(2022)28, párrafo 205; Turquía, 2018, GREVIO/Inf(2018)6, párrafo 259; y Reino Unido, párrafo 345. Vid. También el Primer Informe de Evaluación Temática sobre Suecia, párrafo 126.

⁴⁹ Vid. Primer Informe de Evaluación sobre Alemania, 2022, GREVIO/Inf(2022)21, párrafos 56, 317; Grecia, párrafo 285; España, 2020, GREVIO/Inf(2020)19, párrafo 269.

⁵⁰ Vid. Primer Informe de Evaluación sobre Irlanda, párrafo 234; Islandia, 2022, GREVIO/Inf(2022)26, párrafo 233.

⁵¹ Revisión horizontal intermedia de los informes de evaluación de referencia del GREVIO, párrafo 396.

⁵² Vid. Primer Informe de Evaluación sobre Finlandia, párrafo 183; Mónaco, 2017, GREVIO/Inf(2017)3, párrafo 130; Montenegro, 2018, GREVIO/Inf(2018)5, párrafo 198; Turquía, párrafo 260.

⁵³ Primer Informe de Evaluación sobre Noruega, párrafo 186.

⁵⁴ Primer Informe de Evaluación sobre Turquía, párrafo 260; Serbia, 2020, GREVIO/Inf(2019)20, párrafo 201.

⁵⁵ Revisión horizontal intermedia de los informes de evaluación de referencia del GREVIO, párrafo 397; Primer Informe de Evaluación sobre Montenegro, párrafo 200; Noruega, párrafo 206; Serbia, párrafo 201; Turquía, párrafo 260.

⁵⁶ Por ej., el Primer Informe de Evaluación sobre el Reino Unido, párrafo 344.

⁵⁷ Revisión horizontal intermedia de los informes de evaluación de referencia del GREVIO, párrafo 398.

Además, la aplicación de las órdenes de alejamiento y protección es muy irregular, a lo que se une que, a pesar de la elevada tasa de incumplimientos, rara vez se imponen sanciones por ello y, en los pocos casos en que se imponen, estas no incluyen la privación de libertad⁵⁸. El GREVIO sugiere en algunos informes que se intensifiquen las medidas para hacer cumplir y supervisar las órdenes de protección y garantizar sanciones penales u otras sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los autores que las incumplan⁵⁹.

V. ¿UNA NUEVA VÍA? LA RELACIÓN CON LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385

Las sanciones y medidas a las que se refiere el Convenio de Estambul, así como las otras posibles medidas analizadas en las secciones previas, no son, en general, nuevas. Ya habían sido recomendadas por entidades como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, antes de la aprobación del Convenio de Estambul por el Consejo de Europa. Sin embargo, la diferencia fundamental entre las recomendaciones de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas en materia de violencia contra las mujeres y las disposiciones que figuran en el Convenio de Estambul es que estas últimas son obligaciones jurídicamente vinculantes, con un nivel de detalle que solo puede compararse con las directivas y decisiones marco de la UE.

De hecho, en lo que respecta a las sanciones, la Directiva de la UE sobre la violencia de género parece haber abierto una nueva vía que nos puede permitir ver cómo sanciones realmente eficaces, proporcionadas y disuasorias conquistan por fin su espacio en el discurso general sobre la violencia contra las mujeres. La Directiva tiene como objetivo explícito alcanzar los objetivos del Convenio dentro del ámbito de competencia de la UE, complementando el acervo comunitario existente y la legislación nacional de los Estados Miembros en los ámbitos cubiertos por el Convenio, incluida la definición de los delitos y sanciones pertinentes, la protección de las víctimas, la mejora de la recopilación de datos, etc.⁶⁰. Obliga a los Estados Miembros a garantizar que

⁵⁸ Vid Primer Informe de Evaluación sobre Noruega, párrafo 244; o Bélgica, párrafo 199.

⁵⁹ Por ej., el Primer Informe de Evaluación Temática sobre Albania, párrafo 185; y Suecia, párrafo 145.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (COM(2022) 105 final), 8 de marzo de 2022; §1.

la mutilación genital femenina se castigue con una pena máxima de prisión de al menos cinco años, el matrimonio forzado con una pena máxima de prisión de al menos tres años y el intercambio no consentido de material íntimo o manipulado, el ciberacoso y incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos con una pena máxima de prisión de al menos un año. Sin embargo, la Directiva solo lo hace para algunas formas de violencia contra las mujeres, y únicamente con el objetivo de armonizar las definiciones jurídicas y las sanciones de los delitos que: 1) constituyan delitos graves, y 2) tengan suficientes elementos transfronterizos: esto es, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado y los ciberdelitos. Para otras formas de violencia contra las mujeres, como la violencia psicológica, física y sexual, incluida la violación, el aborto forzado y la esterilización forzada, el Convenio de Estambul seguirá siendo el punto de referencia y continuará desempeñando un papel crucial en la consecución de un nivel adecuado de protección del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

27. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal

I. PLANTEAMIENTO

Entendía José Luis de la Cuesta ya antes del año 2015 con respecto al art. 31 bis CP que, si bien «a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que el modelo seguido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heterorresponsabilidad», «desde el prisma constitucional y de los principios fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio»¹. Y concluía su trabajo afirmando que «si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto»².

Coincidimos ambos en que, si la responsabilidad corporativa es estructural, la exigencia para la imposición de la pena corporativa de una estructura o cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad alude más bien a una

¹ «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.): *Responsabilidad Penal de las personas Jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 49. Vid. también p. 70.

² P. 91.

característica propia de las organizaciones criminales, que encierra el problema político-criminal de que restringe excesivamente las posibilidades sancionadoras a un ámbito excepcional. Por ello resulta más razonable fundamentar la responsabilidad corporativa en deficiencias de la cultura o estructura de cumplimiento de la legalidad³. Ambos conseguimos que Gómez-Jara⁴, como propulsor de esta idea en la doctrina española, modificara su criterio. Creo que esta crítica se puede seguir dirigiendo contra las denominadas teoría mixtas o intermedias, cuyos principales representantes son Silva Sánchez y Martínez-Buján Pérez⁵.

Compartiendo el planteamiento de De la Cuesta la responsabilidad de las personas jurídicas tiene que ser determinada, en mi opinión, con los siguientes niveles de imputación:

– En un primer nivel se debe constatar los requisitos para que la infracción de una norma de conducta por parte de uno o varios individuos se convierta en un hecho corporativo o hecho de la organización. Esta afirmación presupone que la persona jurídica no responde de un tipo penal propio distinto a los tipos de la parte especial que describen conductas (una especie de *crimen cul-pae* corporativo), sino de los mismos tipos penales que cometen los administradores, directivos o personas sometidas a su autoridad en el ejercicio de las actividades de la organización con personalidad jurídica⁶. En otros trabajos ya he criticado la idea de que el art. 31 bis CP contemplaría un tipo penal autónomo

³ Pp. 61, 71.

⁴ «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», en Bacigalupo Saggese, S./Feijoo Sánchez, B./Echano Basaldua, J. I. (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 145 («autores como Feijoo Sánchez y De la Cuesta coinciden con el planteamiento aquí expuesto en que el concepto clave a la hora de analizar la culpabilidad de la persona jurídica es la cultura empresarial; en lo que difieren sería en la formulación –sc. en lugar de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad son partidarios de una falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad»).

⁵ FEJOO SÁNCHEZ, B.: «Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión española y latinoamericana», en REDEPEC, n.º 5 (2024), pp. 43 s.

⁶ En otros ordenamientos jurídicos se reproducen debates similares. Así, por ejemplo, el art. 102 Abs. 2 del CP suizo establece que una persona será castigada si le es reprochable que no haya adoptado todas las medidas necesarias y exigibles para evitar el delito. Doctrina y jurisprudencia (LEHMKUHL, M. J.: «Schuld im Unternehmenstrafrecht», en WOHLERS, W./SEELMANN, K.: *Schuldgrundsatz*, Tübinga: Mohr Siebeck, 2024, pp. 227 ss.; BGE 146 IV 68 del año 2019) entienden que ello exige como presupuesto la constatación de una conducta típica no justificada que es la referencia de la responsabilidad de la persona jurídica. La doctrina suiza considera, al igual que se defiende en el texto para la regulación española, que la empresa responde por el delito de la parte especial, no por un delito propio consistente en organizarse de forma defectuosa. El art. 102 es entendida como una regla de imputación de la parte general que recoge los presupuestos de la punibilidad, no un tipo penal autónomo, que es como creo que debe entenderse el art. 31 bis CP.

mo (de omisión de medidas de control) y no los criterios de imputación de los tipos de la parte especial, especialmente, contra una disfuncional corriente jurisprudencial que tiene su origen en la STS 154/2016, de 29 de febrero y que, por suerte, creo que va perdiendo fuerza ya que es incompatible con el tenor literal de la ley⁷. El beneficio no tiene que ver con el fundamento de la responsabilidad corporativa, sino que es uno de los criterios a los que recurre el Código Penal para, junto con otros, determinar cuando el delito individual adquiere un significado como hecho corporativo⁸. La pena corporativa no es una respuesta estatal para compensar beneficios. Considero un error entender que un injusto propio de la persona jurídica exigiría un hecho completamente desligado de la correspondiente acción típica y antijurídica correspondiente al Libro II. Ésta es un presupuesto de la responsabilidad corporativa al formar parte del hecho propio por el que la persona jurídica responde. En todo caso esta concepción es totalmente distinta a la referencia a un «hecho de conexión» que permitiría trasladar de forma automática la responsabilidad del individuo a la organización.

– En un segundo nivel, la mera constatación de un hecho de la organización es insuficiente para imponer la pena de multa a la persona jurídica titular de la organización. Para ello es necesario que el delito tenga su origen en una estructura de cumplimiento normativo defectuoso⁹. En términos prácticos, esto significa que la organización que dispone de un sistema de gestión del cumplimiento normativo eficiente y robusto con anterioridad a la comisión del delito por parte de una o varias personas físicas no debería soportar pena alguna.

No quiero dedicar esta contribución en homenaje al admirado y apreciado José Luis de la Cuesta a detallar estas cuestiones, sino a su reverso: la extinción de una responsabilidad autónoma diferenciada de la culpabilidad individual en virtud de la prescripción del delito.

⁷ FEJOO SÁNCHEZ: REDEPEC, n.º 5 (2024), pp. 59 s., con ulteriores referencias.

⁸ El beneficio es un elemento discutido *de iure condendo*. Si bien el beneficio no es el término más adecuado, considero que un hecho corporativo necesita una cierta alineación entre el delito cometido y los fines o intereses de la organización con personalidad jurídica, por lo que se trata de un elemento que debería estar siempre presente de una manera u otra. Cfr. con mayor profundidad REDEPEC, n.º 5 (2024), pp. 104 ss., con ulteriores referencias.

⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B.: «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español», en REDEPEC n.º 1 (2023), pp. 61 ss.; REDEPEC, n.º 5 (2024), pp. 90 ss.; «¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de personas jurídicas», en *Derecho & Sociedad* 64 (2025), *passim*.

Se trata de una cuestión que, si atendemos a las escasas resoluciones existentes al respecto, se puede entender como enormemente confusa sin que exista homogeneidad en las decisiones. Una clara muestra de este problema se puede encontrar en el Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE de 2025 correspondiente a la fase 4 relativo a la Convención sobre soborno en las transacciones internacionales¹⁰. Este informe¹¹ entiende como no implementada la recomendación del informe previo de la fase 4 (párrafo 186) que recomendaba la ampliación del plazo de prescripción partiendo de que el plazo aplicable a las personas jurídicas por el delito de corrupción pública en actividades económicas internacionales es de cinco años debido a que la pena contemplada en el art. 288 es una multa de dos a cinco años. Se señala que España habría confirmado la veracidad de esta afirmación. Frente a la constatación de que no se han adoptado medidas para implementar esta recomendación de aumentar el plazo de prescripción ya que las disposiciones legales pertinentes no se han modificado, se recoge como España argumenta que el plazo de prescripción es de 15 años ya que las personas jurídicas condenadas por cohecho internacional pueden ser inhabilitadas para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y recibir beneficios fiscales durante un máximo de 15 años haciendo referencia a las sanciones interdictivas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP. [art. 288(3)] ya que para los delitos castigados con una inhabilitación superior a 10 años, el plazo de prescripción es de 15 años (art. 131CP). Sin embargo, señala el informe, España admite que no existe jurisprudencia que respalde esta postura. Señala el informe con razón como el art. 66 bis del CP establece que las sanciones pueden aplicarse por más de dos años solo en circunstancias excepcionales, concretamente en casos de reincidencia o cuando una persona jurídica sea instrumento para la comisión del delito y que, por lo tanto, el plazo de prescripción más largo de 15 años podría aplicarse exclusivamente en estos casos excepcionales. Se recoge como España discrepa, argumentando que el plazo de prescripción está determinado por la «pena máxima prescrita por la ley» y que, tras revisar un borrador de la evaluación del Grupo de Trabajo, España presenta un segundo argumento: el plazo de prescripción aplicable a las personas jurídicas no es de 15, sino de 10 años. Esto se debe, aparentemente, a que la duración de una pena contra una persona jurídica no puede superar la pena máxima de prisión impues-

¹⁰ OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Follow-Up Report on Spain. Implementing the Convention and Related Legal Instruments.

¹¹ Párrafos 31 a 33.

ta a una persona física por el mismo delito, que puede llegar a ser de 6 o 9 años aplicando el art. 286 quater CP. Se señala como España, además, presenta un tercer argumento: el plazo de prescripción de 15 años se aplica a las personas jurídicas ya que el art. 286 ter CP, que contempla penas de inhabilitación, es aplicable no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas. Señala el informe que, nuevamente, no existe jurisprudencia que respalde ninguna de estas interpretaciones. Y concluye que las múltiples posturas de España, que dan lugar a diferentes plazos de prescripción, no hacen sino subrayar la urgente necesidad de una aclaración mediante una reforma legislativa.

Con independencia de si el plazo de cinco años es suficiente en el caso de las personas jurídicas de economía legal o fines lícitos no reincidentes, exponemos como la errática respuesta ofrecida por el Reino de España (elaborada por el Ministerio de Justicia) no es más que una sarta de despropósitos.

Ante esta situación consideramos que lo mejor es tratar el tema de la prescripción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas planteando ciertas preguntas esenciales y ofreciendo una respuesta a modo de cuestionario.

II. ¿CUÁLES SON LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Una primera posibilidad con respecto a la extinción de la responsabilidad penal por prescripción podría consistir en entender que, como no existen reglas específicas para las personas jurídicas, lo dispuesto en los arts. 131 y 132 CP sólo se aplica a las personas físicas y no a las jurídicas. Con independencia de lo poco razonable que suena la imprescriptibilidad de la responsabilidad corporativa, quizás por ello ningún autor o instancia lo ha planteado, lo cierto es que el art. 131.2 CP establece que la prescripción se interrumpirá cuando *«el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito»*, expresión que abarca a personas físicas y jurídicas. Sobre todo si tenemos en cuenta que hasta la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se hacía referencia al «culpable», término que podría generar mayores discusiones. La desaparición de esta referencia, que era unánimemente criticada por su uso con respecto a momentos previos a la existencia de una condena y sus connotaciones opuestas al principio de presunción de inocencia, facilita la idea de que las reglas relativas a la prescripción son comunes para personas físicas y jurídicas.

III. ¿CUÁL ES EL *DIES A QUO* O DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO?

La respuesta a esta pregunta depende de que se entienda que la persona jurídica responde por el mismo hecho típico que la persona física (estafa, fraude fiscal, cohecho, etc.) o bien que responde de un tipo penal autónomo (omisión de medidas) que estaría recogido en el art. 31 bis CP. Ya me he manifestado previamente y en diversas ocasiones en contra de esta última idea y a favor de que la persona jurídica responde por los tipos penales de la parte especial, pero no por un tipo autónomo de la parte general. Desde esta perspectiva el *dies a quo* coincidiría con el momento de la consumación de la conducta típica y antijurídica de la persona física que genera o dispara su responsabilidad, siendo plenamente aplicables las reglas del art. 132.1 CP en cuanto al día en que se entiende cometida la infracción punible.

La posición contraria, que entiende que la persona jurídica cometería su delito desde el momento en el que infringe u omite sus deberes preventivos u organizativos (lo relevante sería la omisión de la organización y no la comisión del hecho), siendo el delito individual una condición objetiva de punibilidad, plantea una infinidad de problemas desde la perspectiva de la prescripción muy difíciles de resolver. El plazo de prescripción para la persona jurídica podría empezar a correr mucho antes de que la persona física ejecutara el delito e, incluso, podría estar prescrito el delito de la persona jurídica en ese momento, por lo que no se podría investigar¹². La única forma de que no prescribiera y respetar el principio general *actio nondum nata non praescribitur* sería entender la «omisión de la persona jurídica» como un delito permanente que se sigue consumando mientras dure la situación antijurídica. Esta solución (frente a otras como la definición como delito de estado que permitiría hablar de una consumación puntual), plantea a su vez problemas adicionales. Una persona jurídica que omitiera implantar un modelo de organización y gestión y ello diera lugar a diversos hechos delictivos sólo respondería por uno de ellos ya que se trataría de una misma infracción con sucesivas condiciones objetivas de punibilidad¹³.

¹² La posición de la doctrina dominante es que en los delitos con condiciones objetivas de punibilidad el plazo de prescripción debe empezar a computarse desde el momento en el que se realiza el injusto típico, no desde el instante que se cumple la condición de punibilidad. *Vid.* por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General*, 6.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 909 s. En el mismo sentido la jurisprudencia española (por muchas, SSTs 767/2011, de 12 de julio; 634/2013, de 17 de julio; 60/2014, de 5 de febrero).

¹³ Recientemente en sentido contrario SAN (Sección 1.ª) 34/2025, de 19 de diciembre, que condena a una persona jurídica por un delito continuado de cohecho y otro de tráfico de influencias.

IV. ¿CUÁL ES EL *DIES AD QUEM* QUE INTERRUMPE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN?

El plazo de prescripción, que empieza a correr cuando se consuma el delito cometido por la(s) persona(s) física(s), se interrumpe cuando el procedimiento se dirige específicamente contra la persona jurídica mediante resoluciones como un Auto de incoación que haga referencia a la persona jurídica como investigada, la citación para la declaración de la persona jurídica (a través de su representante procesal) o cualquier otra resolución que ponga en evidencia que la investigación no se dirige sólo contra personas físicas, sino también contra la persona jurídica (por ejemplo, Auto de entrada y registro para investigar la responsabilidad corporativa y no sólo individual). No es suficiente para interrumpir el plazo de prescripción que el procedimiento se dirija contra personas físicas vinculadas a la persona jurídica, sino que debe existir una resolución judicial que determine que el procedimiento se dirige contra una persona jurídica determinada (art. 132.3 y 4 CP). Como señala la *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio*, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁴, «sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada»¹⁵. Es imprescindible una manifestación inequívoca del instructor considerando que debe investigarse a una determinada persona jurídica, aunque no la nombre o no la denomine correctamente. En el mismo sentido, no será suficiente en casos de grupos de empresas que el procedimiento se haya dirigido contra una mercantil del grupo (por ejemplo una filial) para que el plazo quede interrumpido frente a otras (por ejemplo la matriz o holding). No parece que resulte de aplicación en este ámbito la cláusula del art. 132.3 CP de que es suficiente una identificación «mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se

¹⁴ Apartado VI. 9.

¹⁵ La doctrina coincide en esta interpretación: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N./JUANES PECES, Á.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010», en *Diario La Ley* n.º 7501 (2010), ap. III.5; MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I.: «La prescripción de los delitos cometidos por las personas jurídicas», en Ortega Burgos, E./Ochoa Marco, R. (dirs.): *Actualidad Derecho Penal* 2021, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 446 ss. («de conformidad con la doctrina asentada por el Tribunal Supremo, no puede ni debe entenderse que la llamada al procedimiento de la persona física supone, implícitamente, la imputación de la persona jurídica (...) la mercantil es responsable de su propio injusto, lo que se traduce en una personación y trato independiente, así como en el respeto de sus derechos y garantías») (también en *Diario La Ley* n.º 9638 de 22 de mayo de 2020); ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 152.

atribuya el hecho». Se trata de una regla que obedece a una tradición que tiene que ver exclusivamente con personas físicas¹⁶ que no alcanzo a ver cómo se podría extender a personas jurídicas.

No existe razón alguna para no extender a las personas jurídicas la posición jurisprudencial, claramente influenciada por la doctrina constitucional, que establece que la exigencia de determinación *ad personam* en materia de prescripción responde a un discurso axiológico que prima el alcance individual de la responsabilidad que se decanta de los propios fundamentos culpabilísticos del modelo de intervención penal, desterrando en la materia prescriptiva regulada en el Código Penal una suerte de principio de solidaridad de raigambre civilista propia de una responsabilidad solidaria. El inicio de la investigación de un hecho no interrumpe en todos los casos el plazo de prescripción contra todas las personas –físicas o jurídicas– que puedan acabar resultando responsables del mismo en el curso de la investigación. De acuerdo con esta idea la investigación contra uno o varios de los intervinientes –personas físicas– no interrumpiría automáticamente el plazo de prescripción con respecto a las personas jurídicas, que sigue corriendo si se entiende que el procedimiento no se ha dirigido contra ellas. Como han señalado diversas resoluciones tras la reforma operada mediante la LO 5/2010¹⁷ «cada persona debe ser sometida, en su caso, al proceso por razones singulares y, desde luego, en atención a la pervivencia temporal de la acción respecto a cada una. Si la razón teleológica que inspira la reforma es que la interrupción del plazo prescriptivo solo puede venir dada por una decisión judicial de persecución a partir de un pronóstico determinado de imputación subjetiva ello supone la necesidad de estanquear plazos prescriptivos respecto a cada uno de los partícipes, cuando de lo que se trata es de determinar si la acción pervivía al momento en que

¹⁶ Como recuerda la STS 628/2013 de 10 de julio esta disposición se aplica respecto de «delitos cometidos en el ámbito en estructuras de poder o estructuras organizadas en las que es difícil determinar con la necesaria concreción la persona física a la que se imputa un hecho delictivo aunque en la querella o denuncia esa persona es identificada por su pertenencia a la estructura organizada que permita que se puede entender que apareciese suficientemente concretada, precisamente por su pertenencia al grupo en cuyo seno se realiza la acción delictiva que se imputa». El art. 132.3 consagra legalmente una doctrina jurisprudencial que el TS venía utilizando desde los años noventa, que si bien se aplicó inicialmente a organizaciones criminales o terroristas, se acabó aplicando a cualquier tipo de estructura organizada, incluyendo las empresariales (STS 867/2002, de 29 de julio; SAN, Sección 4.ª 1/2021, de 18 de enero; GILI PASCUAL, A.: «La interrupción de la prescripción penal diez años después de la STC 63/2005», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV (2015), p. 293). *Vid.* sobre el art. 132.3 CP SSTs 45/1994, de 25 de enero, conocido como Caso Ruano; 2/1998, de 29 de julio –Caso Marey–; 1559/2003, de 19 de noviembre, con amplias referencias jurisprudenciales.

¹⁷ SSAP Tarragona (Sección 4.ª) 375/2013 de 24 de septiembre y 20/2014, de 15 de enero; AAAP Valencia (Sección 2.ª) 706/2017, de 29 de junio; Murcia (Sección 3.ª) 450/2017, de 31 de mayo.

aquella se ordena»¹⁸. Cada persona investigada –física o jurídica– debe ser sometida al proceso por razones singulares y propias¹⁹. El debate doctrinal sobre si con respecto a las personas jurídicas se puede hablar en puridad de culpabilidad o responsabilidad criminal o bien se trata de una responsabilidad penal de naturaleza distinta no debería condicionar estas conclusiones, si bien es cierto que cuanto mayor autonomía se reconozca a la responsabilidad penal de las personas jurídicas más obvias aparecerán al intérprete.

En cuanto al acto judicial de dirección del procedimiento contra persona determinada y las características de la resolución válida para interrumpir la prescripción es trasladable a las personas jurídicas la doctrina existente con respecto a las personas físicas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 132.2 CP.

V. ¿CUÁL ES EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN?

Como se puede constatar con las respuestas del Estado español al Grupo de Trabajo de la OCDE, recogidas al principio de esta contribución, se trata de una cuestión sometida a diversas interpretaciones.

Los delitos prescriben a los cinco años cuando no tienen contemplada pena de prisión o inhabilitación. Desde el punto de vista de la pena de multa los delitos prescriben siempre a los cinco años.

La cuestión se complica si tenemos en cuenta que, aunque la pena de multa es la esencial en nuestro modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas, ya que se impone siempre que se declara tal responsabilidad, los diversos preceptos de la parte especial que establecen las penas a imponer hacen referencia, adicionalmente, como sanciones potestativas a las recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP. Teniendo esto en cuenta pasa a ocupar un lugar central la cuestión de si esta referencia pudiera incrementar el plazo de prescripción de cinco años. El primer aspecto por resolver es que estas sanciones interdictivas tienen una naturaleza jurídica más propia de las medidas de seguridad que de la pena porque están orientadas exclusivamente a la prevención especial²⁰. El art. 66 bis 1.ª CP establece que, a diferencia de la pena de multa, para la imposición de estas consecuencias ha de tenerse en cuenta «*su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*». A pesar de ello lo

¹⁸ SSAP Tarragona (Sección 4.ª) 161/2012, de 16 de abril y 563/2012, de 12 de diciembre y AAAP Tarragona (Sección 4.ª) 311/2012 de 25 de junio, 351/2017, de 31 de mayo, 274/2018, de 7 de mayo, y 278/2018, de 17 de mayo.

¹⁹ SSTS 984/2013, de 17 de diciembre; 759/2014, de 25 de noviembre; 562/2022, de 8 de junio.

²⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B.: en Bajo Fernández, M./Feijoo Sánchez, B./Gómez-Jara Díez, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 280 ss.

cierto es que el Código Penal las denomina como penas y como tales están recogidas en el listado del art. 33 CP en su apartado séptimo, por lo que estas sanciones potestativas adicionales a la multa, si bien no son en sentido material propiamente penas que se rijan por la proporcionalidad a la responsabilidad por el hecho, deben ser tomadas en consideración a efectos de fijar el plazo de prescripción²¹.

Si bien el art. 33.7 CP afirma que todas las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la consideración de graves, ello carece de relevancia a la hora de fijar el plazo de prescripción debido a que el art. 131 CP no fija los plazos en función de la clasificación de las penas en leves, menos graves y graves, sino por la duración concreta de las penas contempladas para cada infracción.

En este sentido es relevante que no se pueda imponer la disolución ni las restantes sanciones interdictivas por un plazo superior a los dos años si la persona jurídica no es reincidente o si no se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales²². Es decir, en los casos de personas jurídicas de economía legal o con fines legales que no sean reincidentes la duración máxima de la suspensión, clausura, prohibiciones, inhabilitación o intervención judicial es de dos años. Si esto es así, el plazo de prescripción se mantiene en los cinco años de acuerdo con lo dispuesto en el art. 131 CP. El plazo de prescripción de diez años va vinculado a una inhabilitación entre cinco y diez años que, salvo reincidencia o instrumentalidad delictiva, no es posible imponer a una persona jurídica. Por consiguiente, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, salvo esas dos excepciones recogidas en el art. 66 bis CP, el plazo es siempre el mismo: cinco años, con independencia de la figura delictiva concreta por la que la persona jurídica sea condenada²³.

En los casos de personas jurídicas reincidentes el plazo pasa a ser de diez años. Y si se trata de una persona jurídica multirreincidente o siempre que la actividad legal sea menos relevante que la ilegal el plazo se incrementa hasta los quince años.

²¹ AAN (Sección 3.ª) 584/2022 (534/2022 del Libro de Apelaciones), de 15 de noviembre.

²² Dejo aquí de lado que existe una limitación ulterior, de tal manera que nunca puede superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

²³ FEJOO SÁNCHEZ: Tratado, p. 297. En el mismo sentido MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO: Actualidad Derecho Penal, pp. 439 ss., 448 s.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, I.: «La prescripción de la responsabilidad de las personas jurídicas», en *REDEPEC* n.º 2 (2023).

En el mismo sentido, AAN (Sección 3.ª) 584/2022 (534/2022 del Libro de Apelaciones), de 15 de noviembre; AAP Castellón, (Sección 1.ª), 664/2024, de 24 de septiembre. En sentido contrario, AAN (Sección 2.ª) 178/2024, de 19 de marzo.

VI. ¿CUÁL ES LA RELEVANCIA DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL? ¿TIENE ALGUNA RELEVANCIA LA REGLA DEL ART. 131?4 CP RELATIVA A LAS INFRACCIONES CONEXAS?

El debate sobre si en el ordenamiento español el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas queda definido como de auto o heterorresponsabilidad influye en esta cuestión que se torna básica desde el punto de vista de la extinción de la responsabilidad corporativa. Si, siguiendo a José Luis de la Cuesta, se opta por un modelo de autorresponsabilidad en el que la persona jurídica responde por un hecho propio y una responsabilidad propia diferenciada de la culpabilidad individual, es obvio que carece totalmente de relevancia si los plazos de prescripción del delito cometidos por las personas físicas son superiores a los cinco años. Si la responsabilidad es autónoma la extinción se rige por reglas propias, por lo que los plazos de prescripción en relación con las penas contempladas para las personas físicas no pueden interferir en ningún caso para acordar la extinción. El hecho de que responsabilidad individual y corporativa vayan referidas a un mismo hecho (el mismo delito de estafa, de fraude fiscal o de cohecho) no obsta a que se trate de responsabilidades diferenciadas y, por tanto, que su extinción por prescripción tenga plazos heterogéneos. Esto es lógico si entendemos que la persona jurídica es un sujeto de imputación autónomo diferenciado de las personas físicas vinculadas funcionalmente que cometen un delito en beneficio de la entidad.

En un trabajo dogmático extenso sobre la prescripción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas Ramón Raguès i Vallés²⁴ parte de que no cabe ninguna duda de que el plazo de prescripción para exigir responsabilidad penal de personas jurídicas es de cinco años. Este autor señala, además, como el texto literal del Código Penal obliga a diferenciar los plazos aplicables a personas físicas y jurídicas, añadiendo que esta diferenciación «encaja mucho mejor, desde luego, con aquellas concepciones de la responsabilidad penal de la persona jurídica que consideran que tal responsabilidad se basa en un defecto propio imputable a la entidad»²⁵. Concluye que «la tesis según la cual la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica se rigen por sus respectivos plazos, que no tienen por qué coincidir necesariamente, es la que encuentra mejor acomodo en la *lex lata* española y, además, la que resulta más compatible con el modelo de la responsabilidad por el hecho propio, que actualmente parece predominar en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo»²⁶.

²⁴ «Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en SUAREZ LÓPEZ, J.M.: *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 553 ss.

²⁵ P. 558.

²⁶ P. 563.

Con independencia de que se asuman estas premisas, ha de destacarse que el art. 131.4 CP no puede servir de cobertura legal para llegar a una solución distinta. Esta regla especial para determinar plazos de prescripción no se refiere a una conexidad procesal derivada del principio de continencia de la causa (art. 17 LECRim), que pudiera permitir trasladar a la persona jurídica el plazo superior que corresponde a las personas físicas investigadas o acusadas en el mismo procedimiento, sino a un concepto de conexidad en sentido natural o material más reducido o restringido²⁷. La jurisprudencia viene utilizando en este ámbito de la prescripción un concepto de conexidad natural o abstracta «con asiento en una base sustantiva o material» diferente a la «conexidad meramente procesal»: SSTs 758/1999, de 12 de mayo; 630/2002, de 16 de abril; 1656/2003, de 9 de diciembre; 544/2007, de 18 de marzo; 590/2004, de 6 de mayo; 1182/2006, de 29 de noviembre; 463/2018, de 11 de octubre; 634/2018, de 12 de diciembre; 964/2008, de 23 de diciembre; 341/2020, de 22 de junio; 507/2020, de 14 de octubre; 528/2020, de 21 de octubre; 889/2021, de 17 de noviembre («la unidad de proceso no aboca inexorablemente a la unidad de plazo de prescripción de las distintas infracciones conjuntamente enjuiciadas. Hay que distinguir los casos de conexión o vinculación material (concursos mediales o ideales), así como los de conexión procesal necesaria de aquéllos en que la conexión puede considerarse de conveniencia, o no necesaria»); 4183/2021, de 17 de noviembre («la unidad de proceso no aboca inexorablemente a la unidad de plazo de prescripción»); 111/2022, de 10 de febrero. La conexidad material o sustantiva da lugar a «supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad» o como casos en los que «hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones».

La conexidad con base material sustantiva por unidad natural es siempre entre infracciones imputables al mismo sujeto (haya cometido el delito individualmente o en régimen de codelincuencia). Se trata de supuestos de concurso medial o ideal o de unidad natural de conducta por parte de una misma persona. La conexidad del art. 131.4 CP («*infracciones conexas*») va referida a supuestos de un comportamiento complejo de una persona cuya actividad delictiva debe descomponerse, sin embargo, en diversos tipos penales. En ese caso de «comportamiento delictivo unitario» no tiene sentido entender que unos delitos están prescritos mientras otros no.

²⁷ AAN (Sección 3.ª) 584/2022 (534/2022 del Libro de Apelaciones), de 15 de noviembre.

Es evidente que en los casos de concurso de infracciones la pluralidad de infracciones es cometida por la misma persona. La conexidad sustancial o natural (en unidad natural de acción) va referida a las diversas infracciones imputadas a una misma persona (sea física o jurídica). La conexidad con base sustantiva por unidad natural es siempre entre infracciones imputables al mismo sujeto. Se trata de supuestos de concurso medial o ideal o de unidad natural de conducta por parte de una misma persona. Entre diversos sujetos de imputación no hay «infracciones conexas» salvo en sentido procesal, que es irrelevante a efectos de imputación y, en lo que aquí interesa, de extinción de la responsabilidad. Esta conclusión debe ser de evidente no sólo en caso de concursos, sino también de infracciones conexas y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. En este sentido, establece, por ejemplo, la STS 528/2020, de 21 de octubre²⁸ como

«Se suman, pues, a los supuestos del art. 77 CP, los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal (art. 117 LECrim sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17.5 LECrim) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un solo proceso.

Por tanto, podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:

- a) concurso ideal de delitos (art. 77 CP).
- b) concurso medial o instrumental (art. 77 CP y 17.3 LECrim).
- c) comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17.4 LECrim).
- d) conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo espacio temporal (conexión material: art. 17.1.º, 2.º y 5.º LECrim).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17.5 LECrim) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente».

Como ha recordado en diversas ocasiones la Sala Segunda, a diferencia de los casos de conexidad natural donde hay que considerar todo como una unidad natural, «en caso de conexidad meramente procesal no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso»²⁹. Recuerda en este sentido la STS 989/2022, de 22 de di-

²⁸ Son abundantes las sentencias que se pronuncian en el mismo sentido: SSTs 634/2018, de 12 de diciembre; 1026/2009, de 16 de octubre; 866/2008, de 1 de diciembre; 570/2008, de 30 de septiembre; 493/2008, de 9 de julio; 132/2008, de 12 de febrero; 600/2007, de 11 de septiembre; 28/2007, de 23 de enero; 1182/2006, de 29 de noviembre.

²⁹ SSTs 639/2002, de 16 de abril; 528/2020, de 21 de octubre. Como señala de forma muy clara la SAP Tarragona (Sección 2.ª) 449/2019, de 25 de octubre, «cuando el criterio de la conexión es meramen-

ciembre que, «como señalábamos en la sentencia núm. 889/2021, de 17 de noviembre, «La unidad de proceso no aboca inexorablemente a la unidad de plazo de prescripción de las distintas infracciones conjuntamente enjuiciadas. Hay que distinguir los casos de conexión o vinculación material (concursos mediales o ideales), así como los de conexión procesal necesaria; de aquéllos en que la conexión puede considerarse de conveniencia, o no necesaria». Esto es válido también para las personas jurídicas³⁰. La extinción de una responsabilidad propia y autónoma no puede depender de que estén más personas investigadas en el mismo procedimiento. Si esto es evidente entre personas físicas, debe serlo también en relación con las personas jurídicas.

La regla del art. 131.4 CP («en los supuestos de concursos de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave») no es una excepción de principios de rango constitucional. Establece simplemente que cuando el sujeto es investigado por la comisión de varios delitos con una dinámica unitaria, pero con penas diferentes, el plazo de prescripción viene determinado por el delito más grave cometido por ese sujeto en unidad natural de acción, pero no por el delito más grave que se esté investigando en las mismas diligencias.

La determinación del plazo de prescripción para las personas jurídicas es completamente autónomo e independiente del plazo de prescripción contemplado para las personas físicas. Por ello debe fijarse la extinción de su responsabilidad penal de manera aislada con respecto al resto de investigados: cada uno tiene su *dies ad quem* y su plazo de prescripción propio en función de la pena del delito que se le impute. Se trata de un mandato constitucional³¹.

La regla del art. 131.4 CP carece de virtualidad para las personas jurídicas de economía legal o tráfico lícito no reincidentes porque el plazo de prescripción es siempre de cinco años de acuerdo con la pena corporativa contemplada para las personas jurídicas. No hay delitos corporativos más graves que otros desde el punto de vista de la extinción de la responsabilidad penal.

te procesal, donde la única razón de vinculación entre infracciones sería la oportunidad de enjuiciamiento conjunto para evitar la continencia de la causa, no hay razón alguna que justifique el tratamiento unitario de los diferentes plazos prescriptivos de los tipos en dicha relación concursal. Criterio de conexión procesal que se ha venido interpretándose de forma extensiva, precisamente en beneficio del reo y, por ello la unidad del proceso, en este caso, no debe comportar la unidad de plazos prescriptivos a partir del previsto para la infracción más grave».

³⁰ AAP Castellón, (Sección 1.ª), 664/2024, de 24 de septiembre.

³¹ STC 25/2018, de 5 de marzo («La consideración como un solo delito a efectos de prescripción de tipos delictivos tan claramente diferenciados como los concurrentes en el caso excede el más directo significado gramatical de los preceptos legales aplicados (arts. 131.1 y 132.1 CP), que disponen la extinción del delito en tanto transcurra el término prescriptivo señalado en función de su gravedad y no por la gravedad de otro delito coetáneo cometido por otra persona que está subjetivamente desconectado»).

28. CYBERSECURITY AND CRIMINAL LAW. TOWARDS THE PROTECTION OF A NEW GENERATION LEGAL ASSETS, BETWEEN PAST, PRESENT, AND FUTURE PERSPECTIVES

ROBERTO FLOR

Associate Professor of criminal law, ICTs criminal law and criminal law for security and intelligence studies at the Department of Law of the University of Verona

I. INTRODUCTION

The debate in Italy regarding the emergence of new protected legal interests in the technological context arose immediately following the enactment of Law No. 547/1993, which implemented Recommendation No. R (89)9 of 13 September 1989 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on cybercrime. This law introduced new criminal offences into the Criminal Code, representing the first systematic legislative intervention in this domain. The legislature structured these new incriminating provisions on the model of pre-existing offences, guided primarily by the criterion of the protected legal interest¹.

Articles 615-ter («Unauthorised access to computer or telecommunication systems») and 615-quater («Illegal possession, dissemination, and insta-

¹ See FLOR R., MARCOLINI, S.: *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, 2022, p. 147 ff.; FLOR R., PANATTONI B.: «Digital criminal investigations in Italy. The intersection between data protection and cybersecurity,» en *New Journal of European Criminal Law*, n.º 14 (4), 2023, p. 479 ff.

llation of devices, codes, or other means designed to access computer or telecommunication systems») of the Criminal Code were classified among offences against the inviolability of the domicile, following Articles 614, 615, and 615-bis. Similarly, Articles 617-quater («Unlawful interception, obstruction, or interruption of computer or telematic communications»), 617-quinquies («Illegal possession, dissemination, and installation of devices, codes, or other means designed to access computer or telecommunication systems»), and 617-sexies («Falsification, alteration, or suppression of the content of computer or telematic communications») –concerning communications «between computer systems»– were inserted after Articles 617, 617-bis, and 617-ter, which had previously been introduced by Law No. 98/1974 to protect the confidentiality, freedom, and secrecy of communications «between persons.»

Following the enactment of Article 615-ter of the Criminal Code, various doctrinal interpretations emerged regarding its legal object. Some scholars argued that the provision primarily protects privacy, no longer understood merely in the restrictive sense of the «the warre let alone»², but also the so-called «electronic domicile». Others construed it as a multi-offence provision safeguarding not only privacy but also the integrity of systems, software, data, and information³.

The Italian legislature, through Law No. 48/2008 ratifying the Cybercrime Convention, did not deem it necessary to amend the original wording of Article 615-ter of the Criminal Code, thereby confirming the criminal policy choices made in the 1990s. In this respect, alongside the interest in the exclusivity of access to one or more digital environments –which, in today’s technological and Internet-based society, constitute an ideal extension and natural evolution of the sphere pertaining to the individual’s private domain– there

² WARREN S.D., BRANDEIS L.D.: «The Right to Privacy», en *Harvard L. Rev.*, n.º 4, 5, 1890, p. 193 ff.

³ See MANTOVANI M.: «Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica», en *Crit. dir.*, 1994, p. 17 ff.; GALDIERI P.: *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Milano, 1997; NUNZIATA M.: «La prima applicazione giurisprudenziale del delitto di "accesso abusivo ad un sistema informatico" ex articolo 615-ter c.p.», en *Giur. mer.*, 1998, p. 711 ff. *The reference to the «electronic domicile» can also be found in more recent Supreme Court case law: Joint Criminal Sections of the Italian Court of Cassation*, 7 February 2012, no. 4694, with commentary by FLOR R., «Verso una rivalutazione dell'art. 615-ter c.p.? Il reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici fra la tutela di tradizionali e di nuovi diritti fondamentali nell'era di Internet», en *Dir. pen. contemp.*, n.º 2, 2012, p. 126 ff., to which reference may be made for further bibliographical references; BARTOLI R., «L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato», en *Dir. pen. contemp.*, n.º 1, 2012, p. 123 ff. See also Joint Criminal Sections of the Italian Court of Cassation, 24 April 2015, no. 17325, with commentary by FLOR R.: «I limiti del principio di territorialità nel cyberspace. Rilevi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite», en *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1296 ff., to which reference may be made for further bibliographical and case law references. See also FLOR R.: «La condotta del pubblico ufficiale fra violazione della voluntas domini, "abuso" dei profili autorizzativi e "sviamento di potere"», en *Dir. pen. proc.*, n.º 4, 2018, p. 506 ff.

exists a collective interest in the reliability of, and public trust in, legal relations conducted through technological tools and digital spaces.

Regardless of the functions attributed to criminal protection of cybersecurity –whether understood in a positive or negative sense⁴ and generally aimed at safeguarding informational privacy and the integrity of legal transactions– it must be balanced against the need to guarantee the free circulation of data and information, as well as their accessibility and usability. This balancing exercise is increasingly complex due to the growing vulnerability of information systems, data, and stored information, which are exposed to both «traditional» and «technological» forms of attack evolving in tandem with technological development.

Law No. 90 of 28 June 2024 («Provisions on Strengthening National Cybersecurity and on Cybercrime») recently intervened in the system of cyber offences.

Despite the media emphasis on this reform - presented as a «crackdown» on cybercrime and soon followed by Law No. 132 of 23 September 2025 («Provisions and Delegations to the Government Concerning Artificial Intelligence») - its substantive impact is relatively limited, primarily involving general increases in penalties and targeted adjustments. For example, a new offence (Article 629, paragraph 3) was introduced to address the spread of ransomware cyber-attacks, the practical effectiveness of which will depend on future case law. Additionally, Article 615-quinquies of the Criminal Code was repealed and relocated among property offences (Article 635-querter.1), with the addition of two new aggravating circumstances. Similarly, Article 640, criminalizing fraud, was supplemented by paragraph 2-ter, applicable when the offence is committed remotely using information or telematic tools designed to obscure identification.

It is evident that the need for criminal protection of cybersecurity does not arise from an artificially constructed necessity but reflects the requirement «to secure a shared condition within the information society»⁵.

Law No. 132 of 23 September 2025 on Artificial Intelligence further underscores that AI system development relies on data and processes whose co-

⁴ See PICOTTI L.: «Sicurezza informatica e diritto penale», en DONINI M. (Director), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 217 ff.

⁵ An emblematic example of this is the hacker attack of 12 May 2017, known as «Ransomware/WannaCry», which affected public institutions and large private companies in more than 150 countries. The malware infiltrated information systems, encrypting all files stored on hard drives and connected devices, and demanded a ransom in cryptocurrency in order to restore access to the data as well as the full functionality of the operating systems. See FLOR R.: «Cybersecurity ed il contrasto ai cyber-attacks a livello europeo: dalla CIA-Triad Protection ai più recenti sviluppi», en *Diritto di Internet*, n.° 3, 2019, p. 443 ff.

rectness, reliability, security, quality, appropriateness, and transparency must be ensured, in accordance with proportionality principles relative to their deployment sectors. The legislation also seeks to enhance AI as a resource for national cybersecurity, requiring that cybersecurity be guaranteed throughout the lifecycle of AI systems and models according to a proportional, risk-based approach, including specific security controls to safeguard against manipulation of their intended use, expected performance, or security settings.

The law additionally introduced specific aggravating circumstances for offences committed «through the use of AI systems» and added a new general aggravating circumstance (No. 11-decies) under Article 61(1) of the Criminal Code, applicable where the offence involved AI systems used in ways that rendered them insidious, hindered public or private defence, or aggravated the consequences of the offence.

In light of these developments, this work reflects briefly on the necessity for criminal-law protection of new –or very new– legal interests, which face both traditional and innovative threats and constitute unprecedented manifestations of fundamental rights, while seeking a unifying conceptual thread among the evolving definitions of «cybersecurity.»

II. CYBERSECURITY AND CRIMINAL PROTECTION IN ITALY

Following the enactment of Law No. 547/1993, the first legislation addressing cybercrime, and Law No. 48/2008, which implemented the Council of Europe Convention on Cybercrime (the Cybercrime Convention), no further systematic legislative interventions occurred until recent years. The recent Law No. 90/2024 does not, in itself, fully address this need; rather, it introduces measures to strengthen national cybersecurity, enhance the resilience of public administrations and the financial sector, and implemented limited adjustments to cyber offences.

This law operates within a broader European framework in which the European Union has pursued multiple initiatives to promote cyber resilience, including operational digital resilience in the financial sector, such as through Regulation (EU) 2022/2554). From its inception, Italian criminal law in this domain has been characterized by a heterogeneous set of provisions, largely the product of sectoral or fragmented interventions. These were driven both by the practical necessity to fill gaps identified in application and by obligations to implement international and European norms.

It is noteworthy that for over thirty years Article 615-ter of the Criminal Code –the central provision in the cybercrime micro-system– remained unmended, giving rise to diverse doctrinal interpretations regarding its protected legal interest⁶.

Even following the limited 2024 legislative intervention, (see *infra*), the identification of this interest must be proceed through a systematic and teleological interpretation, in relation to other cyber offences, including those under Articles 615-quater, 617-quater, 617-quinquies, and 617-sexies of the Criminal Code.

In the era of interconnection, global communication, and the infosphere, as well as the accessibility and usability of digital resources via networks and mobile communication tools, «digital space» has rapidly evolved from a private or individual domain to a «public dimension.» Alongside the individual's interest, a super-individual or collective interest emerges: ensuring that access to these spaces, systems, and data occurs for lawful purposes, in a manner that is secure for users, while also constituting an «ideal extension of the area of respect relevant to the subject, guaranteed by Article 14 of the Constitution,» and instrumental to the exercise of the individual's fundamental rights.

On the one hand, a component of this «reserved area» concerns the rights and, powers of the holder to autonomously manage system resources and the content of digital (or telematic) communications, regardless of their nature. On the other hand, this must be balanced against the requirements of cybersecurity. Both cybersecurity and informational privacy contribute to outlining an anticipatory and preventive level of protection, prior to the actual violation of the integrity of information, programs, or information systems, as well as prior to unauthorized access to stored or processed data, even if confidential or secret. This perspective of protection, which emphasizes the functional aspects of cybersecurity, is reinforced by explicit normative provisions. Article 615-ter of the Criminal Code provides criminal protection only to systems secured by «security measures.» Doctrinal interpretation converges on the view that the legislature did not prescribe the nature, effectiveness, or adequacy of these measures; rather, they serve as an expression of the holder's *ius excludendi alios* within digital space. Furthermore, Article 615-ter, paragraph 2, no. 3, Criminal Code, provides for increased penalties and *ex officio* prosecution if the act results in «destruction or damage to the system or total or partial interruption of its functioning, or the destruction or damage of data, information, or programs contained therein.» Law No. 90/2024 substantially increased pe-

⁶ See FLOR R., PANATTONI B., «Digital criminal investigations in Italy», *op. cit.*

nalties for aggravated cases, introducing imprisonment from 2 to 10 years and amended paragraph 2, no. 3 to include acts of removal, reproduction or transmission, or the inaccessibility to the holder, thereby reinforcing the link between confidentiality, integrity, and cybersecurity.

Nevertheless, this amendment reflects a recurring conceptual misstep. Like the 2013 amendment to Article 640-ter via Law No. 119/2013, it references «theft» or «subtraction» in the context of digital identity or data, invoking concepts of physical appropriation that are technically inapplicable to inherently intangible digital objects. More than a decade later, the continued use of «subtraction» in relation to data underscores a persistent misunderstanding of the «technological rule,» as data, by their very nature, resist removal or appropriation.

The rapid pace of technological evolution consistently challenges legislative and judicial frameworks. Understanding the technological rule remains a decisive factor for criminal policy, influencing investigative and adjudicative methods, the constitutive elements of offenses, modalities of conduct, and objects of legal protection. Data and systems constitute both essential expressions of legal objectivity and immaterial, a-territorial spaces through which individuals, entities, and institutions conduct activities and provide services, thereby maintaining the regularity of legal relationships.

Proper comprehension of the technological rule should also guide statutory interpretation, within the limits of criminally relevant meanings, to avoid hermeneutical «acrobatics» that reflect outdated reasoning under the guise of evolutions, often resulting from analogical application *in malam partem* due to contingent concerns, such as avoiding gaps in criminal protection. The primary risk lies in a disjunction between the technological-social context, legislative intent, and the judicial interpretation.

Finally, with respect to computer-related offenses, even after the 2024 reforms, the scope of the protected legal interest cannot be reduced to the assets of system or data owners. Rather it extends to the integrity and availability of computer and telematic systems and data, and, for offenses under Articles 635-ter and 635-quinquies of the Criminal Code - structured as crimes of endangerment - even to public order. The intersection of individual and collective interests lies in the right not to suffer undue interference in the respect and availability of «informatic spaces,» independent of data quantity or quality, the size or nature of the space, or the holder's control over its «destiny».

Enhanced criminal protection of informational privacy and security was already ensured by the preparatory offense under Article 615-quater, the provisions of Article 615-quinquies (now largely incorporated into Article 635-qua-

ter.1), and by Articles 617-quater, 617-quinquies, and 617-sexies of the Criminal Code. Technological innovation has expanded the scope of protection for communication secrecy, constitutionally guaranteed under Article 15 of the Constitution, extending beyond message content to include external data associated with communications.

Criminal protection must be balanced with the free flow, accessibility, and usability of data and information. This balance becomes increasingly complex in light of growing system vulnerabilities and evolving forms of attack, both «traditional» and technological, which advance alongside technological development.

III. THE STRUCTURAL COMPONENTS OF THE CONCEPT OF «CYBERSECURITY» WITHIN INTERNATIONAL, EUROPEAN AND DOMESTIC LEGAL SOURCES

The so-called ‘cybersecurity’ does not entail merely a technical issue – or worse, an obstacle of a technical nature. On the contrary, its relevance within the increasingly diverse constellation of the digital ecosystem elevates it to an innovative expression of fundamental rights, if not itself a fundamental right. This approach is also confirmed in the scholarly debate, which increasingly refers to a «Human-Centric Approach to Cybersecurity»⁷, or to «Cybersecurity as a human right»⁸, or even poses the question –at least in the European context– «A new right to cybersecurity?»⁹.

Indeed, while there is broad agreement on the importance of cybersecurity, there is no unanimous consensus regarding the methodological, substantive, and definitional approach to this concept, at least within substantive criminal law.

The literature often blurs different levels of analysis, mixing cybersecurity in the context of national (or even international) security –namely, the natio-

⁷ DEIBERT R.J.: *Toward a Human-Centric Approach to Cybersecurity*: Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

⁸ SHACKELFORD S.: «Should Cybersecurity Be a Human Right? Exploring the ‘Shared Responsibility’ of Cyber Peace, in *Stanford Journal of International*», en *SSRN*, 2017, ‘<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3005062>’.

⁹ CHIARA P.G.: «Towards a right to cybersecurity in EU law? The challenges ahead», en *Computer Law & Security Review*, n.º 53, 2024, highlighting the «three legal challenges brought about by a theoretical framework for development of a new right to cybersecurity. They regard: i) the need for a new right to cybersecurity against the background of the existing fundamental right to security (Art. 6 EU Charter of Fundamental Rights, CFR); ii) the actual content of this new right; and, iii) how such a new right could be implemented».

nal cybersecurity perimeter, designed to ensure a high level of security of networks, information systems, and IT services used by public administrations and private operators providing essential services, whose malfunction, disruption (even partial), or misuse could threaten national security – with cybersecurity in the public or private sectors, or with cybersecurity understood merely as the outcome of organizational processes.

A further clarification is necessary, which is not merely terminological. Phenomena «in constant motion,» such as those connected to cyber-criminality, should correspond, on the one hand, to areas of the legal system characterized by a high capacity for adaptation and, on the other hand, to flexible judicial interpretation. At the same time, however, in new or «experimental» fields, such characteristics may convey a sense of instability or unease. Yet precisely the specificity of these sectors requires technical semantics capable of filling «traditional» terms – comprehensible to jurists and public opinion – with contents adaptable to the new technological context, adhering as faithfully as possible both to the legal text and to the meanings that terms have in reality or, more precisely, in technological practice.

Within ICTs, the notion of «space,» understood as an «area» available to users for the processing of data and information, is based on the immateriality of the environment, which cannot always be delimited by physical (servers, individual systems or devices, smartphones, etc.) or territorial boundaries. It may assume a dual dimension. The first can be defined as «global» or «public» and is generally used to describe the Internet – more precisely, the World Wide Web – as environments open to all users. The second is «individual» or «private» and identifies an area reserved for one or more subjects authorized to access it through different authentication mechanisms.

Therefore, the concept of cybersecurity (whether referred to the public/private sector or to national security – within which an extensive set of obligations is extended to numerous operators, accompanied by intrusive preventive, investigative, and sanctioning powers of governmental and independent authorities) must be conceived as a comprehensive concept. In line with this integrated approach, which includes information security, such notion conveys the interest in protecting the confidentiality, integrity, availability, and reliability of data, information, devices, networks, and systems¹⁰.

In this sense, «cybersecurity» differs from «cybersafety,» which appears to include risks connected to informational contents processed in cyberspace and their direct and indirect repercussions on persons. At the same time, cyber-

¹⁰ *Ibidem*.

security may be understood as a proactive and reactive process aimed precisely at protecting the interest of individuals and organizations in being free from threats – particularly those directed at the CIA Triad (Confidentiality, Integrity, and Availability), which constitutes both the core area of information security and the guiding model for its governance, and which may be linked to the need to protect the reliability of IT systems, networks, data, and information contained in or processed through them.

Thus, the notion of cybersecurity can be constructed on at least three levels – all deserving protection, while bearing in mind national security needs: (a) Infrastructural (devices, hardware, software, and networks); (b) Informational (concerning the informational assets of a person or entity, not necessarily personal in nature); (c) Personal in the strict sense (concerning data protection – that is, protection of personal data).

This conceptual model involves not only activities of management and prevention of risks related to cyberspace but include indistinctly both the virtual and real dimensions, thus requiring a redefinition of the role of the State and public institutions –both nationally and supranationally– in safeguarding cybersecurity¹¹.

The European dimension of cybersecurity has gained increasing importance, with the European Union assuming a leading role in defining common policies and regulations. With the adoption of the relevant legislative package –particularly Directive (EU) 2022/2555 (NIS2 Directive)– the EU has outlined a legal framework aimed at significantly raising the minimum level of security of networks and information throughout the European territory. The challenge is no longer merely harmonizing different national laws but achieving common benefits through the establishment of shared infrastructures and forms of cooperation among Member States¹².

Turning to the CIA Triad's criminal protection, it is entrusted to a core set of offenses provided by Directive 2013/40/EU, aimed at sanctioning illegal access to information systems (Art. 3), illegal system interference (Art. 4), illegal data interference (Art. 5), and illegal interception (Art. 6). In particular, the offenses in Articles 3 and 6 protect confidentiality of data and systems, whereas those in Articles 4 and 5 safeguard integrity and availability.

This European directive fits harmoniously into the international framework against cybercrime established by the Council of Europe's 2001 Cybercrime Convention. The CIA Triad is protected in Title I of the Treaty

¹¹ Ursi R. (Directora): *La sicurezza nel cyberspazio*, Milano, 2023.

¹² *Ibidem*.

(«Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems»), which requires States to criminalize illegal access (Art. 2), illegal interception (Art. 3), data interference (Art. 4), and system interference (Art. 5)¹³.

Finally –but not least– regarding data protection specifically, the current regulatory reference in Italy is Legislative Decree No. 101/2018, aligning national law with GDPR principles and rules. Many years after introducing the offense of unlawful processing of personal data (Art. 167 of Legislative Decree No. 196/2003), and following European law, the Italian legislator expanded criminal sanctions through a «punitive trilogy»: Art. 167 («Unlawful processing of data»), 167-bis («Unlawful communication and dissemination of personal data processed on a large scale»), and 167-ter («Fraudulent acquisition of personal data processed on a large scale»), while choosing not to reintroduce the offense of failure to adopt minimum security measures (former Art. 169 Privacy Code).

Regarding data processing in criminal investigations, Legislative Decree No. 51/2018 (implementing Directive 2016/680/EU) provides in Article 43 the offense of unlawful processing of data in violation of lawfulness principles or rules governing special categories of personal data, or prohibiting discriminatory profiling based on such categories. This is complemented by Articles 44 and 45 («False statements to the Supervisory Authority» and «Non-compliance with the Authority's orders»).

The common denominator of this framework revolves around subsidiarity clauses, making these offenses applicable only in the absence of more serious provisions carrying heavier penalties.

Criminal offences in data protection legislation essentially sanction extra-criminal norms, regulate procedures aimed at safeguarding personal and private life, and ensure reliable criminal investigations for justice purposes. Thus, the legal framework safeguarding personal data constitutes a specific category within the broader concept of personal privacy – an area already protected by other offenses designed to anticipate criminal liability in defense of the individual's private sphere. This sphere includes informational privacy, the violation of which does not necessarily entail the misuse of personal data¹⁴.

¹³ The same offences are included in the UN Convention on cybercrime, 24 December 2004. See DIMETTO M.: «Convenzione delle Nazioni Unite contro il cybercrime e tutela dei diritti umani: influenze europee sullo scenario internazionale,» en *Freedom, Security and Justice*, 2025, p. 108 ff.

¹⁴ See LOIODICE A., SANTANIELLO G.: «La tutela della riservatezza», en SANTANIELLO G. (Director): *Trattato di diritto amministrativo*, XXVI, Padova, 2000; TRONCONE P.: *Il delitto di trattamento illecito di dati personali*, Torino, 2011, p. 177 ff.; FRANCESCHELLI B.: *Il diritto alla riservatezza*, Napoli, 1960; MORSILLO G.: *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Milano, 1966; BRICOLA F.: «Prospettive

The modern concept of privacy therefore expresses not only the right to exclude others from knowledge of private information but also the positive right to control one's personal data and information¹⁵ – particularly significant in today's technological society characterized by large-scale automated processing.

Technological evolution has given these provisions public significance, reflected in the mandatory nature of data-processing rules and in the powers of the Data Protection Authority, evidencing the intent to ensure anticipatory protection of personal privacy¹⁶. Without entering into the critical issues of their application, what matters is that components of cybersecurity receive autonomous criminal protection, even within investigative activities, in a system confronted with multiple «technological repositioning,» which mark a genuine paradigm shift.

IV. CONCLUSIONS

The complexity and constant metamorphosis of technological society inevitably generate new interests worthy of criminal protection, which may represent new manifestations of traditional fundamental rights.

In this respect, the legal object of protection should regain centrality in discussions on criminal law and technology as an indispensable liberal safeguard. The «legal good» (*Rechtsgut*) is a descriptive, classificatory, and hermeneutic category of classical criminal law theory –from Birnbaum to Binding and Liszt, and from Arturo Rocco to Grisipigni– though it has undergone liberal, critical, methodological, functional, and constitutional phases. Even in its

e limiti della tutela penale della riservatezza», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079 ff.; MANTOVANI F.: «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi», en *Arch. giur.*, 1968, p. 61 ff.; PALAZZO F.: «Considerazioni in tema di tutela della riservatezza», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 126 ff.; FROSINI V.: «La protezione della riservatezza nella società informatica», en *Inform. dir.*, 1981, p. 5 ff.; GIANNANTONIO E., LOSANO M.G., ZENO-ZENCOVICH V.: *La tutela dei dati personali. Commento alla l. 675/96*, Padova, 1999; MANNA A.: «Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali», en *Dir. inf.*, 2003, p. 727 ff.; ID.: «Privacy on line: quali spazi per la tutela penale?», en *Dir. Internet*, 2005, p. 195 ff.; FIORIGLIO G.: *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di internet*, Bologna, 2008; D'AGOSTINO L.: «La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo: un primo commento al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101», en *Arch. pen.*, n.° 1, 2018, p. 1 ff.

¹⁵ BALDASSARRE A.: *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 45 ff.

¹⁶ Cfr. LAMANUZZI M.: «Diritto penale e trattamento dei dati personali. I reati previsti dal Codice della privacy e la responsabilità amministrativa degli enti alla luce del regolamento 2016/679/UE», en *JusOnline*, n.° 1, 2017, p. 221 ff.; TORRE V.: «La gestione del rischio nella disciplina del trattamento dei dati personali», en L. PICOTTI (Director): *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, p. 239 ff.

liberal sense, it helps delimit classes of conduct, though its selective potential remains modest; the legal good alone is insufficient and should not be overburdened¹⁷. Avoiding elevating it as the «ultimate and exclusive paradigm for understanding crime»¹⁸, and focusing instead on rational punishment needs, its epistemological indispensability remains as a unifying feature of other structural requirements of the offense within liberal and guarantee-based principles¹⁹. Whoever attacks or diminishes it collides with the very foundation of the offensiveness principle²⁰.

Although defining offences rests with the legislator, judges retain some freedom in constructing their concrete perimeter, provided they refer to legislative descriptions²¹. Hence, this dialectic dimension should be able to reflect the objective relevance of the proactive and reactive approaches to protecting the CIA Triad that are emerging in an elusive and rapidly changing scenario, where, echoing Rodotà, it may indeed be time «to think of a system of rights for the largest public humanity has ever known»²².

¹⁷ DONINI M.: «Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei», in *Dir. pen. cont. trim.*, n.° 4, 2003, p. 5 ff.

¹⁸ CONTIERI E.: *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Napoli, 2019, p. 8 ff.; RIPPA F.: «La pubblica amministrazione come oggetto di tutela penale: tra nuove derive eticizzanti e necessità di recupero del suo significato oggettivo-funzionale», in *De Iustitia*, 2021, p. 1 ff.; SINA P.: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962, p. 24 ff.; JÄGER H.: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 6 ff.

¹⁹ ROCCO A.: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913; PISAPIA G.: *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano; PAGLIARO A. (1965). «Bene giuridico e interpretazione della legge penale», in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1948; STELLA F.: «La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 1 ff.; BETTIOL G.: «L'odierno problema del bene giuridico», in *Riv. it. dir. pen.*, 1959, p. 705 ff.; NEPPI MODONA G.: *Il reato impossibile*, Milano, 1965; BRICOLA F.: «Teoria generale del reato», in *Noviss. dig. it.*, XIV, 1973, p. 14 ff.; MANTOVANI F.: «Il principio di offensività del reato nella Costituzione», in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 445 ff.; PULITANÒ D.: «La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione», in *Quest. crim.*, 1981, p. 111 ff.; VASSALLI G.: «Considerazioni sul principio di offensività», in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, p. 629 ff.; FIANDACA G.: «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 42 ff.; ANGIONI V.: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; STILE A.M. (Director): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985; DONINI M.: *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003; ID.: «Teoria del reato», in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 267 ff.; FIANDACA G.: *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; MANES V.: *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; CATERINI M.: *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; ROMANO M.: «La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico», in *Criminalia*, 2011, p. 33 ff.

²⁰ DONINI M.: *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Torino, 2013, p. 6.

²¹ PALAZZO F.: «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ff.

²² RODOTÀ S.: *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014.

This attempt to reconstruct theoretically the structural components of cybersecurity –following Law No. 90/2024– aims not merely to delimit the applicability of the relevant offenses but to contribute to developing a substantive and proactive concept of cybersecurity capable of guiding criminal policy choices. This requires constant interdisciplinary dialogue, since criminal law involves many actors and languages, increasingly enriched by comparative and extra-legal knowledge²³. Hence, technological knowledge should influence law through a reciprocal interaction, as the complexity of technical languages places legislators and judges in cognitive disadvantage, risking outdated case-by-case approaches. As noted in the scholarship on science-law relationship, the need for interoperability between the two is an unavoidable paradox: it must be managed by avoiding both science's expropriation of law and law's denial of science –theoretically achievable, yet difficult in practice²⁴.

Adapting offenses' elements to new technological phenomena through judicial interpretation may often be more effective than legislative intervention, which risks lagging behind technical progress –but only where existing offences already allow multiple keys in interpreting the harm²⁵.

²³ DONINI M.: «Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di arturo rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario», en *Criminalia*, 2010, p. 127, 178.

²⁴ FIANDACA G., «Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale», en *D. & Q. pubb.*, 2005, p. 22-23.

²⁵ DONINI M.: «Scienza penale e potere politico», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 95 ff.. On the methodology in Law&Tech studies see CALO R.: *Law and Technology: A Methodical Approach*, Oxford, 2025, according to who «Technology has no fixed meaning but varies by observer and by context, and changes over time».

29. ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS POR DELITOS ECOLÓGICOS?

JUAN LUIS FUENTES OSORIO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra el daño ambiental acontece en un contexto local, estatal e internacional presidido por un modo de producción y consumo que se considera irrenunciable¹. La estrategia de tutela no reside, por consiguiente, en evitar las agresiones (vistas en su mayoría como soportables y necesarias), sino en racionalizarlas. El objetivo es conseguir una eficiencia contaminadora, plasmada en un modelo de gestión del daño ambiental configurado en torno a tres premisas: el efecto nocivo de los ataques contra el ambiente es relativo (no es tan grave y en todo caso hay que valorar los beneficios que produce), la necesidad del crecimiento económico constante es irrefutable, el perímetro de lo prohibido es una decisión negociada. Además, al aplicar esta regulación y controlar su cumplimiento siempre está presente la idea de que la contaminación debería ser permisible, incluso cuando sea ilegal, si beneficia al sistema económico.

Los entes estatales y las administraciones públicas que los integran están condicionados en su relación con el ambiente por la coyuntura descrita. De

¹ Este trabajo se desarrolla dentro del Proyecto de Investigación «Derecho ambiental y el espacio judicial europeo: mecanismos de actuación y cooperación», Línea A. CP 2301 (financiado por la Comunidad de Madrid). IPs: Mercedes Yela Uceda y Álvaro Alzina Lozano.

modo que, aunque elaboran legislaciones que definen, a partir de los criterios indicados, los umbrales del daño ambiental inadmisibles, es posible que asuman simultáneamente actitudes incompatibles con la búsqueda de la mayor eficacia en la creación e implementación de estos instrumentos. Esto se evidencia especialmente en tres manifestaciones: la Administración no prioriza la defensa del ambiente, realiza conductas que superan los márgenes de lo normativamente permitido, actúa de modo permisivo frente al daño ambiental ilícito.

La Administración, como ente público, se arriesga, a raíz de tales comportamientos a sufrir distintas modalidades de responsabilidad. Así, cuando, por ejemplo, en el desarrollo reglamentario de una ley por una Comunidad Autónoma² se legalizan agresiones ambientales de manera excepcional, el Gobierno central podría entender que, al contradecir la ley básica, invade una competencia estatal y requerir a la CA para que anule o derogue esta parte del reglamento y plantear con posterioridad un conflicto de competencias ante el TC³. También, podría ser responsable patrimonialmente cuando, como consecuencia de su funcionamiento anormal (por ejemplo, por el incumplimiento de una ley ambiental) produzca sobre un particular un daño efectivo, evaluable e individualizado (no siendo un caso de fuerza mayor, ni teniendo el perjudicado el deber de soportarlo)⁴. ¿Ahora bien, se expondría a sanciones administrativas y a penas?

II. ¿ADMINISTRACIÓN SANCIONABLE POR DAÑAR EL AMBIENTE?

De las conductas que efectúa la Administración y que suponen ataques directos o indirectos contra el ambiente se puede derivar responsabilidad administrativa. Por un lado, podrán ser responsables, como personas jurídicas públicas, por las infracciones administrativas que cometan (art. 28.1 LRJSP). Eventualmente serán condenadas por la Administración que tenga la competencia sancionadora. Normalmente a una multa que tendrá una cuantía situada dentro del marco que corresponda según la ley de referencia a la gravedad de la infracción. Del mismo modo, podrían enfrentarse a una sanción europea (multas coercitivas, sanciones de suma fija y penalizaciones por día de

² A partir de ahora CA o CCAA.

³ Vid. art. 161 CE, arts. 59 y ss. LOTC.

⁴ Vid. art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)

incumplimiento)⁵. Por tanto, cuando un Ayuntamiento no tenga colectores y vierta aguas residuales ilícitamente en un río, este podría ser sancionado por la Confederación Hidrográfica de la cuenca⁶, mientras que el Estado por el TJUE⁷. Aparte del potencial efecto disuasorio que pueda tener sobre el ente público la amenaza de una sanción administrativa y su efectiva condena⁸, la multa impuesta tiene un impacto favorable, ya que permite concentrar los costes formales e informales que tiene la agresión ambiental en el plano local, autonómico o estatal responsable.

En relación con las multas impuestas por la UE el inconveniente se halla precisamente en que transmiten la impresión de que se condena a todo el Estado, de manera que la Administración causante podría tener una menor motivación para, por ejemplo, adaptar su legislación a lo requerido por Europa, al tener su transgresión menores costes formales y reputacionales. En efecto, inicialmente la multa impuesta al Estado realmente no era abonada por la Administración que cometía la infracción. A partir de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria (LEP), se instaura (art. 8) que las Administraciones públicas deberán soportar la parte que le sea imputable por la inobservancia de los compromisos asumidos por España con la normativa europea. La disposición adicional segunda insiste en este aspecto y destaca que «las Administraciones públicas⁹ (...) que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea o de tratados o convenios internacionales en los que España sea parte, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de

⁵ Arts. 258, 260 TFUE, 7 y 29 TUE.

⁶ *Vid.* por ejemplo STSJ Murcia 589/2016, de 7 de julio (TSJMU:2016:1531), que confirma la multa impuesta por la Confederación Hidrográfica del Segura al Ayuntamiento de Murcia por un vertido de aguas residuales. Sancionado por una infracción del art. 116.3.g Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA). Al estimarse leve se impone, según el art. 315 b Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), una multa en su grado mínimo de 4.000 euros (art. 117 TRLA). *Vid.* también STSJ Madrid 278/2020 de 11 de junio (TSJM:2020:4465): confirma una sanción de 3.000 al Ayuntamiento de las Rozas por la Confederación Hidrográfica del Tajo (arts. 116.3.f TRLA y 315.1 RDPH).

⁷ Por ejemplo, se condenó a España (por incumplimiento de la Directiva 91/271/CE sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas) con una multa de 12 millones de euros (más una multa coercitiva de 10.950.000 euros por cada semestre que no se cumpliera la legislación), STJUE C-205/2017, de 25 de julio 2018 (EU:C:2018:606).

⁸ Comprobar, por ejemplo, la probabilidad de que un ente público sea condenado y a una multa de cierta severidad por una infracción administrativa requeriría un profundo estudio empírico que no puedo abordar en este trabajo.

⁹ *Vid.* art. 2.1 LEP.

tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que (...) se dicten». En función de esta disposición adicional se aprobó el RD 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. De conformidad con ello se elaboran informes anuales (por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) en los que se fijan la cuantía que por esta razón tiene que pagar la CA responsable¹⁰. Resulta, no obstante, llamativa la poca atención y visibilidad mediática que tienen estos informes.

III. ¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS?

(1) La responsabilidad penal de la Administración pública meramente alcanza a las personas físicas, autoridades y/o funcionarios, que han intervenido en las agresiones. En principio, estos sujetos podrían ser responsables por su actuación como autores (por ejemplo, cuando hayan realizado directamente un vertido) o como partícipes (por ejemplo, cuando hayan favorecido el comportamiento criminal de un tercero autorizándolo de manera indebida). En ambos casos se prevé una agravación por su comisión abusando de su cargo. Estas intervenciones pueden ser, además, formas de «corrupción» pública que atentan, al mismo tiempo, contra otros bienes jurídicos, distintos al ambiente, vinculados con el correcto ejercicio de la función pública. Estos delitos entrarían en concurso ideal con los ecológicos¹¹ o conducirían a la aplicación, por consunción, de un tipo que recoja el ataque contra ambos bienes (como sucede con el art. 329 CP)¹².

¹⁰ Disponibles en https://mptmd.gob.es/portal/politica-territorial/internacional/ue/respons_incump_dchoue (última consulta 9 de enero 2026).

¹¹ Sin agravar por la condición de funcionario del sujeto activo.

¹² Artículo que sanciona junto a la prevaricación genérica (art. 329.2 CP) otras omisiones y trámites administrativos que no son abarcables por esta al no ser equiparables a una resolución, *vid.* GÓRRIZ ROYO, E.: «Omisión y tolerancia administrativa en derecho penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1.2.º CP», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n. 14, 2005, pp. 25 y ss.; ídem, «Prevaricaciones ambientales y corrupción en el marco de la inspección ambiental y de la emisión de informes favorables, a tenor del art. 329.1 CP», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 22, 2014, p. 3; FUENTES-LOUREIRO M.A.: «La problemática jurisprudencial de la declaración de impacto ambiental como objeto del delito de prevaricación ambiental», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 34, 2016, p. 3 (citado según paginación versión web); BENITO SÁNCHEZ D.: «Corrupción y medioambiente. La respuesta del Derecho Penal Español a la luz de la normativa europea», en *Lex Social*, 16(1), 2025, p. 25.

(2) Esta responsabilidad penal circunscrita a los funcionarios es insuficiente desde una perspectiva preventiva. En primer lugar, porque de este modo se traslada la idea de que la corrupción es una cuestión de carácter personal e invisibiliza el problema de la falta de preocupación de la administración afectada por el daño ambiental o de su posicionamiento directamente tolerante. En segundo lugar, la sanción del funcionario no garantiza un cese en la continuidad de la agresión ni reduce la peligrosidad de los entes públicos de los que forman parte cuando estos se han organizado defectuosamente en su relación con las normas ambientales. En tercer lugar, no siempre se puede (o se quiere¹³) condenar a una persona física. Por una parte, porque no es fácil conectar objetiva y/o subjetivamente las conductas realizadas por el funcionario con un plan delictivo. Por otra, porque tampoco se describen todos sus comportamientos como formas genéricas o específicas de corrupción. Por ejemplo, el art. 329 CP no pune los casos en los que el funcionario no impone una sanción después de haber incoado un expediente sancionador o cuando no revoca una licencia concurriendo las circunstancias para ello¹⁴. En cuarto lugar, comunica el mensaje de que las instituciones públicas pueden cometer delitos ambientales impunemente (percepción que se incrementa cuando no es viable responsabilizar penalmente a la persona física en el caso concreto). Por último, la posible sanción penal del funcionario no estimula al ente público a la asunción de posicionamientos respetuosos con la regulación vigente protectora del ambiente. El inicio de un proceso penal (independientemente de que acabe con una absolución), la condena y la efectiva imposición de una pena, así como la amenaza de que todo ello acontezca, tendría un positivo efecto preventivo general¹⁵ y especial, sobre todo porque podría ocasionar costes reputacionales significativos, que pueden ser superiores a los que se derivan de la responsabilidad en exclusiva del funcionario.

(3) En consecuencia, parece evidente que si se introduce la posibilidad de que las personas jurídicas públicas tengan responsabilidad penal por la comisión de delitos ambientales el sistema sancionador ambiental saldría reforzado. De hecho, se defiende que en general (sin referirse estrictamente a las personas jurídicas públicas) el uso combinado de ambos instrumentos san-

¹³ Insiste en la escasa aplicación del art. 329 CP, BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 23.

¹⁴ Críticamente GÓRRIZ ROYO, «Omisión y tolerancia administrativa...», pp. 35, 44.

¹⁵ Vid. PAVANELLO, E., *La responsabilità penale delle persone giuridiche di Diritto pubblico. Società pubblica delinquere potest*, Padova: Padova University Press, 2011, p. 26.

cionatorios al enfrentarse al daño ambiental puede aportar una disuasión adicional¹⁶.

La construcción de un modelo de responsabilidad penal de los entes públicos requeriría, para empezar, que el correspondiente sistema penal hubiera previsto la de las personas jurídicas. Sin embargo, en aquellos sistemas que la admiten lo habitual es que se exceptúe de ella a la Administración pública¹⁷. Este descarte es criticado en el contexto ambiental, pues no parece que la mejor forma para hacer frente a la tolerancia administrativa sea dejando al margen de la responsabilidad penal a las Administraciones públicas y confiando solamente en que estas se persigan, condenen y sancionen administrativamente (y de forma severa) «a sí mismas»¹⁸.

Esta exención de la responsabilidad penal es una decisión que no tiene que ser definitiva, como subraya la nueva Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE (NDCA). Esta, aunque exige la responsabilidad penal¹⁹ de las personas jurídicas privadas y mantiene expresamente la exclusión de las públicas²⁰, permite que cada Estado miembro establezca reglas más estrictas, lo que deja una vía franca a la sanción penal de las instituciones públicas²¹. Ciertamente existen ejemplos de normativas nacionales que implantan modelos (usualmente acotados) de responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas²².

¹⁶ Vid. FAURE, M.G./SVATIKOVA, K.: «Criminal or administrative law to protect the environment? Evidence from Western Europe», en *Journal of Environmental Law*, 24(2), 2012, p. 256.

¹⁷ El modelo español recoge esta exclusión en el art. 31.1 quinquis CP.

¹⁸ BENITO SÁNCHEZ («Corrupción...», pp. 5 y s.) está en contra de esta exclusión porque «(...) resta eficacia a la lucha contra la corrupción ambiental cuando es precisamente la Administración pública la que tolera o interviene en la perpetración del delito». Vid. también DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./PÉREZ MACHÍO, A., «La responsabilidad de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los estados», en De la Cuesta Arzamendi (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 135 y s.; CUERDA ARNAU, M.L., «La justicia penal nacional frente al ecocidio. David contra Goliath (veinte años desde la catástrofe del Prestige)», en CHIARA MARULLO et al (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, A Coruña: Colex, 2023, p. 190; GIL NOBAJAS, M.S.: «Compliance Ambiental y personas jurídicas: efectos plutofílicos del régimen legal de exoneración de responsabilidad», en *Lex Social*, 16(1), 2025, p. 14.

¹⁹ Art. 6.2 NDCA.

²⁰ Punto 12 del preámbulo, art. 2.a NDCA.

²¹ Punto 12 del preámbulo NDCA. Vid. en este sentido PIFARRRÉ DE MONER, M.J.: «Medio ambiente, sostenibilidad y política criminal europea: hacia una nueva directiva penal de la UE», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 41, 2024, pp. 12 y s.; BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 24; GIL NOBAJAS, «Compliance Ambiental...», p. 15.

²² Vid. infra punto (4)(b).

Se sostiene, por el contrario, que la vía penal no es la más adecuada. Son varios los motivos que se alegan para defender esta exclusión. Se dice que las actuaciones judiciales penales dirigidas contra la Administración podrían afectar a la función pública que esta desarrolla²³. También se incide en que no tiene sentido que las Administraciones públicas se autopunan²⁴. Por un lado, por la superposición que ello supone, ya que el acusado es el titular del *ius puniendi*. Por otro, porque las multas no tendrían una repercusión real al suponer un traspaso de dinero dentro del Estado o, en todo caso, porque causarían un impacto indeseado. Supondrían una limitación del presupuesto del ente, lo que menoscabaría el desarrollo de su servicio público y, de este modo, se perjudicaría a los ciudadanos.

Ahora bien, el principio de responsabilidad por la gestión de la Administración demanda poder enjuiciar política y judicialmente los comportamientos de esta en su conjunto, sin circunscribirse a las personas físicas que actúan dentro de esta y a pesar de que ello pueda influir en el ejercicio de su función pública. Asimismo, esta función ya resulta perjudicada cuando hay procesos administrativos o penales dirigidos únicamente contra las autoridades y funcionarios. Y se verá aún más comprometida cuando las personas jurídicas públicas sean juzgadas por las infracciones administrativas que cometan²⁵ y cuando sufran, si son condenadas, las multas impuestas por la Administración que tiene la competencia sancionadora²⁶. Aparte de eso, el detrimento patrimonial que la Administración responsable soporta hace posible que esta no externalice las consecuencias de su comportamiento ilícito sobre un ámbito territorial distinto y que los ciudadanos de la zona perjudicada puedan exigir responsabilidad política a esta. Finalmente, es factible concebir penas con una severidad suficiente para tener un efecto disuasorio y que no deterioren en exceso la función pública.

(4) Desde mi punto de vista es dogmáticamente viable y, como ya he dicho, necesario desde una perspectiva preventiva extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas públicas²⁷. No obstante, habría que resolver

²³ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S.: «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en Zugaldía Espinar; Marín de Espinosa (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 77 y s.

²⁴ Vid. GARCÍA RUIZ, A.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y su aplicación a los delitos ecológicos», en *Revista de derecho Penal y Criminología*, n. 2, 2016, p. 14.

²⁵ Próxima PAVANELLO, *La responsabilità...*, pp. 53 y ss.

²⁶ Vid. PAVANELLO, *La responsabilità...*, p. 24.

²⁷ A favor de su punición en el contexto ambiental, FUENTES OSORIO, J.L./FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «Motivos de absolución en los delitos contra el medio ambiente: una comparación entre los delitos contra la fauna y contra los recursos naturales», en *Revista Electrónica de Criminología*, 04-03, 2021, p. 12; GIL NOBAJAS, «Compliance Ambiental...», p. 15; BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 24.

varias cuestiones para ajustar el modelo de responsabilidad penal a las peculiaridades de estas ²⁸.

(a) ¿Tienen que someterse a las mismas exigencias del art. 31 bis CP? La Administración debería ser penalmente responsable solamente cuando la conducta de las autoridades y funcionarios que actúan en el ejercicio de sus funciones, por cuenta y en beneficio del ente público, sea un hecho imputable a un defecto de esta organización ²⁹. Ello nos permitiría diferenciar situaciones de corrupción aislada de aquella institucionalizada y estructural. Por otro lado, el ente público no debería ser sancionado cuando tuviera un programa de cumplimiento normativo adoptado y ejecutado eficazmente ³⁰.

(b) ¿Se debe limitar de esta responsabilidad penal según la posición del ente en la estructura jerárquica de la Administración o por la naturaleza del comportamiento efectuado?

(i) Se pueden apartar a los niveles superiores de la Administración, sobre todo al Estado, y concentrar la responsabilidad en los entes periféricos, especialmente en los locales y otras entidades de derecho público (por ejemplo, las universidades). Así, aunque Holanda reconoce la responsabilidad penal de las entidades de derecho público en su art. 51 CPH, hay cierta discusión doctrinal y jurisprudencial sobre su alcance: predomina la idea de que el Estado no puede incurrir en responsabilidad penal por el interés general que representa ³¹.

²⁸ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ («El delito de ecocidio en el ámbito internacional, ¿un debate desenfocado?», en *Revista Electrónica de Criminología*, 09-04, 2024, p. 13) plantea la necesidad de que los Estados puedan ser sancionados por sus comportamientos permisivos del daño ambiental, pero tiene dudas respecto a que esta responsabilidad deba ser penal por la dificultad que tendría crear un sistema de atribución de responsabilidad penal y de penas adecuados.

²⁹ Sería defectuosa cuando al menos incumpla con su deber de actuación diligente en la prevención y descubrimiento de los comportamientos delictivos que se pueden producir en su ámbito de organización.

³⁰ Las Administraciones públicas pueden incorporar programas de cumplimiento, aunque no se les de ese nombre, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español», en De la Cuesta Arzamendi (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 71. De hecho, se considera que la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, establece obligaciones semejantes a las descritas en estos programas.

³¹ *Vid.* el caso del aeropuerto militar de Volkel en el que se condenó en instancia (pero sin imponer sanción) al Ministerio de Defensa por sus reincidentes contaminaciones con queroseno. El TS con posterioridad (25 de enero de 1994) declaró su impunidad penal porque el Estado estaba actuando, en principio, en defensa del interés general. Resolución que fue valorada negativamente, *vid.* al respecto PAVANELLO, *La responsabilità...*, pp. 77 y ss.; VERVAELE, J.A.E., «Societas/universitas delinquere et punire potest. 60 años de experiencia en Holanda», en Ontiveros Alonso (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 554 y ss.; BLUMENBERG, A.D.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso danés y holandés», en *Eguzkilore*, 28, 2014, p. 110; MENÉNDEZ CONCA, L.G.: *La responsabilidad «penal» de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes*, Zaragoza, Tesis doctoral, 2024, pp. 150 y s.

(ii) También se plantea reducir el ámbito de la responsabilidad penal según el carácter de la actividad desarrollada. Por ejemplo, Dinamarca acepta expresamente la responsabilidad penal de los municipios y de las autoridades estatales en el art. 26 CPD, pero solo cuando practiquen una actividad comparable a la de una empresa privada³². En Holanda se afirma que los entes públicos descentralizados podrán ser penalmente responsables cuando realicen una actividad que pudiera ser efectuada por particulares y siempre que esta conducta no se vincule con funciones públicas³³. De este modo, sería responsable un ayuntamiento por matar pájaros sin autorización, pero no por dar una autorización ilegal para matar pájaros³⁴. Interpretación criticada porque esta distinción se basa en conceptos administrativos ambiguos y no es clara en todos los casos³⁵.

Una solución todavía más restrictiva es la prevista en España, donde exclusivamente las sociedades mercantiles públicas tendrán responsabilidad penal (art. 31.2 quinquies CP). Esto podría generar situaciones paradójicas: si un Ayuntamiento gestiona directamente el abastecimiento, saneamiento y depuración del agua no podrá tener responsabilidad penal por sus acciones (únicamente administrativa), pero si constituye una sociedad anónima municipal (que puede ser mixta) para ello, esta podrá ser sancionada por la vía del art. 31 bis CP³⁶.

Considero que la elaboración de modelos de responsabilidad restringida utilizando estos dos criterios es inadecuada y puede generar, como he señalado, incongruencias, precisamente porque estos no abarcan todos los entes públicos, ni todas los posibles ilícitos ambientales. Debo admitir, sin embargo, que posiblemente es una posición de partida conveniente para superar las reticencias descritas.

(c) ¿Se debería circunscribir esta responsabilidad penal a ciertos grupos de delitos? Parece lógico concentrar esta respuesta penal en los contextos en los que la intervención criminal de la Administración está particularmente

³² Vid. BLUMENBERG, «Responsabilidad...», p. 104.

³³ Vid. PAVANELLO, *La responsabilità...*, pp. 52 y ss.; VERVAELE, «Societas/universitas...», pp. 555 y ss.; MENÉNDEZ CONCA, *La responsabilità...*, pp. 150 y s.

³⁴ Ejemplo tomado de PAVANELLO, *La responsabilità...*, p. 73.

³⁵ Vid. PAVANELLO, *La responsabilità...*, p. 322.

³⁶ Se reprocha de igual manera que ello conduce a que las sociedades mercantiles de capital privado, no asimilables a las sociedades mercantiles de capital público, que colaboran con una Administración queden excluidas de la responsabilidad penal al ejercer potestades públicas administrativas, así SILVA SÁNCHEZ, J.: «Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente», en González Cussac (dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 797 y s. Vid. también GIL NOBAJAS, «Compliance Ambiental...», p. 15.

presente (sin duda, en los delitos ambientales). Ahora bien, la creación de un sistema de *numerus clausus* dentro de un sistema de *numerus clausus* más amplio (articulado, por ejemplo, ampliando el sujeto descrito en el precepto habilitante a las personas jurídicas privadas y *públicas*) parte de las trabas y déficits de este último. Por ejemplo, hay que recordar que el art. 328 CP habilita la responsabilidad penal de las personas jurídicas por todos los delitos incluidos en el Capítulo III del Título XVI. De este modo, comprende la prevención específica del art. 329 CP, pero no se extiende a los delitos contra la flora y fauna del Capítulo IV.

(d) ¿Qué sistema de penas debería utilizarse?

(i) Desde mi punto de vista, el mayor obstáculo penológico no está en la multa. Primero, porque las Administraciones disponen de un patrimonio propio y gestionan diversos fondos financieros integrados en su Hacienda pública³⁷. Segundo, porque al determinar la multa hay que tener en cuenta sus consecuencias económicas y sociales (art. 66 bis CP), así como la situación financiera del sujeto condenado (arts. 50 y ss. CP). Es decir, sería posible precisar la cuantía de estas sanciones teniendo en cuenta los recursos económicos del ente público y el perjuicio potencial sobre la función pública que tendría. Además, se podrían añadir otros topes directamente en el precepto habilitante: por ejemplo, fijar expresamente que la multa por cuotas o proporcional imposita no podrá exceder un determinado porcentaje del presupuesto del ente público o que no podrá superar la cantidad máxima aplicable por los mismos hechos en sede administrativa.

(ii) En cambio, la mayoría de las sanciones interdictivas alteran gravemente el ejercicio de la función pública³⁸. Resulta indudable que, por ejemplo, no se puede clausurar o disolver un Ayuntamiento ni prohibir/suspender sus actividades. Por este motivo, este tipo de sanciones, impuestas en España por necesidades preventivo-especiales negativas, quedarían reducidas a la especificación de alguna forma de «intervención» judicial. Pena que puede lograr este objetivo inocuizador en el ente público con un impacto leve en sus funciones³⁹.

³⁷ Vid. PAVANELLO, *La responsabilità...*, pp. 55 y s.

³⁸ Vid. en este sentido BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», pp. 24 y ss.

³⁹ A favor de la punición de las personas jurídicas públicas, pero defendiendo su sometimiento a límites penales parecidos a los dispuestos para las sociedades mercantiles públicas (estas solo podrán ser condenadas a las penas de multa y a la intervención judicial, art. 31.2 quinquies CP), BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 24.

Situación que, por ejemplo, ya está prevista en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia en el art. 15.1.a d.legs. 231/2001: «Si se dan las condiciones para la aplicación de una

(d) ¿Es aconsejable idear otro tipo de penas?

(i) Indiscutiblemente se requieren penas infamantes. Estas buscan incrementar los costes reputacionales que tiene la condena⁴⁰ y suponen una presión política adicional sobre el ente público afectado. Ejemplos de ellas serían la amonestación, la publicación de la sentencia (ya prevista, por ejemplo, en el art. 288 CP) o la publicidad adversa⁴¹.

(ii) Se podría igualmente implantar como pena la instauración de un programa de cumplimiento, para el caso de que no hubiera sido ya activado por la Administración condenada para mitigar su sanción.

(iii) En un contexto ambiental habría que obligar a la Administración pública procesada a adoptar medidas cautelares que garanticen la paralización de la agresión. Sería del mismo modo necesario la previsión de penas reparadoras (por ejemplo, la eliminación de las consecuencias de la actividad delictiva y el restablecimiento de la situación anterior)⁴².

Semejantes penas han sido propuestas por la NDCA. Esta indica que entre las sanciones aplicables a las personas jurídicas se pueden incluir: la reparación del daño si este es reversible o la indemnización cuando no lo fuera⁴³, la obligación de crear programas de diligencia debida para mejorar el cumplimiento de las normas ambientales⁴⁴ y la publicación de la totalidad o parte de la resolución judicial relativa al delito cometido⁴⁵.

pena interdictiva que determine la interrupción de la actividad de la entidad, el juez, en lugar de aplicar la sanción, ordenará la continuación de la actividad de la entidad por parte de un comisario durante un período igual a la duración de la pena interdictiva aplicable, cuando se dé al menos una de las siguientes condiciones: a) la entidad presta un servicio público o un servicio de necesidad pública cuya interrupción puede causar un grave perjuicio a la comunidad (...). Vid. al respecto PAVANELLO, *La responsabilità...*, p. 25.

⁴⁰ Denominadas «penas de publicidad denigratoria o negativa» por FARALDO CABANA, P.: «Las penas», en Cortés Bechiarelli *et al.* (coords.): *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, marg. 755. Insiste en el efecto de prevención general negativa (e incluso positiva) que puede generar la publicación de la sentencia, BAUCELLS LLADOS, J.: «¿Nuevas perspectivas para el delito ecológico en España? A propósito de la nueva Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XV, n. 1, 2024, p. 14.

⁴¹ Vid. FUENTES OSORIO/FAJARDO DEL CASTILLO, «Motivos...», p. 12; BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 24; GIL NOBAJAS, «Compliance Ambiental...», p. 15.

⁴² Vid. FUENTES OSORIO/FAJARDO DEL CASTILLO, «Motivos...», p. 12; BENITO SÁNCHEZ, «Corrupción...», p. 24; GIL NOBAJAS, «Compliance Ambiental...», p. 15.

⁴³ Art. 7.2.a NDCA. Uno de los objetivos de la NDCA, «quien contamina, repara» (que sustituye al anterior paradigma, «quien contamina, paga», vid. BAUCELLS LLADOS, «¿Nuevas perspectivas...?», p. 20), se reforzaría mediante la responsabilidad penal del ente público y el establecimiento de estas sanciones reparadoras.

⁴⁴ Art. 7.2.i NDCA.

⁴⁵ Art. 7.2.j NDCA.

Estas penas se podrían incorporar al actual modelo de responsabilidad de las personas jurídicas sin tener que modificar el art. 33.7 CP, simplemente incluyendo en el precepto habilitante específico alguna o varias (según exija la dinámica criminal del grupo de delitos).

30. REFLEXIONES SOBRE LA «PENA NATURAL»¹

NICOLÁS GARCÍA RIVAS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN: EL MAL Y LA PENA

La identificación de la pena con un *mal* es tan antigua como el propio Derecho Penal. Dicha identificación está en la base de la vieja teoría retributiva (vieja, pero que resurge continuamente por doquier) y también es el punto de arranque lógico del pensamiento penal contemporáneo basado en la identificación de la norma penal con un imperativo, del que la norma positiva vigente es sólo una derivada que ordena al juez penal la imposición de una sanción al autor de un determinado hecho (norma secundaria), cuyo carácter *injusto* se desprende de ese carácter maléfico de la pena, de lo cual deriva implícitamente la prohibición de aquella conducta (norma primaria). En su *Teoría pura del Derecho*, lo explicaba bien Hans Kelsen: «Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en la cual, como en los Diez Manda-

¹ Escribir sobre un aspecto relacionado con la pena en el Libro Homenaje a José Luis de la Cuesta puede considerarse un atrevimiento o una deferencia, habida cuenta de que se trata de uno de los mayores especialistas en el tema. Sirva en todo caso para mostrar mi afecto y consideración por su persona y por su trayectoria académica. Sus trabajos «El principio de humanidad en Derecho Penal» (en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, p. 209 ss; «Principio de humanidad y prisión perpetua», en Rodríguez Yagüe-Arroyo Zapatero-Lascuráin Sánchez-Pérez Manzano, *Contra la prisión perpetua*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 125 ss., así como sus publicaciones contra la barbarie de la pena capital, unido a sus diez años como Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, le convierten en uno de los máximos exponentes del Derecho Penal español de los últimos cincuenta años.

mientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos»².

Pero *males* hay muchos y de muy variada significación: hay *males naturales* que acontecen sin que exista responsabilidad alguna del sujeto (como quien se ahoga en una inundación gigantesca) y *males* que no se derivan del azar sino de una decisión humana, como lo es el *mal* que identifica a la pena. La diferencia entre ellos viene definida por el conjunto de características que imprimen a la pena una racionalidad social cuyas raíces se hunden en la antigüedad, como explicara antropológicamente B. Malinowski³, etc. Con mayor o menor *formalidad procedimental*, pero siempre como una decisión del cuerpo social *a consecuencia de* la comisión de una conducta antisocial.

Muy distinta configuración tiene, en efecto, la función preventiva y retributiva de la *sanción (sobre)natural* en la historia de la humanidad, tal y como se concebía en pueblos primitivos y describió en su día Redfield –por poner un ejemplo– como «las consecuencias vagas y sobrenaturales que acompañan –en tiempos primitivos– al autor del incesto»⁴; o, asimismo, las sanciones sobrenaturales existentes en los pueblos indígenas, descritas por la reputada antropóloga argentina Hermitte: «por sanciones sobrenaturales entendemos las actividades metafísicas de individuos poderosos que envían a sus nahuales a dañar los espíritus de los transgresores, haciendo que se enfermen. En esta comunidad las sanciones sobrenaturales pueden equipararse con la brujería». En ese trabajo describe esta antropóloga la vergüenza y el cólico como enfermedades que deben ser interpretadas como sanciones surgidas del grupo social en el cual el indio no se ha comportado de manera adecuada⁵.

Idéntico papel podría otorgarse –en mi opinión– a las sanciones sobrenaturales propias de las creencias religiosas que en la actualidad asocian consecuencias positivas (*recompensas*) o negativas (*sanciones*) a las acciones realizadas confiando por pura fe en una *vida* posterior a la muerte. En palabras de

² ATIENZA, M., explica en *El sentido del Derecho* (epub 2014), p. 73 que, como superación del prescriptivismo kelseniano, autores como Alchourrón y Bulygin confieren a la sanción un papel ligado no tanto a la norma jurídica –como partícula– sino al sistema jurídico –como conjunto–: «un sistema jurídico es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción, por lo tanto, no es una característica de cada uno de los componentes del Derecho, sino del conjunto del sistema».

³ MALINOWSKI, B. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 51: «La prohibición exogámica es una de las piedras angulares del totemismo, del derecho matriarcal y del sistema clasificatorio del parentesco. Todas las hembras del clan de un hombre son llamadas hermanas por éste y le son prohibidas como tales. Es un axioma de la antropología el hecho de que nada suscita un horror más grande que el quebrantamiento de esta *prohibición* y que, además de una fuerte *reacción de la opinión pública*, hay también *castigos* sobrenaturales que acompañan este *delito*» (subrayado mío).

⁴ REDFIELD, R. «La ley primitiva» en *Revista mexicana de sociología* Vol. 3, núm. 2, 1941, p. 23.

⁵ HERMITTE, E. *Poder sobrenatural y control social*, Ed. Antropofagia, Buenos Aires, 2004, pp. 21 y 111.

Kelsen, «el primitivo entiende los acontecimientos naturales, que lo afectan inmediatamente en sus intereses, según el principio de retribución: los sucesos que le son favorables constituyen *premio* por haber observado el orden social existente y los sucesos nefastos, *castigo* por la falta de observancia del mismo (...) Estas sanciones son *trascendentes*, no sólo en el sentido de que provienen de una instancia sobrehumana —e inclusive supra social— sino también en el sentido de que se producen fuera de la sociedad; más aún, fuera de este mundo inferior y en una esfera trascendente»⁶. Y continúa: «cuando un acontecimiento es percibido como malo —prosigue— es interpretado como un *castigo* por un *mal* comportamiento, por una ilicitud; cuando es percibido como beneficioso, es interpretado como *recompensa* por una buena conducta»⁷.

Advertimos, pues, que el adjetivo *natural* sólo puede atribuirse cabalmente a aquellos sucesos que se originan en la propia naturaleza y responden a reglas igualmente naturales. Por el contrario, las sanciones que se basan en creencias originadas en la psique humana son más bien de índole *sobrenatural*. Y finalmente, las sanciones infligidas por una autoridad humana mediante instrumentos y procedimientos asimismo humanos son más bien sanciones *sociales*, algunas de las cuales tienen carácter *penal*. El hecho de que a todas ellas se les adjetive como *mal* no quiere decir que pueda atribuirse aquí la propiedad biunívoca y hablar de que cualquiera de estos *males*, cuando tiene lugar en el entorno de un hecho delictivo, se convierta en una sanción *penal*.

II. LA *PENA NATURAL* EN EL DERECHO COMPARADO Y SU RECONOCIMIENTO INFORMAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Algunos Códigos penales incluyen cláusulas que permiten o imponen a los jueces la toma en consideración de determinadas desgracias —*males*— que acompañan a la comisión del delito, con el fin de atenuar o eximir de pena al sujeto responsable del mismo. El ejemplo más repetido de este tipo de cláusulas es el § 60 StGB, que ordena al juez abstenerse de imponer la pena que no supere un año de prisión si las consecuencias sufridas por el autor del delito son tan graves que dicha imposición sería inadecuada; una regla que tiene alcance general y que afecta por consiguiente a toda clase de delitos, tanto im-

⁶ Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2.ª edición en alemán de Roberto J. Vernengo, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 42.

⁷ Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 97.

prudentes como dolosos. De acuerdo con Roxin, este precepto requiere un análisis sobre la indicación preventivo-especial de la dispensa, teniendo en cuenta la «salvaguarda del ordenamiento jurídico»⁸.

Asimismo, en distintos Códigos penales o procesales penales latinoamericanos se incluyen cláusulas de ese tenor, aunque con distinta configuración, ya que exigen expresamente que las consecuencias del hecho delictivo ocasionen un perjuicio al propio autor o a sus allegados. En unos casos, dicha cláusula se limita a los delitos imprudentes relativos a la seguridad vial, como Ecuador; en otros, alcanza a cualquier delito leve o a los imprudentes en general, como Colombia. Y en otros –en fin– se exige que esas consecuencias hayan tenido cierta gravedad, como en los Códigos Penales de Nicaragua (art. 35.8) o Paraguay (art. 64), aunque el primero limita la incidencia a la mera atenuación mientras que el segundo admite incluso la exención siempre que la pena sea inferior a un año de prisión⁹.

Bajo una perspectiva distinta, algunos ordenamientos jurídicos recurren a la aplicación del principio de oportunidad en la persecución penal para valorar la incidencia de la *pena natural* y decidir en función de ella si se abre o no el procedimiento, como ocurre en Argentina, cuyo Código Procesal Federal permite eludirlo por la concurrencia de un «daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena» (art. 31 c). En relación con esta vía procesal, la Corte Costituzionale italiana, en su Sentencia 48/2024, de 6 de marzo, entendió que «no concurren razones constitucionales en virtud de las cuales la *pena natural* derivada del homicidio culposo de persona cercana deba integrar una causa de no procedibilidad, mejor que una eximente o una circunstancia atenuante de índole subjetiva».

Al contrario que en todos estos casos, en el ordenamiento jurídico español no existe un reconocimiento explícito de la *pena natural* como uno de los factores a tener en cuenta para la medición de la pena impuesta al autor de una infracción penal. Sin embargo, este silencio *legal* no ha supuesto un silencio *jurídico* sobre este fenómeno por parte de la jurisprudencia penal española. En efecto, aunque existía algún precedente anterior que enseguida comentaré, a partir de la promulgación del Código Penal de 1995 se abrió en el Tribunal Supremo una línea jurisprudencial que consideró la *dilación indebida* del proceso un factor de atenuación aunque no apareciera previsto expresamente en el

⁸ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención*, trad. Francisco Muñoz Conde, ed. Reus, Madrid, 1981, p. 131.

⁹ SÁNCHEZ BENÍTEZ, «La *pena natural* o *poena naturalis* en el Derecho Penal español», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 46 (2025), p. 16 y siguientes, donde el autor ofrece un extenso panorama de Derecho comparado.

art. 21 CP, gracias a la cláusula general de atenuación analógica de la circunstancia 6.^a Tan sólida y constante fue dicha doctrina que provocó la reforma del texto legal mediante la LO 5/2010, de 23 de junio, para convertirla en una circunstancia atenuante específica.

El segundo ejemplo de aplicación informal de la *pena natural* por parte de nuestros jueces es la que se refiere a los sujetos que transportan droga en su propio cuerpo cuando el envase falla y sufren graves lesiones, ejemplo que cuadra mucho mejor con el espíritu de esta fórmula. Conviene mencionar en este sentido un precedente remoto, la STS de 31 de enero de 1994, que consideró «loable» la absolucón de un terrorista por haber sufrido él mismo la amputación de ambas piernas al explotar la bombona que transportaba y la limitación punitiva a un año de prisión por estragos.

La razón de la afinidad de estos casos con el concepto de *pena natural* es claro: sólo cabe hablar de *pena natural* cuando la acción punible del sujeto conlleva la irrogación de males o perjuicios para el autor del hecho delictivo que se derivan de su propia acción. Nada tiene ello que ver con que el proceso penal se dilate indebidamente, que es una disfunción del sistema procesal y no se deriva de la acción punible, tal y como demostró hace años Manjón-Cabeza Olmeda¹⁰.

III. INCIDENCIA DE LA *PENA NATURAL* EN EL SISTEMA DEL DELITO

1. **Postura del Tribunal Supremo: la *pena natural* como mal que compensa el reproche de culpabilidad**

Las explicaciones que ofrece el Tribunal Supremo para hablar continuamente de *pena natural* para catalogar un hecho procesal como las dilaciones indebidas nos ofrecen un modelo de integración de dicho fenómeno en la teoría del delito que no conviene olvidar. En la antigua STS de 14 de diciembre de 1991 consideró que la Constitución obliga a garantizar al ciudadano un proceso sin dilaciones y que, una vez producida y generado un *sufrimiento* innecesario por ello, hay que *compensarle* rebajando en una medida similar a éste la pena irrogada. Con ello se garantizaría el principio de culpabilidad, en

¹⁰ El ejemplo es aportado y analizado por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «La *poena naturalis* en el Derecho Penal vigente», en García Valdés, C. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1122 ss. También lo recoge SÁNCHEZ BENITEZ, C., *op. cit.*, p. 28

cuya virtud «las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad». Muchos años después, el Tribunal Supremo no ha modificado esa doctrina, pues la STS 318/2025, de 3 de abril, entiende que al atenuar la pena por la dilación está garantizando la proporcionalidad, siendo la dilación un «equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad».

Entre una y otra resolución se sitúa la verdadera piedra angular de esta doctrina, expresada en la STS 307/2008, de 5 de junio, que trasladaba a la sistemática del delito y de la pena la siguiente reflexión: no existe ninguna discrepancia entre la finalidad resocializadora de la pena y su fundamento retributivo, siendo éste el que permite valorar la «*poena naturalis*» como una compensación indicada por el principio de proporcionalidad. Al catalogar los *males* que recaen sobre el autor del delito llega a sostener que tanto el *mal estatal* como el *mal natural* son a fin de cuentas *males provocados por el delito*. Se allanaría así el camino argumental hacia la *compensación* entre ellos.

En realidad, toda la construcción de la STS 307/2008 lleva el sello inconfundible de su ponente, Bacigalupo Zapater, que ya había expresado en el Homenaje a Torío su postura sobre la incidencia de la culpabilidad en la individualización de la pena¹¹. En efecto, defiende que la culpabilidad por el hecho antijurídico cometido puede ser compensada por actos posteriores del autor, una compensación que denomina *constructiva* y de la que puede ser buen ejemplo la reparación a la víctima. Hasta ahí, de acuerdo. A continuación, sostiene que la compensación también puede ser *destructiva* si, a consecuencia del hecho delictivo «el autor recibe un *mal* que compensa total o parcialmente su culpabilidad», siendo la propia *pena* el ejemplo máximo de esa compensación. Se observa así como el *mal natural* –desgracia– y el *mal estatal* –la pena– son intercambiables y acumulables a efectos de obtener la adecuada y proporcional compensación. En la STS 307/2008 se expresa así: «el mal

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, ed. Comares, Granada, 1999, p. 33 ss. Sobre la «compatibilidad» entre el principio de culpabilidad y la proporcionalidad me pronuncio en GARCÍA RIVAS, «La libertad vigilada y el Derecho Penal de la peligrosidad», en Demetrio Crespo (dir.)/Maroto Calatayud (coord.) *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, ed. Edisofer, Buenos Aires, 2013, p. 601 ss.; también en GARCÍA RIVAS, «El Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 como programa inocuidador de delincuentes peligrosos (prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas)», *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 3/4, 2014, p. 178 ss. Esa conexión existe indubitadamente en lo que se refiere a la pena, pero no en lo referente a las medidas de seguridad, cuyo apoyo en la concreta noción de peligrosidad permite saltarse olímpicamente los límites lógicos de una sanción «proporcionada», como lo demuestra el absurdo y lesivo sistema *vicarial* regulado en el art. 104 CP.

naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor». Con ello, ratifica el criterio seguido en la STS 1617/2002, de 9 de octubre, que también hablaba de compensación de la culpabilidad, pero sin tanto desarrollo teórico.

Son varios los autores que, en nuestro país, se inclinan por asumir esta postura doctrinal que dota a la desgraciada consecuencia *natural* de la comisión de un hecho delictivo la categoría de factor de compensación de la culpabilidad. Aparte de Bacigalupo Zapater, cabe citar a Choclán Montalvo y muy recientemente a Sánchez Benítez, hasta el punto de que se habla de vulneración del principio *ne bis in idem* si ese sufrimiento del sujeto no es tenido en cuenta por el juez penal¹².

En mi opinión, al afirmarse que la Constitución sólo admite un modelo de «Derecho Penal de hecho»¹³ se infiere de ello que la pena debe estar ligada a la responsabilidad *por el hecho*, responsabilidad que puede y debe ser modulada en atención a factores variados, pero ligados siempre a un fundamento de la culpabilidad que remita a instancias sociales y no éticas, como lo son sin duda el reproche o el remordimiento¹⁴. Se atribuirá o no la total responsabilidad *por el hecho*, en virtud de criterios que están ligados al comportamiento (*negativo*) del autor, pudiéndose atender para paliar dicha responsabilidad al comportamiento (*positivo*) posterior al hecho, razón por la cual no se objetan

¹² BACIGALUPO ZAPATER, *ibidem*; CHOCLÁN MONTALVO, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002, *Actualidad penal*, cit., p. 7. SÁNCHEZ BENÍTEZ, «La pena natural o *poena naturalis* en el Derecho Penal español», cit., pp. 4 ss.: «¿debe el Derecho Penal reprochar con la misma intensidad al sujeto que conduciendo un vehículo provoca por una imprudencia el fallecimiento de su hijo que lo acompaña que al individuo que también imprudentemente provoca el fallecimiento de un peatón al que desconoce? No, porque en el primero de los supuestos, de no reflejar en la pena forense la pena natural, se estaría rebasando el límite fijado por la culpabilidad del hecho cometido por el autor. Como afirma Choclán Montalvo, en un Derecho Penal de culpabilidad, cualquier situación que derive directamente del hecho punible que implique para el autor del delito un mal o gravamen de cierta entidad «equivale funcionalmente al mal que representa la pena, esto es, compensa la culpabilidad del autor por el hecho cometido»

¹³ SSTC 185/2014, de 6 de noviembre (FJ 3); 45/2010, 28 de julio (FJ 6); 150/1991, 4 julio (FJ 4)

¹⁴ A él se refiere SILVA SÁNCHEZ en «¿Puede considerarse el remordimiento una *poena naturalis*?», *In Dret*, núm. 3, 2014, donde plantea abiertamente si ese sentimiento, que define como «el sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo», puede calificarse como *pena natural* y concluye que sí, que el remordimiento *equivale* a la «dimensión fáctica de la pena», o sea al sufrimiento o aflicción que conlleva su cumplimiento. Claro que no añade que esa dimensión meramente moral de la pena está erradicada de nuestro sistema al menos, afortunadamente, desde que rige un sistema penal constitucional lejano del nacionalcatolicismo. Desconozco si esta opinión personal es debida a esa «creciente laxitud de las conciencias» a la que alude el catedrático de Barcelona, que realiza un audaz juicio sumarásimos, aunque meramente moral. Y como bien advierte Bustos Rubio, el pensamiento o sentimiento interno que pueda sufrir el sujeto que cometió el hecho delictivo no deriva ni directa ni esencialmente de la ejecución misma del delito, sino que se encuentra inextricablemente unido a diversas consideraciones de su propia persona, ser, modo de pensar, sentir y actuar» (Bustos Rubio).

con carácter general las atenuantes de reparación y confesión. Por el contrario, la posible desgracia concurrente no cumple –en mi opinión– papel dogmático alguno en el ámbito de la culpabilidad. Dicho de otro modo: no hay ninguna *compensación destructiva* sino sólo un acontecer ajeno a la voluntad del autor mismo, que no afecta en absoluto a su culpabilidad. En este mismo sentido se han pronunciado autores como Manjón-Cabeza Olmeda y Mapelli Caffarena¹⁵.

2. Crítica: la pena natural como un factor más de individualización en el ámbito de la punibilidad

La crítica que se acaba de esbozar respecto al papel que le otorga el Tribunal Supremo a la *pena natural* no impide reconocer que probablemente sí puedan ser tenidas en cuenta las desgracias que sufre el autor de un hecho delictivo a consecuencia de su acción ilícita. En este sentido, no es infrecuente referirse dentro de la teoría del delito a ciertos criterios que no encajan en la antijuricidad o en la culpabilidad y que pueden incidir en la decisión del Estado sobre la *necesidad de imponer una pena a un delito concreto*, llámese o no a ese conjunto «punibilidad»¹⁶. Para Kindhäuser/Zimmermann, se trata de presupuestos de una *necesidad de pena independiente de la culpabilidad*¹⁷, lo que recuerda a la vieja categoría de la «responsabilidad» que Roxin separó de la culpabilidad retributiva para situar en ella las *necesidades preventivas* propias de su construcción sobre la teoría del delito: «la categoría de la *responsabilidad* responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la *necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto* (...) Cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de *prevención especial o general* para mantener el orden social pacífico»¹⁸. Dicha *necesidad* se contrapondría al *merecimiento* de la pena pues éste expresa –como sostuvo Luzón Peña– «un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desa-

¹⁵ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «La *poena naturalis* en el Derecho Penal vigente», cit. pp. 1141 ss. MAPELLI CAFFARENA, B.: «*Pena natural* –“*poena naturalis*”– o daños colaterales en la realización de una infracción penal», en Silva Sánchez, J.M. et al. (coords.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Ed. B de F, Montevideo, 2017, p. 1011.

¹⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 369: «La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad».

¹⁷ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 9.ª ed. alemana a cargo de Italo Reyes Romero y Lucía Solavagione, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 100 s.

¹⁸ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, cit., pp. 57 ss., especialmente, p. 72.

probación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto *penal*) que debe acarrear un castigo, mientras que la *necesidad de pena* presupone el merecimiento de pena y significa un hecho en sí merecedor de pena además *necesita ser penado*, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos afflictivo»¹⁹. Así pues, podríamos vincular la *necesidad de pena* con la finalidad preventiva de la misma, tanto general como especial.

En mi opinión, esa vinculación categórica a las necesidades preventivas, tanto generales como especiales, abre la misma a los postulados político-criminales del sistema constitucional que enmarca y fundamenta normativamente el sistema penal. En el caso del sistema penal alemán, Roxin observa cómo el § 46 StGB manda al juez tener en cuenta, antes de fijar la pena, las «consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en sociedad». Si giramos la vista hacia nuestra Constitución, no cabe duda de que el art. 25.2 CE supone un apoyo poderoso a ese encaje de la *pena natural*.

Hechas las precisiones anteriores, creo que estamos en condiciones de valorar hasta qué punto cabe tener en cuenta la desgracia sufrida por el autor de un hecho delictivo para sancionar delitos imprudentes y dolosos. Empezando por aquellos, que presentan una menor carga de desvalor, no es infrecuente que en el radio de acción de la conducta antijurídica se encuentren personas allegadas al propio autor. Ese es precisamente el marco restringido de la *pena natural* en algunos sistemas latinoamericanos y también es el ejemplo que suele utilizarse en nuestro país. En ese espectro de casos, podría formularse el siguiente criterio: cuando el hecho *merecedor de pena* contiene una carga afflictiva para el propio sujeto activo del delito que permite considerar como *innecesaria la pena desde un punto de vista preventivo-especial*, el Estado puede *dispensar de pena* al sujeto —o de una parte de ella, v. gr., la pena de prisión— ante la ausencia de necesidades de reinserción social. Valdría aquí eso de que «en el pecado lleva la penitencia».

Por lo que se refiere a los delitos dolosos, cabría limitar la incidencia de la *pena natural* a aquellos casos en los que el autor ha sufrido tales daños físicos o psíquicos que se verifique un pronóstico no desfavorable de reiteración delictiva a consecuencia del *aprendizaje* que ha supuesto para él el sufrimiento

¹⁹ LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 21 ss.; en el mismo sentido, ORTOS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2023, p. 370: «la pretensión de *necesidad de pena* viene a coincidir con una «nueva» categoría que recibe diversos nombres, como punibilidad, penalidad, o merecimiento y necesidad de pena. Justamente, la falta de acuerdo sobre su denominación ilustra sobradamente del debate que la rodea.

de esos daños. En mi opinión, sería muy difícil que el juicio sobre lo innecesario de la pena permitiera su exención ante la evidencia de un ataque doloso a la norma prohibitiva. Sin embargo, sí cabría una cierta atenuación ante lo innecesario de una *pena* más grave.

3. Vías para introducir la pena natural en el proceso de determinación de la pena

Dado que nuestro Código Penal no incluye ningún precepto que reconozca de manera expresa la incidencia de la *pena natural*, una vía que inmediatamente aparece como susceptible para ello es la atenuante por analogía del art. 21.7.^a, ya sea en su modalidad simple o en la de muy cualificada, la cual permite una rebaja sustancial de la pena. Dicha circunstancia ha contado con un amplio desarrollo que ha desligado su aplicación de los concretos elementos de las circunstancias expresamente previstas y ha considerado que la expresión «análoga significación» –y no «análoga configuración»– obliga a descubrir la que se infiere de las anteriores, incluida la eximente incompleta, que a su vez remite su alcance a la lista de eximentes del art. 20 CP, es decir un conjunto de circunstancias que afectan a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

De acuerdo con esa perspectiva amplia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado una interpretación muy flexible de la atenuante 7.^a, mediante la cual pueden integrarse sin dificultad aquellas circunstancias «que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal» (STS 587/2020, de 6 de noviembre). De ese modo, cabría incluir cualquier factor relativo a «la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal» (STS 1421/2005, de 30 de noviembre). En mi opinión, bajo ese amplio paraguas cabría incluir sin dificultad la *pena natural* en el proceso de determinación de la pena.

Por lo demás, el art. 66.1 CP contiene las reglas legales que los tribunales deben seguir en el proceso de determinación de la pena abstracta hacia la pena concreta y, dentro de ellas, las referidas a la ausencia de circunstancias (6.^a) o a la concurrencia de agravantes y atenuantes (7.^a). En ambos preceptos aparecen expresiones que facilitan la tarea, a saber: «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho» (6.^a) y en la regla 7.^a la alusión al mantenimiento del «fundamento cualificado de atenuación» (7.^a), que no deja de ser la expresión legal de una valoración judicial de esas mismas *circunstancias personales del delincuente*; en el caso de la

pena natural que acompaña a un delito doloso podrán ser tenidas en cuenta en la medida en que se considere razonable. Varias Sentencias recientes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo confirman que esa discrecionalidad judicial, aunque reglada y sometida siempre al deber de motivar, no resulta fiscalizable en casación, lo que abre un espacio suficiente para introducir entre las razones de la atenuación aquellas referidas a la *pena natural* (STS 901/2024, de 28 de octubre; 720/2024, de 8 de julio; 343/2024, de 25 de abril). Y por lo que se refiere a los delitos imprudentes, la regla de total flexibilidad incluida en el apartado 2.º del art. 66 CP, facilita todavía más la tarea de ajuste judicial de la pena que tiene en cuenta eso que denominamos «pena natural».

31. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO «SOCIETARIO» DEL ART. 294 CP: LA OMISIÓN DE COLABORACIÓN CON LA INSPECCIÓN Y SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA ¹

MANUEL GÓMEZ TOMILLO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo, redactado en homenaje a José Luis de la Cuesta, analiza sintéticamente el bien jurídico «inmanente» al delito del art. 294 CP², como elemento clave para la intelección de su alcance³. El formato del trabajo nos impide detenernos en cuestiones político-criminales o en el análisis del tipo, aspectos para los que nos remitimos a otra contribución⁴.

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación: PID2024-156944NB-I00, La potestad sancionadora del estado: derecho penal y derecho disciplinario, Ministerio de Ciencia y Universidades (IP: M.A. Jareño Leal).

² Dispone el art. 294 CP: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

³ Nos remitimos a la clásica distinción que ya efectuaba HASSEMER, entre concepciones inmanentes o trascendentes al sistema (*Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M., 1973, pp. 19 y ss.).

⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión de sociedades que operan en los mercados. Artículo 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, 2019.

Recordemos que se trata de una norma que no figuraba en la redacción original del proyecto de CP de 1995 y que fue introducido por medio de una enmienda del grupo socialista (enmienda 615, BOCG, Congreso, 6 de marzo de 1995), cuya escueta justificación fue tan sólo la referencia a la «necesidad de prever tal supuesto».

Pese a su ubicación sistemática dentro del Capítulo XIII del Título XIII, del Libro Segundo del CP, dedicado a los delitos societarios, existe cierto acuerdo en la incorrección de tal criterio legal⁵. Se ha llegado a decir que seguramente estaría mejor situado en los delitos contra la Administración pública⁶. En este trabajo, asumimos tal idea.

II. LA TUTELA DE LAS POTESTADES MATERIALES DE INSPECCIÓN Y SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVAS

Se ha sostenido que la figura aquí considerada tutela un genérico orden socioeconómico⁷. No podemos compartirlo. Entendemos que, como mucho, ese orden socioeconómico podría considerarse la *ratio legis* del precepto⁸. Elevar el orden socioeconómico a la condición de bien jurídico, considerando la lejanía entre las concretas acciones subsumibles en el tipo y su potencial lesividad, lleva innecesariamente a construir un delito de mera desobediencia, en el que ni siquiera sería preciso un peligro puramente abstracto.

⁵ En el mismo sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Hacia el Derecho Penal del "estado de la prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal», *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 308-309.

⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, 1998, p. 243; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 21 ed., 2017, p. 476; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., 2005, p. 447. En la jurisprudencia, la SAP Cantabria 153/2009, de 29 de mayo, FD segundo D), afirma que este delito no «protege, por tanto, de forma inmediata, intereses de la propia sociedad, de los socios o de terceros relacionados con ella. Es más, este delito se cometería incluso por un administrador modélico en su actuación de cara a la sociedad y a los socios que, sin embargo, no permitiese la actuación inspectora o supervisora de la Administración».

⁷ *Vid.*, por ejemplo, SERRANO TÁRRAGA, M.D., «La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: La tutela penal de los mercados financieros», *Revista de Derecho*, vol. 18, n.º 1, 2005, pp. 4-5; FERNÁNDEZ TERUEL, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*, 1998, p. 295; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 135; PAREDES MANZÓN, A., «Delito societario y supervisión bancaria», *La Ley* 6884/2013, p. 7.

⁸ Hablan de bien jurídico mediato «que se caracteriza por tratarse de un bien jurídico colectivo inmaterial o institucionalizado»: FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, Valencia, 2015, pp. 318 y 332; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 445; SERRANO TÁRRAGA, M.D., *ibid.*

Como destaca la doctrina administrativista, hoy en día la Administración es, ante todo, una organización vigilante, lo que conecta con la propia idea de Estado social⁹. En ese contexto, entendemos que la figura delictiva que analizamos se orienta a tutelar la potestad material de inspección y supervisión administrativa¹⁰, la cual tiene como correlato el deber legal de colaboración¹¹. No nos referimos a la potestad formal, a la existente sobre el papel, sino a la potestad material, esto es, a su efectivo ejercicio. Si los sujetos sometidos a inspección o supervisión obstaculizan o impiden ilícitamente el ejercicio de dicho poder, sin apoyo de figuras punitivas como la que nos ocupa, aquél devendría ilusorio. Sin embargo, es incuestionable que existe un alto interés social en la existencia y normal ejercicio de la inspección o supervisión administrativa de los sujetos, singularmente de las sociedades, que operan en los mercados¹². Se trata de un bien jurídico instrumental, toda vez que el ejercicio de tal potestad no se justifica por sí mismo, sino en la medida en que sirve para ulteriores fines. Indirectamente, pues, se tutela el interés que la Administración persigue proteger cuando requiere documentación o solicita información de cualquier clase: la hacienda pública, la libre competencia, etc. Nada diverso de lo que ocurre en múltiples otras figuras delictivas orientadas a tutelar «el co-

⁹ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, 2000, pp. 27 y 29.

¹⁰ En sentido próximo, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996, p. 92, quien habla de la «efectividad de las funciones de supervisión»; parece coincidir, asimismo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, p. 476, cuando alude a la «función de control e intervención» de la Administración pública; REMÓN PEÑALVER, E., «Comentario al artículo 294 CP», p. 159, refiriéndose a «la actividad de control de los órganos administrativos que tienen atribuidas facultades inspectoras de determinadas sociedades», aunque habla también del «principio de autoridad de la Administración»; MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*, 2001, p. 273, quien se refiere, sin embargo, a la actividad de vigilancia y supervisión e inspección desarrollada con sumisión a la legalidad sustantiva y procedimental vigente por los «guardianes de las normas».

En la jurisprudencia, afirma la SAP Cantabria 153/2009, de 29 de mayo, Fundamento de Derecho segundo D): «lo que dicho precepto protege es la actividad de control de los órganos administrativos que tienen atribuidas facultades supervisoras e inspectoras sobre determinadas sociedades... El bien jurídico protegido, además de la protección del orden económico general, es de naturaleza administrativa, se tutela un interés del que es titular la Administración...».

¹¹ Art. 18 de la Ley 39/2015: «1. Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias...».

¹² En cuyo concepto no nos detenemos; *vid.* PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión*, p. 53; IZQUIERDO CARRASCO, M., quien lo define como «la acción de la Administración en la que examina y reconoce mediante la observación directa de su personal la actividad o comportamientos de los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones o limitaciones a que están sometidos» (*vid.* «La Supervisión pública sobre las Entidades Bancarias», *Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo* –M. Rebollo Puig, dir.–, Madrid, 2012, p. 184), por lo que, explica el mismo autor, en buena medida se superpone con la actividad de supervisión.

recto funcionamiento de la Administración»¹³ o, más ampliamente, la protección de «lo público»¹⁴. Sin embargo, entendemos que es más específica la propuesta aquí apuntada y, por ello mismo, creemos, más útil, desde la perspectiva de la intelección de la figura.

Determinadas construcciones ponen el foco, no en la actividad de supervisión o inspección, sino en los sujetos supervisados o inspeccionados. Así, se ha sostenido que el bien jurídico es la necesaria claridad y transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión administrativa en sus relaciones con las personas, entidades u órganos inspectores o supervisores¹⁵.

Ambas construcciones, la aquí defendida y la expuesta, se encuentran emparentadas; por un lado, poseen un acentuado carácter instrumental; por otro, las potestades públicas de supervisión e inspección requieren la transparencia de las entidades. Sin embargo, la idea de la potestad material de la Administración nos parece preferible por varias razones. En primer lugar, toda vez que se pone el acento en la tutela del mismo poder público. En segundo lugar, la transparencia de las entidades sometidas a supervisión o inspección es más un bien intermedio entre el ejercicio del poder público que defendemos

¹³ Vid. JAVATO MARTÍN, A., «El delito de desobediencia de funcionario», *RGDP* 21, 2014, p. 7.

¹⁴ Destaca Silva Sánchez cómo el modelo de la inspección, propio del Estado vigilante, tiene como característica esencial que la relación Estado-ciudadano se produce en un momento anterior incluso a la constatación de un riesgo concreto para el orden de policía, el cual queda muy por encima del nivel de peligro abstracto para bienes jurídicos personales o patrimoniales, e incluso por encima de los niveles de lesión, puesta en peligro concreto y puesta en peligro abstracto para bienes colectivos («Hacia el Derecho Penal del Estado de la prevención...», p. 316). Entendemos, sin embargo, que a la caracterización del texto no cabe censurarle que implica un nivel de riesgo muy alejado incluso del peligro abstracto; ello es singularmente claro si se parte de una noción de bien jurídico próxima a la construcción de ROXIN, para el que éstos son «realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin» (cursiva nuestra); posteriormente precisa que «la distinción entre realidades y fines apunta a que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede por ejemplo en el caso de los impuestos» («¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?», *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl (ed.), Madrid, Barcelona, 2007, p. 448). Ya se pronunciaba en términos muy próximos en «Sentido y límites de la pena estatal», *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, D.M., 1976, pp. 2 y ss; del mismo, *Derecho Penal. Parte general*, § 2, IV, 9. Críticamente, no obstante, ALONSO ÁLAMO, M., «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid, 2014, pp. 61 y ss. Obviamente, la cuestión desborda el límite de lo razonable en este estudio.

¹⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, p. 318; de la misma autora, *Tratado de Derecho Penal económico y de la empresa T. I* (J.L. González Cussac, dir.), 2025, p. 1449-141451; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, pp. 444-445. En la jurisprudencia, tal es la posición de la SAP Valencia 59/2009 de 28 de enero, la cual, de forma aparentemente contradictoria, afirma que el bien jurídico es «la actividad interventora de la Administración Pública en el tráfico mercantil, como ha entendido el profesor Valle Muñiz y otra en sus comentarios a la Parte especial del Derecho Penal».

como en sí mismo protegido y los bienes jurídicos a los que en cada caso se orienta la tutela de la Administración valiéndose de las citadas actividades de supervisión o inspección: la hacienda pública, la competencia, etc. Si de escoger un bien jurídico instrumental se trata, entendemos que es preferible el más inmediato. En tercer lugar, si es la transparencia lo protegido, la figura que nos ocupa será de aplicación también cuando el que desarrolla la actividad de vigilancia lo es un sujeto jurídico-privado, lo que no entendemos sea un objetivo político-criminal deseable¹⁶. Por fin, debe tenerse en cuenta que las entidades sometidas a supervisión o inspección no tienen que ser transparentes en todo frente a todos, sino sólo frente a la Administración que supervisa o inspecciona una parcela de la entidad (sus prácticas competitivas, sus cuentas, sus relaciones laborales, las condiciones higiénicas de sus instalaciones...).

Lo expresado no es irrelevante. Destacamos tres consecuencias¹⁷.

III. CONSECUENCIAS DEL PLANTEAMIENTO

1. Sujeto pasivo del delito

En primer lugar, se debe concluir que la figura delictiva que nos ocupa sólo es de aplicación cuando quien despliega la actividad supervisora o inspectora es un sujeto jurídico-público. La cuestión puede no ser irrelevante si se tiene en cuenta que en los últimos tiempos se ha hablado de una «normalización de la descarga parcial de la función de supervisión en sujetos privados»¹⁸.

¹⁶ Vid. el punto siguiente.

¹⁷ Obviamos aquí el debate relativo a si se trata de una figura de peligro o de lesión. Es frecuente que se caracterice la figura que nos ocupa como un delito de peligro y, dentro de éstos de simple desobediencia (FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios*, p. 282, quien lo rechaza en p. 293; REBOLLO VARGAS, R., «Función real y función simbólica de los delitos societarios», *Estudios Penales y Criminológicos* 26 (2006), pp. 236-237; DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios*, p. 135; PASTOR MUÑOZ, N., *Memento práctico penal económico y de la empresa*, 2011-2012, 7241; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Hacia el Derecho Penal del "estado de la prevención"...», p. 322; VALLE MUÑOZ, J.; QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal*, art. 294, p. 1005, hablan de delito formal. El debate se encuentra mediatizado por la posición que se adopte en cuanto a los bienes jurídicos colectivos a los que frecuentemente se asocia el peligro abstracto. Nos remitimos a ALONSO ÁLAMO, «Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. Derecho Penal mínimo máximo», *Revista Penal*, 32, 2013, pp. 36-37. Tan sólo podemos proporcionar un apunte: si el bien jurídico es la potestad material de supervisión e inspección, seguramente deba concluirse que ésta sí que se lesiona por las conductas descritas en el tipo, entendiendo lesionar como equivalente a «afectar», «menoscabar» o «erosionar»; en general, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Hacia el Derecho Penal del Estado de la prevención*, pp. 320-321.

¹⁸ PAREJO ALFONSO, L., «Presentación», *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia* (L. Parejo Alfonso, dir.), 2017, p. 16; sobre el tema, vid. RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, pp. 149 y ss.

Ello acaece en muy diversos ámbitos. Por ejemplo, ello es particularmente visible en el caso de entidades colaboradoras en el control de seguridad de ascensores, vehículos, edificaciones, industria, medioambiente, etc.¹⁹. La regulación del art. 294 CP en el citado Capítulo XIII del Título XIII, del Libro Segundo del CP, dedicado a los delitos societarios, unido a la indefinición de la conducta, parece sugerir la posibilidad de que particulares puedan ser sujetos pasivos idóneos del delito. Desde nuestra perspectiva, constituye un objetivo político-criminal deseable circunscribir el alcance del tipo a conductas que tienen como sujeto pasivo personas revestidas de un carácter público.

2. Inaplicabilidad del art. 296 CP

En segundo lugar, de la caracterización del bien jurídico adoptada, resulta la imposibilidad de estimar aplicable el art. 296 CP al delito que nos ocupa²⁰. No parece cuestionable que existe un interés general en que las actividades administrativas de supervisión e inspección se desarrollen siempre y en todo caso en óptimas condiciones. Por consiguiente, someter a una condición objetiva de procedibilidad la persecución de comportamientos como la que establece dicha norma no es asumible²¹. Pese a ello, lo cierto es que se ha impuesto una práctica diversa. La Administración, sujeto pasivo del delito, no denuncia nunca los hechos por la vía habilitada al efecto en el ámbito penal, sino que procede a su persecución administrativa, lo que puede interpretarse como una aplicación tácita del art. 296 CP.

¹⁹ Ampliamente, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, 2002, pp. 502 y ss.

²⁰ El art. 296 CP dispone: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Entiendo que es dominante la doctrina expresada en el texto; *vid.*, por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios*, p. 80; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios*, p. 308; MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, pp. 306-307: 296 CP; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios...*, p. 99; RÍOS COBACHO, JM., «El fantasma del administrador de hecho y otras cuestiones fundamentales en los delitos societarios», *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, p. 809.

²¹ Otro criterio parece desprenderse de la SAP Valencia, Sección segunda, 59/2009 de 28 de enero, FJ primero.

3. Alcance del tipo. En especial, las sociedades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa

En tercer lugar, la posición expresada es determinante del alcance del tipo. Éste se refiere a negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de sociedades que actúen «en mercados sujetos a supervisión administrativa». Dado que todos los mercados están sujetos a tal supervisión por parte de la Administración²², se ha sugerido alguna interpretación que restringiría el potencial alcance del tipo. Así, se ha defendido que éste debe circunscribirse a las relaciones de sujeción especial²³. Habitualmente tal criterio lleva a que se limite tal idea a tres ámbitos: el del mercado de valores, el financiero y el de seguros²⁴.

Desde nuestra perspectiva, el criterio apuntado no puede sostenerse. Frente a él se alzan importantes obstáculos de carácter literal (se distingue donde la Ley no lo hace) y dogmático (referidos a la invalidez de la categoría «relaciones de sujeción especial, la cual no es válida, ni en este contexto²⁵, ni seguramente

²² Vid., especialmente, el art. 4.2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Sector Público, el cual dispone: «Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias». Rivero Ortega, destaca que en nuestro Derecho va cobrando fuerza la idea de que existe una genérica competencia de supervisión o control de la Administración sobre la economía (*El Estado vigilante*, p. 66).

²³ Así, vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 448; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Algunos apuntes acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo», *Temas de Derecho Penal Económico* (J. Terradillos Basoco; M. Acale Sánchez, coords), 2004, p. 290; del mismo autor, *Los delitos societarios*, pp. 287 y ss. REMÓN PEÑALVER, E., «Comentario al artículo 294 CP», p. 160. Faraldo Cabana, parece aceptarla, pero ampliando su círculo no sólo a los habituales sectores financiero, valores y seguros, sino a otros como energía, postal, telecomunicaciones y competencia (*Los delitos societarios*, p. 322).

En la jurisprudencia, en las escasas resoluciones que contemplan la posibilidad de aplicación del tipo, se acude precisamente a esta clase de argumentación para excluirla; así, la SAP Barcelona, Sección 6.ª, Sentencia 627/2019 de 7 octubre 2019, rec. 210/2019, Fundamento de Derecho quinto; SAP Cantabria 153/2009, de 29 de mayo, Fundamento de Derecho segundo D).

²⁴ *Ibid.* A ellos suma FERNÁNDEZ TERUELO el de las telecomunicaciones; en sentido semejante, vid. REBOLLO VARGAS, R., *Función real y función simbólica de los delitos societarios*, p. 235; VALLE MUÑOZ, J.M.; QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal*, art. 294, p. 1006, que se refieren a las entidades de crédito o intermediación financiera, las compañías de seguros y, en general, aquellas que cotizan sus valores en el mercado mobiliario; CUGAT MAURI, M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, T. I, (J. Córdoba Roda; M. García Arán, dirs.), 2004, art. 294, p. 1113.

²⁵ La doctrina administrativista critica su utilización en el marco de las relaciones entre la Administración inspectora y los sujetos pasivos de su actuación, que se califican de relaciones de sujeción general, así como el empleo de tal categoría para proceder a la disminución de garantías (FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, pp. 260-261; GUILLÉN CARAMÉS, J., *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, 2010, p. 182).

en ninguno)²⁶. Adicionalmente, desde una perspectiva teleológica, el anterior criterio no es asumible en la medida en que, con independencia de cómo se conciba el bien jurídico protegido, la mayor parte de las concepciones que se han desarrollado hasta la fecha no permiten limitar la supervisión e inspección administrativas a la que se refiere la Ley penal a determinados sectores. En particular, desde la óptica del bien jurídico que aquí hemos defendido (conforme a la cual el art. 294 CP protege la potestad material de supervisión e inspección administrativa), no se puede concluir que el tipo deba circunscribirse a tutelar tan sólo determinados sectores, aleatoriamente seleccionados.

De forma alternativa, cabe entender que la aplicación del delito sólo tiene sentido en sectores regulados²⁷. Sin embargo, la doctrina destaca «la absoluta confusión» que envuelve dicho concepto²⁸. En particular, Santamaría Pastor expone que al hablar de sectores regulados la doctrina suele referirse a dos tipos de actividades. Por una parte, a los antiguos servicios públicos *uti singuli* que normalmente se realizaban mediante contraprestación y cuya titularidad y gestión fueron privatizadas. Por otra parte, dicha expresión aludiría a actividades típicamente privadas que sin tener la consideración de servicios comunitarios de carácter esencial exigen un control muy intenso por parte de la Administración. Destaca el mismo autor cómo unas y otras se asemejan por el hecho

²⁶ De ella se ha destacado su ambigüedad y heterogeneidad; *vid.*, por muchos, LOZANO CUTANDA, B., «La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad», *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pp. 64 y ss. y especialmente p. 66, donde expone que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce que son relaciones de especial sujeción las de los funcionarios públicos, miembros de colegios profesionales, presos, soldados, estudiantes, taxistas, bancos, banqueros, contratistas, concesionarios, dueños de ganaderías, empresarios taurinos y sus espectadores, y personas reunidas en el marco de una comunidad de origen; en el mismo sentido, *vid.* TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.; AGUADO I CUDOLÀ, V., *Derecho administrativo sancionador. Materiales*, Barcelona, 1995, p. 31. Si el enfoque que se acoge es el del Tribunal Constitucional la heterogeneidad no es menor; así, HUERTA TÓCILDO cita, además de la mayor parte de las categorías anteriores, a promotores de viviendas de protección oficial y detectives privados, excluyéndose a los taxistas conforme a la STC 132/2001: «Ilícito penal e ilícito de funcionarios», *La ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 53; *vid.*, asimismo, ampliamente en este último sentido, MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (3.ª ed.), Valladolid, 2006, pp. 120 y ss.

²⁷ Quizá sea ésta la posición que defiende LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien afirma que ha de tratarse de sociedades sometidas a «supervisión específica», pues no tendría sentido el énfasis de especificación del tipo si luego se refiriera a supervisiones administrativas generales como la laboral o la fiscal (o quizás la medioambiental). Para él, más discutible es si, por la propia inserción del precepto entre los socioeconómicos, la supervisión ha de ser estrictamente financiera y no referirse, por ejemplo, a la seguridad nuclear o al mercado de las telecomunicaciones o a la prevención del blanqueo o a la competencia en el mercado de la energía (*Derecho Penal económico y de la empresa*, N. DE LA MATA BARRANCO *et al.*), 2018, p. 485.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Sectores regulados y competencia»: un dilema complejo», *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, 2011 (J.A. Santamaría Pastor, dir.), 2011, p. 29.

de que su explotación privada se realiza normalmente bajo la dirección y supervisión de un organismo regulador (en el primer caso, la electricidad, el gas, las telecomunicaciones y el servicio postal; en el segundo los servicios financieros y los propios del mercado de valores o de órganos o entes del Estado que desempeñan funciones análogas (los seguros, el transporte por carretera o las infraestructuras aeronáuticas)²⁹.

En cualquier caso, dicha perspectiva adolecería de semejantes defectos que la anterior: resulta una barrera artificial, no justificada, ni literal, ni teleológicamente. A ello hay que sumar su carácter contingente, pues, los que hoy se consideran sectores regulados pueden dejar de serlo.

En definitiva, creemos que en la intelección del tipo debe partirse del binomio regulación-supervisión. En la medida en que existe regulación, puede existir supervisión administrativa orientada a verificar si dicha regulación se cumple y, por consiguiente, se abre la posibilidad abstracta de aplicar el tipo que nos ocupa. De hecho, la regulación suele venir acompañada de un aparato administrativo sancionador y dentro del catálogo de infracciones administrativas es muy frecuente la presencia de infracciones paralelas al tipo penal que nos ocupa³⁰. Si ello es así, tiene fundamento político-criminal que, en los casos más graves, intervenga el Derecho Penal (otra cosa es que, en concreto, se haya conseguido una correcta articulación de ambos sectores del ordenamiento jurídico)³¹.

En definitiva, se aplicaría el tipo punitivo que nos ocupa a sectores que pacíficamente se entienden captados por el art. 294 CP como el del mercado de valores, el financiero o el de seguros. Pero ningún problema habría en añadir sectores sensibles, como el farmacéutico o el alimentario, por ejemplo, o sectores de los denominados regulados, como el energético (incluido el nuclear), el de las telecomunicaciones, el juego, o, fuera de ellos, las infraestructuras aeronáuticas, o de ámbito general, cualquier actuación inspectora de prácticas restrictivas de la competencia, inspecciones tributarias, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, etc.³².

²⁹ *Id.*, p. 33.

³⁰ En cuanto al carácter heterogéneo con el que en el Derecho administrativo sancionador se regula la materia, en ocasiones como infracción leve, otra grave y otras muy grave, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección*, p. 426.

³¹ Martínez Ruiz requiere la presencia de cuatro requisitos: creación de un órgano administrativo *ad hoc*, encargado de la supervisión e inspección del sector, prohibición general de intervenir en la actividad sin previa autorización administrativa, reserva legal del *nomen iuris* adoptable por las entidades operativas en el sector intervenido y creación de un régimen especial de supervisión, inspección y sanción (*La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 370).

³² Sin perjuicio de que, alternativa o cumulativamente, se pueda recurrir a la potestad anulatoria, revocatoria, de restablecimiento de la legalidad o establecimiento de resarcimiento de daños y perjuicios; *vid.* PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas*, pp. 55-56.

32. BLANQUEO: SANCIÓN ADMINISTRATIVA VERSUS DELITO

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Audiencia Nacional condenó al pago de una multa de algo más de ocho millones de euros a Bankinter por varias infracciones de la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En el caso concreto, como tendremos ocasión de ver, existen serios indicios de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de blanqueo, al menos en su modalidad imprudente. A pesar de ello se impuso la correspondiente sanción administrativa y este proceder podría impedir el recurso a la vía penal. De ser así, quedaría burlada la preferencia de este orden que declara el artículo 62.3 de la mencionada ley. Conviene, en consecuencia, reflexionar acerca de las relaciones entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal en esta materia. Sin duda, el caso propuesto constituye una buena excusa para hacerlo y no sólo por cuanto que pone de manifiesto un cierto solapamiento que puede ya intuirse en estas consideraciones introductorias, sino también porque muestra las distintas soluciones a las que puede llegarse por uno u otro procedimiento. Por último, el hecho de que se trate de una persona jurídica genera problemas interpreta-

tivos y aplicativos adicionales. Pretendemos con el abordaje de estas cuestiones rendir homenaje al Profesor De la Cuesta Arzamendi quien se ha venido ocupando de esta problemática, en una excelente trayectoria académica durante más de cuatro décadas.

II. LOS HECHOS A ANALIZAR

Según consta en el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.º, número 780/2020, de 10 de septiembre, Bankinter tenía conocimiento de la identidad del titular real de su cliente y de la situación en la que se encontraba –arrestado y con todos sus bienes y fondos embargados– por su presunta vinculación con delitos internacionales de blanqueo de capitales. Todo ello en relación con una estafa internacional de cantidades multimillonarias que estaba siendo investigada y que había sido objeto de actuaciones judiciales en varios Estados. A pesar de estos datos, fue admitido como cliente «y, a través de un crédito de 400.000.000 de euros, se le facilita el acceso a fondos para ejecutar una opción de compra de un inmueble, en una operación ciertamente inusual y que suponía la automática transmisión de la propiedad a un tercer comprador. Este dinero de otra forma difícilmente podría haberse obtenido en el sistema financiero debido al bloqueo de los fondos que había sido ordenado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos (USDOJ)». Pero es que, además, una vez requerido por el SEPBLAC para facilitar información sobre tal cliente, Bankinter comunicó la cancelación de las relaciones de negocio, información que posteriormente resultó ser falsa ya que prosiguió realizando operaciones con la misma cuenta, llegando a efectuar transferencias de cientos de millones de euros al exterior. Es, precisamente, la mendacidad de esta declaración la que permite inferir una eventual responsabilidad penal.

Los hechos brevemente descritos motivaron que el Ministerio de Economía y Empresa abriera un expediente sancionador contra la entidad Bankinter, S.A., por infracciones graves de la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. La sanción contenida en la Orden de 5 de marzo, va referida a tres infracciones graves, tipificadas en el artículo 51 de la Ley 10/2010. La primera de ellas asciende a 4.060.001 € y amonestación pública por el incumplimiento de la obligación de obtener información sobre el propósito e índole de la relación de negocios (artículo 5 de la Ley 10/2010); la segunda, de 1.081.501 € más amonestación pública obedece a la no realización de examen especial al que obliga el artículo 17 de la misma

Ley; y, por último, una multa de 3.060.001 y amonestación pública, correspondiente a la no abstención de ejecución de la operación sospechosa (artículo 19 de la Ley 10/2010). En total, 8.201.503 €.

No parece que la concesión del crédito constituya un delito de blanqueo por cuanto que se trata de fondos de origen lícito. Más dudas suscita la realización de esas transferencias que, como se reconoce en el mencionado pronunciamiento, «nunca debió haber efectuado conforme a lo establecido en la Ley» y cuyo origen no queda acreditado. De tratarse de dinero de procedencia delictiva resulta difícil eludir la colisión entre el delito y el ilícito administrativo; razón por la que resulta inexcusable analizar esta posible convergencia.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL EN MATERIA DE BLANQUEO

El artículo 62 de la Ley 10/2010 se refiere a la concurrencia de sanciones y a la vinculación con el orden penal. Así, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional desde la conocida sentencia 2/1981, de 30 de enero, declara la imposibilidad de sancionar conductas que ya lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Interesa destacar que el apartado tercero de este precepto dispone que, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, debe darse traslado al Ministerio Fiscal y ha de acordarse la suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta que reciba la comunicación de que puede continuar con dicho expediente o, en su caso, hasta que recaiga resolución judicial.

Precisamente, el hecho de que existan estas previsiones confirma que puede haber conductas que, suponiendo la inobservancia de las obligaciones establecidas, constituyan delito. Obviamente, no basta el mero incumplimiento de tales exigencias para fundamentar la responsabilidad penal. En primer lugar, porque no todas las obligaciones tienen eficacia causal para producir el resultado lesivo. En este sentido Aliaga Méndez ha puesto de manifiesto que resultaría contrario al principio de intervención mínima exigir responsabilidad penal por la ausencia de formación a los empleados, por la no conservación de los documentos que acrediten una determinada operación o por no plasmar por escrito la política de admisión de clientes¹. En segundo lugar, y respecto de las

¹ ALIAGA MÉNDEZ, J. A., *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la Ley 10/2010*. Ed. CISS. Madrid, 2010; p. 24.

que sí tienen esa capacidad, entendemos que no debe bastar ese incumplimiento. Al respecto, cabe recordar que el delito no consiste en la omisión de determinadas obligaciones, sino en la realización de unos hechos concretos –los descritos en los dos primeros apartados del precepto– que, en ocasiones, habrán de coincidir con la inobservancia de las mismas. En este sentido, la STS 801/2010, de 23 de septiembre, tras reconocer acertadamente que no puede hacerse una equiparación automática concluye, no obstante, que la omisión de esas obligaciones constituirá un dato importante para llegar a la convicción de esa responsabilidad que, en opinión de Zaragoza Aguado, puede incluso constituir un supuesto de dolo eventual². Aunque, como ha señalado Ferré Olivé, en ningún caso puede fundamentarse automáticamente la responsabilidad penal³.

Dicho esto, y volviendo al supuesto que nos ocupa, existen serias dudas acerca de que los hechos descritos pudieran ser penalmente relevantes. En efecto, la falsa información transmitida al SEPBLAC en cuanto a la cancelación de las relaciones de negocio tras ser requerido para facilitar la información sobre el cliente autoriza a pensar que se conocía la ilícita procedencia de los bienes o, cuanto menos, podía haberse sospechado tal origen. De ser cierta esta afirmación, una primera posibilidad es admitir la coexistencia de ambas sanciones atendiendo a que responden a un fundamento distinto debido a las relaciones de especial sujeción a las que están sometidas las personas físicas o jurídicas obligadas. No se trata, sin embargo, de una opción exenta de objeciones, sobre todo desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Si, por el contrario, se considera la incompatibilidad entre ambas, habrá que preguntarse las razones que justifican que pueda preferirse la irrogación de una sanción administrativa en detrimento de la intervención penal y, no olvidemos, en contra de la previsión legal.

En primer lugar, podrán aducirse las dificultades que supone concretar la pena correspondiente a una persona jurídica. En este sentido cabe recordar que la remisión que el artículo 66 bis hace a algunos apartados del artículo 66.1 no deja de resultar perturbadora por cuanto que, como es sabido, no se han previsto supuestos de agravación, a diferencia de lo que se hace en relación a la ate-

² Así sucederá en opinión de este autor cuando la obligación incumplida «constituye ‘per se’ una infracción administrativa muy grave (artículo 51.1.a) b) y c) de la ley)». De este modo, cuando la operación sospechosa no se comunica, el sujeto no se abstiene de realizarla y revela que ha transmitido datos al Servicio Ejecutivo sobre dicha operación de manera que resulte beneficiado, la conducta de blanqueo podrá ser imputada a título de dolo eventual. ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El delito de blanqueo de capitales», en *Tratado de Derecho Penal económico*. Camacho Vizcaíno, A. (dir). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019; p. 1295.

³ FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito de blanqueo de dinero*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2024; p. 274.

nuación de la pena⁴. Y similares problemas se plantean respecto de las penas interdictivas distintas a la multa ya que, al no tener establecido un límite mínimo, se imposibilita la determinación de la mitad inferior de la pena o de la pena inferior en grado⁵.

Precisamente, en relación con estas últimas sanciones, el artículo 66 bis establece un sistema de individualización que obliga a tener en cuenta la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, las consecuencias económicas y sociales, con especial atención a los efectos que la medida adoptada pueda tener para los trabajadores y, por último, el puesto que ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control dentro de la estructura de la persona jurídica. Criterios estos que no sólo han de servir para individualizar la pena, sino también para decidir qué pena imponer⁶. Además, condiciona la duración de estas penas –con la sola excepción de la multa y la disolución– al límite máximo de la pena privativa de libertad para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Al respecto se ha discutido si esta previsión es compatible con los criterios que deben observarse para determinar la duración de cada pena⁷ y que atienden a la reincidencia/multirreincidencia o a la instrumentalización de la persona jurídica; esto es, según especifica el precepto, cuando la actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal⁸.

Sin duda, el amplio arbitrio judicial que se confiere –fundamentado en razones de prevención especial negativa⁹– y la escasez de instrumentos para ponderar e individualizar la pena contrasta con los criterios de graduación de las sanciones que establece el artículo 59 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de

⁴ Esta falta de previsión ha ocasionado un debate acerca de si pueden ser de aplicación las circunstancias genéricas del artículo 22 CP. Al respecto, puede verse, BAUCELLS LLADÓS, J. «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXIII, 2013; p. 199; DEL ROSAL BLASCO, B., «Penas y reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas en el CP», en *Actualidad Compliance 2019*. Frago Amada, J. A. (dir.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2019; p. 179; y FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. Ed. Bosch. Barcelona, 2023; pp. 106 y 107.

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020; p. 256.

⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad...*, op. cit., p. 261.

⁷ Sobre esta cuestión, puede verse DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Determinación, cumplimiento y ejecución de las penas para personas jurídicas en el Código Penal español», en *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º Aniversario*. Ed. Reus. Madrid, 2020; p. 1258 y 1259; y, FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema...*, op. cit.; pp. 219 y ss.

⁸ En este sentido, Fuentes Osorio ha señalado que la reincidencia, la multirreincidencia y la instrumentalización cumplen una doble función ya que constituyen un factor de riesgo de continuidad delictiva y esas mayores necesidades preventivas son las que permiten ampliar la duración de las penas e, incluso, imponerlas de forma permanente. FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema...*, op. cit.; p. 211.

⁹ FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema...*, op. cit.; p. 227.

prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En atención a lo allí dispuesto, habrá de atenderse a las cuantías de las operaciones, a los beneficios obtenidos, a la subsanación voluntaria de la infracción, a la existencia de otras infracciones en los últimos cinco años, al grado de responsabilidad o intencionalidad del sujeto, a la gravedad y duración de la infracción, a los perjuicios ocasionados a terceros, a la capacidad económica del inculcado y al nivel de colaboración con las autoridades competentes. E, incluso, con el fin de adecuar la sanción a la gravedad de los hechos, el apartado tercero del precepto mencionado establece una serie de agravantes para el caso de que se incumpla la obligación de declarar a la que se refiere el artículo 34 de la Ley. En tales supuestos puede dar lugar a una sanción más severa la notoria cuantía del movimiento, la falta de acreditación del origen lícito de los medios de pago, la incoherencia entre la actividad desarrollada por el interesado y la cuantía del movimiento, el hallazgo de medios de pago en un lugar o situación que muestre la intención de ocultarlos, las sanciones firmes en vía administrativa por incumplimiento de la obligación de declaración impuestas al interesado en los últimos cinco años y, finalmente, el grado de intencionalidad que concurra. Vemos, pues, y ello no deja de ser paradójico, que se facilitan más criterios para modular la sanción administrativa que para concretar la responsabilidad penal.

Una segunda razón que podría influir es la cuantía de la multa. En el caso de la pena, esta se fija en atención a la pena privativa de libertad que pueda corresponderle a la persona física. De este modo, si se entiende que ha existido dolo, la multa oscilará entre dos y cinco años; es decir, entre 21.600 y 9.000.000 euros. De estimarse, por el contrario, que el blanqueo es imprudente, la multa será de seis meses a dos años, por lo que la cantidad oscila entre 5.400 y 21.600 euros. Respecto de estas cuantías debe denunciarse la tendencia de nuestros tribunales, advertida por Barquín Sanz, de imponer cifras cercanas al límite mínimo que ratifica «la general benevolencia del sistema penal en la cuantificación de la multa por cuotas»¹⁰ y que obedece a la inexistencia de una investigación acerca de la verdadera situación económica del ente¹¹.

Indudablemente, el principio de proporcionalidad no sale bien parado si se comparan estas penas, incluso aunque se impongan en su mitad superior por tratarse de un sujeto obligado, con las sanciones fijadas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del

¹⁰ BARQUÍN SANZ, J., «Notas sobre las penas de multa en la responsabilidad criminal corporativa», en *Estudios en homenaje al Prof. Dr. Jesús Martínez Ruiz*. Ed. Dykinson. Madrid, p. 106.

¹¹ FUENTES OSORIO, J. L., «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», en *InDret*, 2, 2022; pp. 209 y ss.

terrorismo. En efecto, para el caso de que estas merezcan la calificación de muy graves, el artículo 56 obliga a imponer una multa, cuyo mínimo será de 150.000 euros y el importe máximo ascenderá a la mayor de las siguientes cantidades: a) el 10 por ciento del volumen de negocios anual total del sujeto obligado; b) el duplo del contenido económico de la operación; c) el quíntuplo del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse; y d) 10.000.000 euros.

Por otro lado, y desde una perspectiva que analice costes y beneficios, no admite discusión que resulta mucho más «rentable» irrogar una sanción efectiva que enfrentarse a un procedimiento penal de resultado incierto que debe vencer considerables dificultades probatorias y que genera importantes costes. Y ni aún en el caso de que acabe en una sentencia condenatoria produce resultados plenamente satisfactorios ya que es más que probable que recaiga mucho tiempo después de haberse cometido el delito, dada la consabida lentitud de nuestro sistema de justicia penal, tácitamente asumida con la introducción de la atenuante de dilaciones indebidas y que, sin duda, contrasta con la agilidad de la Administración para cobrar sus deudas.

Sin abandonar las consecuencias económicas, debe tomarse en consideración que una condena por blanqueo autorizaría el decomiso de los bienes, incluso, en su modalidad imprudente. Lo que, tratándose, como es el caso, de un banco, no parece que sea sencillo identificar «los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar», tal y como prescribe el artículo 127.3 CP.

Pero es que, además, la condena conlleva otros efectos. Nos referimos a la posibilidad de que los jueces o tribunales impongan una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por un tiempo de uno a tres años y acuerden una medida de clausura temporal –de hasta cinco años– o definitiva del establecimiento o local, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 301.1 CP. Y si bien, la adopción de tales medidas es facultativa, la inhabilitación especial para la profesión u oficio, industria o comercio por un período de tres a diez años deviene en obligatoria por tratarse de un intermediario en el sector financiero, según establece el artículo 304 CP.

Por último, no puede obviarse el impacto que supone una condena. En este sentido, resulta llamativo que en el recurso interpuesto por Bankinter ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo primero que se solicite es la suspensión de la publicación de la sanción de amonestación pública en el Boletín Oficial del Estado por el daño reputacional que

puede sufrir y que «tiene un efecto inmediato sobre su negocio y actividad con la posible pérdida de ganancias, pérdida de confianza de inversores y depositantes con los negativos efectos que eso puede tener en la cotización y liquidez de la entidad financiera». Efectos mucho más perjudiciales si, en lugar de una sanción, se hubiese impuesto una pena que, no cabe duda, supondría un absoluto desprestigio. Tal vez ello explique que, pese al indudable efecto intimidatorio que puede reconocérsele a esta medida, sean escasas las ocasiones en las que se prevé¹².

IV. CONCLUSIÓN

Obviamente, serán escasos los supuestos en los que un banco o entidad financiera haya de ser responsable de un delito de blanqueo. De hecho, la mayor parte de las infracciones que establece la Ley 10/2010 no son susceptibles de hacer derivar tal responsabilidad. En efecto, atendiendo a las sanciones impuestas desde 2020, publicadas por la Secretaría de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa¹³, estas obedecen en la mayor parte de los casos al incumplimiento de la obligación de dotar al órgano de control interno de los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios para el ejercicio de sus funciones, a la omisión de la identificación del titular real, a la no conservación de documentos, a la no aprobación por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados de control interno, a la inobservancia de un examen especial, a la no obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios o, finalmente, al incumplimiento de la obligación de aplicar medidas reforzadas de diligencia debida. Tan solo la inobservancia de la obligación

¹² Tan sólo se hace en relación con los delitos contra la propiedad intelectual (artículo 272.2 CP) y, con alcance más general y carácter obligatorio, en los delitos alojados en el Capítulo XI del Título XIII; esto es, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado, a los consumidores y a la corrupción en los negocios. A estos supuestos debe añadirse la introducción del artículo 235 ter –hoy, 235 bis– en la Ley Orgánica del Poder Judicial por medio de la Ley 10/2015, de 10 de septiembre. En atención a lo allí dispuesto, se declara público el acceso a los datos personales de las sentencias firmes condenatorias recaídas en relación con determinados delitos contra la Hacienda Pública, frustración de la ejecución de los artículos 257 y 258 en el caso de que el acreedor defraudado fuese la Hacienda Pública y; por último, en aquellos supuestos de contrabando en los que se constate un perjuicio para la Hacienda Pública Estatal o de la Unión Europea.

¹³ Disponible en <https://www.tesoro.es/sites/default/files/publicaciones/SANCIONES%20Y%20REQUERIMIENTOS%202020-2022%20EBA%20SIN%20INCUMPLIMIENTOS-1.pdf>, <https://www.tesoro.es/sites/default/files/publicaciones/SANCIONES%20Y%20MEDIDAS%20ADMINISTRATIVAS%202023%20PREVENCIÓN%20BLANQUEO.pdf> y <https://www.tesoro.es/sites/default/files/publicaciones/SANCIONES%202024.pdf>.

de comunicación por indicio y, más claramente, el no abstenerse de ejecutar una operación sospechosa podría constituir un delito en el caso, claro está, que se den todos los requisitos que exige el artículo 301 CP lo que, dada la amplitud con la que se configura el tipo, no será difícil. Ahora bien, según creemos, la escasa incidencia práctica de estos supuestos no exime del deber de denunciar las importantes disfunciones que se producen y la absoluta falta de una regulación armónica que evite semejantes desajustes.

Como hemos tratado de dejar constancia, son muchos e importantes los inconvenientes que conlleva incoar un procedimiento penal por blanqueo en caso de personas jurídicas. En supuestos límite, como el que se comenta, son evidentes las ventajas que derivan de la sanción administrativa. Tal vez estas razones son las que explican que no se haya impuesto condena alguna a ningún banco o entidad financiera y que, sin embargo, se hayan visto sancionadas en varias ocasiones. Puede que, de este modo, se esté sorteando la previsión contenida en el artículo 62 de la Ley 10/2010 y queda ciertamente comprometida la preferencia del orden penal. Preferencia que, a la vista de las distintas consecuencias que derivan, pueden servir, con un carácter más general, para replantear el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por el que se ha optado y que ha recibido numerosas e importantes críticas, entre ellas, las formuladas con todo acierto por el propio De la Cuesta Arzamendi¹⁴.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2013; del mismo, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Tratado sobre Compliance penal*. Gómez Colomer, J. L. (Dir.) y Madrid Boquín, C. M., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019; pp. 67 a 100; y «Determinación, ...», *op. cit.*, pp. 1253 a 1262.

33. CONFISCATION OF LEGITIMATE ASSETS IN CRIMINAL LAW

ELŻBIETA HRYNIEWICZ-LACH¹

University Professor, Adam Mickiewicz University, Poznań, Poland

I. INTRODUCTION: THE JUSTIFICATION(S) OF ASSET CONFISCATION

Confiscation of assets is a powerful and multi-faceted instrument of response to criminal activity. It is basically seen as an instrument of restoration of the legitimate state, by depriving the beneficiary of criminal activity of their illicit enrichment and relocating the assets in a legal manner: for victim compensation, social re-use, etc. «The crime shall not pay»: therefore it would be unjust and thus undesirable to leave the existing illicit enrichment in place. Confiscation of assets can also serve to prevent crime by depriving the beneficiaries of crime of assets that could be used in further criminal activity and by sending a message to (potential) offenders that they will not be allowed to retain the proceeds of crime. Finally, asset confiscation can be an instrument of retribution: this approach, which seems a bit outdated nowadays², is based on the concept that deprivation of one's property can be a penalty for a crime committed³. While the restorative function of confiscation is essentially rela-

¹ ORCID: 0000-0001-6098-7087.

² Cf. German Federal Constitutional Court judgement of 20.03.2002 (2 BvR 794/95) with reference to the difficulties of adapting the penalty of forfeiture of property (*Vermögensstrafe*) to the requirements of modern criminal law, §§ 77 ff.

³ Cf. BOUCHT, J.: *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 95-140.

ted to depriving the affected person of illicit assets, its preventive function may also be met, and the retributive function seems to be fulfilled, in case of forfeiture of legitimate assets. Even in the case of restorative confiscation, it appears that there is some room to deprive the defender of their funds from legitimate sources. This text gives an insight into the way of how the basic concept of deprivation of illicit enrichment is being expanded to include the forfeiture of legitimate assets. This should make it possible to assess whether existing solutions are still acceptable whether the direction of change raises concerns about the overly broad use of criminal law instruments.

In writing this essay, I would also like to express my gratitude to a great criminologist and criminal law specialist: Professor José-Luis de la Cuesta Arzamendi, with whom I had the great pleasure to work, among others, in an international project on: «Extended confiscation and its justification in light of fundamental rights and general principles of EU law»⁴. I hope this text will be of interest to him.

II. WHEN DOES THE CONFISCATION CONCERN LEGITIMATE ASSETS?

Faced with different asset confiscation solutions, one can get lost when trying to determine whether an asset is legitimate or illicit. The development of the landscape of different confiscation regimes responds to this issue by creating legal solutions that do not require the judicial authority to be *convinced* of the illicit origin of the assets, but accept a lower standard of confidence⁵. Thus confiscated can be assets, which cannot be linked to a specific criminal offence from which they derive (extended confiscation) or which are perceived as an unexplained wealth in the disposition of a defender (the unexplained wealth mechanism)⁶. In such case it is often the defendant's task to submit the relevant evidence of the legitimate origin of the assets in question; until then it is *presumed* that they are of illicit provenience. Even if such a presumption is preceded by additional considerations (e.g., conviction for a predicate offence, the existence of a disparity between the legitimate income and the assets available to

⁴ The considerations contained in this text are the result of the indicated research project, funded by the National Science Centre, Poland (2020/39/D/HS5/01114). The text was prepared during a research stay at the Faculty of Law, University of Heidelberg, Germany (April-July 2025).

⁵ HRYNIEWICZ-LACH E: «Evidentiary proceedings in extended confiscation cases: where to draw the line?» *ERA Forum* 26(2), 2025.

⁶ Both currently regulated in Directive (EU) 2024/1260 of the European Parliament and of the Council of 24 April 2024 on asset recovery and confiscation (OJ L, 2024/1260, 2.5.2024).

the accused), the presumption of the illicit origin of assets –especially in relation to the reversed burden of proof– remains problematic from the perspective of legal guarantees⁷. However, the concept behind the legal solution is clear: only illicit assets should be confiscated. Even if the way of verifying their origin may raise concerns, the term «legitimate» relates to assets, the origin of which can be reliably explained, whereas «illicit» are assets, which derive from illicit or unexplained –and under circumstances assumed illicit– source. This concept does not meet the constitutional standards in some legal systems: Article 44(8) of Romanian Constitution states that «legally acquired assets shall not be confiscated» and that «equality of acquirement shall be presumed». A similar limitation has been interpreted in German or Czech law from the essence of the right to property⁸. However, many European countries, despite some doubts about the admissibility of placing the burden of proof on the defendant in a criminal case, seem to be finally reconciled to such a solution when it comes to proving the (legitimate) origin of their assets⁹; even if providing the defender with a real opportunity to prove the legitimate origin of their funds remains a difficult task in legal practice¹⁰. Nevertheless, while the confiscation of assets based on the presumption of their illicit origin is one thing, the confiscation of assets whose legitimate origin is not (even) in question is another issue.

III. CONFISCATION OF LEGITIMATE ASSETS FOR RETRIBUTIVE REASONS

Confiscation of assets, which do not create the proceeds of crime, is basically acceptable for retributive reasons. Such a penalty must, however, com-

⁷ BOUCHT, J: «Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21, 2013, pp. 149-152.

⁸ Cf. relevant national chapters in: HRYNIEWICZ-LACH, E.: «Extended Confiscation of Illicit Assets and the Criminal Law. National and EU Perspectives», *Routledge* 2026.

⁹ Council of Europe: Thematic Monitoring Review of the Conference of the Parties to CETS No.198 on Article 3 (4) («Confiscation measures»), 2021, § 11, where it was noted that although 14 out of 35 of Parties to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism declared the non-application or application only under specific circumstances of the provision on the reversed burden of proof for confiscation purposes, some of those countries have eventually introduced legislative measures establishing such a reversal in their confiscation procedures or otherwise adhered to it to some extent in their legal practice.

¹⁰ LAWRENCE, I: «Draconian and Manifestly Unjust: How the Confiscation Regime Has Developed», *Amicus Curiae* 76, 2008, pp. 22-24; ROZENBERGS, J.: «Permissibility of the Reverse Burden of Proof and its Limits in Criminal Proceedings in the Context of the Presumption of Innocence», *Journal of the University of Latvia: Law* 15, pp. 271-273.

ply with the principle of specificity of criminal sanction, and thus be measurable in terms of the harmfulness of the act and the offender's guilt: a requirement that is not met by making the upper limit of the penalty dependent on the amount of the offender's assets¹¹. In addition, the confiscation of defendant's property has been in some countries in the (recent) past misused for political reasons, which caused the very concept of the penalty of (general) confiscation to automatically evoke negative associations and has led to its application being limited or excluded, even at a constitutional level¹².

However, the confiscation of assets based on a non-repressive, but restorative concept may in specific circumstances result in a factual far-reaching deterioration of the situation of an affected person. Whereas general confiscation deprives the affected person of (all) assets at their disposal at the time the confiscation is ordered, value confiscation may deprive one of all valuable assets and still leave them indebted to the state for the return of the (already spent) proceeds of crime¹³. This issue appears to be a natural consequence of equality before the law: those who have spent the proceeds of crime (without a confiscable equivalent) and those who continue to have these funds at their disposal. In addition, the proportionality (or hardship) clause may be applied in an individual case where the defendant's (and their family's) livelihood is at stake. Nevertheless, this example demonstrates that what is intended to be a non-repressive instrument of criminal law may, in a particular case, result in the defendant being placed in a worse position than if a similar form of punishment is imposed, to which the limiting factors of individual guilt and proportionality must be applied.

IV. CONFISCATION OF LEGITIMATE ASSETS FOR PREVENTIVE REASONS

Confiscation of assets as an instrument of criminal prevention should «reduce incentives for profit-oriented offences» by «making the offender, as well

¹¹ German Federal Constitutional Court judgement of 20.03.2002 (2 BvR 794/95), §§ 63 ff.

¹² HRYNIEWICZ-LACH, E.: Country report Poland, 2022, pp. 1, 7-9 (<https://konfiskata.web.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2022/02/Country-Report-Poland-1.pdf>); GUNEVA, M.: Country report Bulgaria, 2022, p. 1 (<https://konfiskata.web.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2022/06/Country-Report-Bulgaria.pdf>); SAFTA, M.: «Presumption of lawful acquirement of property and confiscation of unlawfully acquired property in the case-law of the Romanian Constitutional Court. The reference constitutional framework for regulating of the extended confiscation», *Juridical Tribune* 2(1), 2012, pp. 129-133.

¹³ OLIVEIRA E SILVA, S.: *Country report Portugal*, 2024, pp. 19-20 (<https://konfiskata.web.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2024/08/Portugalia-S.-Oliveira-e-Silva.pdf>).

as the society, aware that criminal enrichment will not be tolerated and that criminal offences are not worthwhile»¹⁴. It will then be useful in preventing crime if the offender is deprived of economic resources to finance criminal activity. Such resources can be of legitimate or illicit nature, however in the former case the relevant provision should have additional justification, going beyond the restorative function (according to which the defendant should be deprived of illicit gain independently of whether they plan to invest it in legitimate or in illicit business). Such a (preventive) justification may be the anticipated misuse of the relevant assets in the future, but then a sufficiently high probability of their use for illicit purposes must be reliably demonstrated. Otherwise, the interference with the right to property cannot be convincingly explained in the absence of a sound legitimate aim (which is the basis for the proportionality check)¹⁵. Therefore, already at an abstract level: in the legal act, the confiscation of legitimate assets is placed in a context that explains the reason for its application and thus refers, for example, to terrorist financing. Nonetheless, the permanent seizure of a person's property because of its vague future connection to criminal activity, and not because it is the proceeds of crime or as a punishment, remains a problematic issue, because of the apparent difference between simply *intending* to use the property for criminal purposes and *creating a significantly high probability* that a specific crime will be committed¹⁶. As such, money can be spent for a variety of purposes, and its criminal investment in a particular case speaks more to the dangerous attitude of its owner than to the dangerous nature of the money.

In fact, under Italian law, there is a measure of preventive confiscation, based on the assessment of a *person* as «socially dangerous» due to their (current or past) links to a certain type of crime. In such a case, confiscated is property that is disproportionate to the income of that person or its equivalent-in-value if the original (probably illicit) property cannot be established¹⁷. However, in its case law, the Italian Supreme Court argued that in such case (also) the property is of a dangerous nature, because «the social dangerousness of the individual who acquires the asset is mirrored in the asset itself ... as the reflection of the objective dangerousness of the availability of the unlawfully

¹⁴ German Federal Constitutional Court judgement of 10.02.2021 (2 BvL 8/19), § 114.

¹⁵ BOUCHT, J.: «Proportionality in Asset Confiscation Proceedings» in Billis, E./ Knust N./ Rui J.P. (eds.) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford: Hart Publishing, 2021, pp. 249-274.

¹⁶ ALLDRIDGE, P.: «Some Uses of Legal Fictions in Criminal Law» in Del Mar, M./ Twining, W. (eds) *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, 2015, p. 379.

¹⁷ MAZZACUVA, F.: «The Problematic Nature of Asset Recovery Measures: Recent Developments of the Italian Preventive Confiscation» in Ligeti, K./Simonato, M. *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 103-104.

acquired assets in the hands of individuals who are suspected to or belong to one of the relevant categories»¹⁸. Although this argument related directly to assets of (presumably) illicit origin, if the characteristics of a «dangerous person» can be reflected in the assets at their disposal and then such «dangerousness» becomes a characteristic of the object, then confiscation for preventive reasons should be possible also by assets of legitimate origin in a disposal of «dangerous person»; because a ‘dangerous person’ can spend *any* assets in a «dangerous way». In any case, however, if confiscation of assets is truly intended to serve a preventive purpose, it should not depend on the origin of the assets but on the purpose the assets in question were intended to serve, i.e. to facilitate criminal activity¹⁹. More persuasive would be then the need to deprive an offender of legitimate funds they have *already invested* in illicit activity, which speaks for gross confiscation (i.e. without deduction of defendant’s investments and costs related to achieving criminal gain) against the net one (with relevant deductions), at least as long as it is not perceived as disproportionate to the nature of the offence, the degree of involvement of the offender in its commission or to the benefit achieved²⁰.

On the one hand, the preventive effect of criminal sanctions, including confiscation of property, understood as sending a message of disapproval that should have a deterrent effect on criminals, may be an overvalued claim. As argued in the literature²¹, even if a potential offender is aware of existing legal provisions and understands their implications for them, it does not yet mean that they would bring such understanding to bear on their conduct choices at the moment of making those choices and make them choose to act in compliance with the law. On the other hand, the research conducted specifically on confiscation of property showed that individuals involved in (serious) economic and organized crime would rather preserve the financial assets than avoid punishment for a crime²². This does not, however, meant that feel discouraged from committing further crime; to the contrary, they may be willing to engage in new criminal activities to recover their losses²³.

¹⁸ The *Spinelli* decision of 2.02.2015, presented in: MAZZACUVA: *The Problematic Nature*, p. 106.

¹⁹ MAZZACUVA: *The Problematic Nature*, pp. 107-108.

²⁰ ZERBES, I.: «Verfall/Einziehung – die neue Strafe?» in R. SOYER (ed.) *Verfall – die neue Strafe?*, NWV Wien, 2022, pp. 27-37.

²¹ ROBINSON P.H./DARLEY P.H.: «Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation», *Oxford Journal of Legal Studies* 24(2), 2004, pp. 173-205; BOUCHT: *The Limits*, pp. 105-109.

²² VESTERHAV, D./FORMAN M./KORSELL L.: «Criminal assets recovery in Sweden», *Trends in Organised Crime* 24(1), 2021, pp. 135-136; SITTLINGTON S./HARVEY J.: «Prevention of money laundering and the role of asset recovery», *Crime, Law and Social Change* 70(4), 2018, pp. 433-435.

²³ NELEN, H.: «Hit them where it hurts most? The proceeds-of-crime approach in the Netherlands», *Crime, Law and Social Change* 41, 2004, pp. 524-526.

It appears though that there is room in the legal system for confiscation of legally acquired assets for preventive reasons, even if demonstrating a high probability of their being invested in criminal activity makes the case much more difficult (unless they have already been used, or clearly intended to be used, to commit an offence)²⁴. Thus, what remains a plausible argument for the confiscation of legitimate assets appears to be the restorative function of asset confiscation.

V. CONFISCATION OF LEGITIMATE ASSETS FOR RESTORATIVE REASONS

Confiscation of legitimate assets for restorative reasons appears at first sight to be the most difficult issue. Restorative justification relates essentially to the confiscation of *illicit* assets due to the concept that ‘restoring’ (understood also as ‘neutralisation’ of the criminal evil and its consequences) should basically not put the offender in a worse position than they were before the crime was committed. Deprivation of assets that goes beyond what has been obtained by the offender as a result of the crime (i.e. beyond criminal profit) is seen as inflicting the intended ailment and thus punishment; even if with certain exceptions (concerning, for example, assets of legitimate origin that the offender has deliberately invested in illicit activities, so they cannot expect their return)²⁵. Classification of confiscation as a punishment has further implications in the field of criminal law principles and legal guarantees. It must be based on and limited by individual guilt. Fundamental guarantees of criminal procedure: the presumption of innocence, the principle of *in dubio pro reo* and the right to defence should also apply²⁶. This is an important argument in the discussion of the choice between the concept of forfeiture of the gross amount (of proceeds of crime) or the net amount (profit of crime) of defendant’s assets, arguing in favour of the latter alternative if confiscation is to remain a neutral sanction aimed at redistributing illicit enrichment²⁷. Still, the concept of deducting investments in, or costs of, criminal activity seems strange to investigative or judicial authorities, who resort to the argument that «criminality

²⁴ Cf. OECD: *Confiscation of instrumentalities and proceeds of corruption crimes in Eastern Europe and Central Asia*, 2018, pp. 56-57 with reference to Romanian law.

²⁵ ALLDRIDGE, P.: «The Limits of Confiscation», *Criminal Law Review* 22, 2011, pp. 833-836; ZERBES: *Verfall/Einziehung*, pp. 27, 36-37.

²⁶ ZERBES: *Verfall/Einziehung*, pp. 37 ff.

²⁷ ALLDRIDGE: *The Limits*, pp. 832 ff.; BOUCHT: *The Limits*, pp. 14-16, 98 ff.

is not an economic activity in which the costs of making a profit are deducted from revenue in order to calculate profit; such rules can only be applied in legitimate activities». Thus, any assets obtained as part of the offence constitute the criminal gain, not just the profit made²⁸. Such an argument argues in favour of the confiscation of gross over net surplus, if not for restorative reasons, then for preventive ones;²⁹; however, when the preventive purpose of confiscation is seen as the elimination of illegally acquired assets from the economy³⁰, the two justifications appear to be intertwined.

A simpler and more widely accepted case for confiscation of a defendant's lawfully acquired property for restitutive purposes appears to be value confiscation. This type of confiscation does not aim to recover specific assets, but a certain value if the original illegally obtained asset cannot be located or identified. However, as indicated in the preambles to EU Confiscation Directives³¹, Member States are free to define the value confiscation as subsidiary *or alternative* to regular confiscation. Due to practical necessity, this type of confiscation of legally acquired assets is accepted even in the (Romanian) legal system, where the principle that „legally acquired assets are not subject to confiscation» is established in the Constitution. In such a case, the illicit assets are still subject to confiscation. However, if it is not possible to locate the assets in question and enforce the relevant court order, the State is entitled to enforce its claims against the defendant's legitimate assets³². This speaks in favour of the subsidiary nature of value confiscation, whereas in another (German) legal system, where the presumption of the illicit origin of defendant's assets (and charging the defendant with proving their legitimate origin) has been considered incompatible with the right to peaceful possession of property, value confiscation is - at least in legal practice - not seen as a subsidiary but a primary instrument³³. In any event, the confiscation of defendant's legitimate assets as the equivalent in value of

²⁸ Judgement of the Court of Appeal in Kraków (Poland) of 31.03.2015, II AKa 34/15; similarly Polish Supreme Court in its decision of 26.08.2010, I KZP 12/10 (OSNKW 2010/9/78).

²⁹ ZERBES: *Verfall/Einziehung*, pp. 35-36.

³⁰ MAZZACUVA: *The Problematic Nature*, pp. 109, 111 with reference to the Italian Supreme Court decision in the *Spinelli* case and to the ECtHR judgement of 9.02.1995 in case *Welch v. UK* (App. No. 17440/09) § 30. Similarly: German Federal Constitutional Court in its judgement of 10.02.2021 (2 BvL 8/19), § 112, where it calls them «preventive-organisational goals» (*präventiv-ordnende Ziele*), §§ 106, 116.

³¹ Recital 14 of Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union (OJ L 127, 29.4.2014, p. 39–50) and Recital 26 of Directive (EU) 1260/2024.

³² Cf. OECD, p. 31, where it is also indicated that if the proceeds of crime subject to confiscation (as well as the income or other valuable benefits obtained from the proceeds of crime) cannot be singled out from the licit property, the relevant property is confiscated up to the value of the proceeds of crime.

³³ KILCHLING: *Country report Germany*, pp. 5-7.

illegitimate, unidentifiable and unseizable property appears to have a legitimate basis: otherwise, the execution of confiscation, and thus its effective application, would be incidental to cases in which the offender has failed to conceal or spend the proceeds of crime. Then the concept that «crime shall not pay» could not be implemented in every case.

Another case in which legitimate assets can be confiscated is a case, when they constitute an indirect proceed of a crime, i.e. then they have been transformed, converted or intermingled with property acquired from legitimate sources. While it is possible to estimate how much the market value of a house has increased as a result of its renovation using illicit assets, the situation may be more difficult when illicit assets have been invested in an ongoing legitimate business (in a bakery, rental property, etc.). In such a case, gaining benefits from a legitimate business established (partly) on illicit funds is similar to earning money from the actual work done obtained as a result of the illegal activity, which raises the question of when one can still speak of «proceeds of crime». An assessment of a case in which all the life savings generated by employment were confiscated from a person who obtained that employment using a false passport led the ECtHR to conclude that this may be a case that requires a proportionality test, i.e. a fair balance must be struck between the protection of the right to property and the requirements of the general interest in confiscating assets that are (in some way) linked to the crime³⁴. In any case, it seems clear that above a certain threshold, profits from an essentially legitimate business should no longer be seen as an indirect effect of the crime and thus subject to confiscation as indirect proceeds of crime. With regard to the general interest in eliminating illicit assets invested in legitimate business, two solutions can be proposed. The first is to estimate the original value of illicit proceeds invested in legitimate business, which then constitutes a debt to the state, as is the case when illicit assets have been mixed with assets acquired from legitimate sources³⁵. Secondly, when such assessment is unduly difficult or there is a huge disproportion between the sum of the illegal «investment» (e.g. a bribe) and the value of the resulting transaction (e.g. a public contract)³⁶, it seems justified to impose an appropriate fine (or other type of financial instrument of criminal law) on the offender.

³⁴ ECtHR judgement of 13.05.2014 in case *Paulet v. UK* (App. No. 6219/08) § 65.

³⁵ Rec. 11 Directive 2014/42/EU and Rec. 13 Directive (EU) 2024/1260.

³⁶ Cf. ALLDRIDGE: *The Limits*, pp. 839-842.

VI. CONFISCATION OF PROPERTY AND VICTIM CLAIMS

The basic justification for asset confiscation appears to remain the concept of «crime shall not pay»: leaving existing illicit enrichment would be unjust and therefore undesirable. Rather, the confiscated assets should be used to satisfy victims' claims or to compensate for the social damage caused by the crime. However, confiscation for restorative reasons should primarily target illicit assets (and thus be based on and limited by the extent of illicit enrichment), whereas the harm caused by the crime should be covered by the offender's legitimate assets (and thus be based on and limited by the extent of the relevant harm). If «crime shall not pay», then the offender should be deprived of the proceeds of crime and should first then be held responsible for the harm caused to the victim by their criminal action. Earmarking the illicit proceeds to meet the victim's needs means putting the victims' interests ahead of the concept of depriving the offender of criminal assets for the restitutive purpose understood as the cancellation of the proceeds of crime. However, if the offender's assets were confiscated –both illegal and legitimate under, for example, an equivalence of value procedure– in most cases there would be little left to compensate the victim. Thus, the coexistence of two instruments: confiscation of illicit assets (for the benefit of the State) and reparation of the damage caused by the crime (in the interest of the individual victim) requires a solution, based on taking both interests into account, bearing in mind, however, that the victim is in a weaker position than the State. An example of a suitable solution is, somewhat paradoxically, the abolition of the principle of priority of victims' claims over state confiscation in Germany, after it was observed that such a principle resulted in a significant obstacle to depriving the offender of criminal proceeds if a victim could not be identified or could not realise their claim in the criminal proceedings (and the seized property had to be released). As a substitute, victims were given the right to bring a substitute claim against the State³⁷.

VII. CONCLUSION

As aptly put in the literature: *'It is justified when an item must be forfeit to make the law make sense'*³⁸. The concept of confiscation of legitimate as-

³⁷ KILCHLING, M.: *Country report Germany*, 2023, p. 5 (https://konfiskata.web.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2023/03/Extended-confiscation_Germany.pdf).

³⁸ ALLDRIDGE: *Some uses*, p. 379.

sets, which at first glance may seem peculiar, no longer seems surprising when one looks at concrete examples. It appears to be permissible when based on legitimate and convincing grounds, which may be the prevention of the investment of relevant assets in criminal activity or the recovery of the value of the original illegally obtained assets that cannot be located or identified. In each case, the principle of proportionality requires a legitimate aim, necessity and a reasonable balance between the infringement and the method used to achieve the aim. Moreover, each of the groups of sanctions: penalties (with their repressive function), preventive and restorative measures, have additional considerations and limitations, arising from their very nature. While (repressive) penalties should be based on and limited by individual guilt, preventive measures by a reasonably assessed probability of illicit use (investment) of the relevant assets, restorative measures should be based on and limited by the extent of enrichment and damage caused. The confiscation of the offender's property seems to serve all the above-mentioned purposes –it can achieve restorative objectives while developing certain preventive and even retributive effects– often simultaneously, even if with different intensities. This circumstance requires taking into account the various considerations and constraints arising from the application of this legal solution and adopting certain value-based principles to address problematic issues. This state of affairs, however, is not surprising: complex issues can rarely be resolved in a simple manner.

34. EL PERÍODO DE SEGURIDAD (ART. 36.2 CP) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ¹

CARMEN JUANATEY DORADO
ANTONIO DOVAL PAIS
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

La LO 7/2003, de 30 de junio, introdujo el llamado «período de seguridad», previsto en el art. 36.2 CP. Su regulación concreta ha experimentado varios cambios desde su incorporación al Código penal. Inicialmente la medida se concibió con carácter imperativo, de modo que, en el caso de condenados a penas de prisión superiores a cinco años, en tanto no hubiesen cumplido la mitad de su condena, no podrían ser clasificados en tercer grado. Pero, a fin de evitar la posible infracción del principio de reinserción, el precepto permitía al juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, acordar la aplicación del sistema general de clasificación (art. 72 LOGP). De esta última posibilidad se excluía a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales para los que la medida seguiría siendo preceptiva y sin posibilidad de reconsideración.

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo algunas modificaciones relevantes. Por una parte, se estableció un régimen general en el que la medida deja de ser preceptiva y pasa a ser facultativa, y quien la adopta es el juez o tribunal

¹ Es una gran satisfacción para nosotros contribuir a este homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta con quien nos une una relación especial, en reconocimiento a su larga y fructífera trayectoria académica.

sentenciador. En los casos en los que el juez o tribunal adopte la medida, se sigue manteniendo en los mismos términos la posibilidad de su revocación por decisión del juez de vigilancia.

Por otra parte, se mantuvo el régimen especial pero ampliándose la tipología de condenados para los que la medida tiene carácter preceptivo y no cabe la posibilidad de reconsideración por parte del juez de vigilancia. La LO 10/2022, de 6 de septiembre, amplió de nuevo el catálogo de delitos incluidos en la excepción.

II. EL PERÍODO DE SEGURIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde su introducción en el Código penal, lo dispuesto en el art. 36.2 CP ha dado lugar a diversos problemas de interpretación de los que ha tenido conocimiento el Tribunal Supremo. A continuación, nos ocuparemos de algunos de estos problemas y de los criterios que ha ido adoptando el Tribunal para resolverlos.

1. La aplicación retroactiva del art. 36.2 CP

Un primer problema se suscitó en relación con la posible aplicación del período de seguridad a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003. La cuestión fue objeto de resoluciones contradictorias por parte de las audiencias provinciales y de la Audiencia Nacional. Esta circunstancia dio lugar a la presentación de un recurso de casación para unificación de doctrina contra un Auto de la Audiencia Nacional (AAN 14-6-2005) en el que se aplicaba el período de seguridad a un condenado por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 7/2003, de acuerdo con la interpretación que este órgano judicial formuló de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003.

En concreto, esta Disposición permite aplicar las nuevas condiciones establecidas en los arts. 90 CP² y 72.5 y 6 LOGP a las decisiones sobre libertad condicional o clasificación en tercer grado desde su entrada en vigor, con independencia del momento de la comisión de los hechos delictivos o de la fecha

² Aunque esta Disposición se refiere a los arts. 90 y 93.2, omitiremos en el texto toda referencia a este último ya que ha sido suprimido por la LO 1/2015.

de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena. Esas nuevas condiciones supusieron un endurecimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y al tercer grado. Pues bien, la Audiencia Nacional entendió que puesto que el art. 72.5 establece que la clasificación o progresión al tercer grado requerirá, «además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil», el nuevo período de seguridad debía incluirse entre esos requisitos del art. 36 CP para la clasificación en tercer grado. Sin embargo, varias audiencias provinciales habían resuelto en sentido contrario, negando la aplicación retroactiva del art. 36.2 (AAP de Madrid, 6-6-2004 y AAP Barcelona, 15-6-2004, entre otras).

El Tribunal Supremo revocó la decisión de la Audiencia Nacional por entender que se trataba de una interpretación extensiva desfavorable para el reo (STS 748/2006, 12-6). A juicio del Tribunal, no es admisible una interpretación extensiva contra el reo que autorice la aplicación del art. 36 CP por la vía «oblicua» del art. 72. 5 de la LOGP, como hizo la Audiencia Nacional. Al no existir una específica y concreta referencia legal al art. 36 en la Disposición Transitoria –afirma el Tribunal– no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo nos parece la más respetuosa con las garantías penales. Y, desde luego, no nos parece aceptable el argumento de que las modificaciones introducidas en los arts. 90 CP y 72 LOGP afectan únicamente a la modalidad de ejecución, por lo que no afectarían al principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables³, pues se trata de normas que afectan, al menos, al derecho fundamental a la libertad. Además, si aceptásemos este criterio, el art. 36.2 CP podría ser de aplicación retroactiva sin necesidad de acudir a la Disposición Transitoria de la LO 7/2003.

Asimismo, la resolución del Tribunal significa que a los condenados por delitos que en el momento de su comisión no estuviesen incluidos en el régimen especial del art. 36.2, aunque posteriormente se hubiesen incluido, no se les podrá aplicar dicho régimen restrictivo.

Por último, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, relativa al recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, establecida en el Acuerdo Plenario de 22 de julio de 2004 (Disposición Adicional 5.ª LOPJ), la resolución adoptada no es de aplicación a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. De modo que, aquellos condenados a

³ Sin embargo, los jueces de vigilancia penitenciaria aceptaron, en su día, la aplicación retroactiva del período de seguridad, al considerar que se trata de una manifestación de la llamada retroactividad impropia. Este acuerdo fue objeto de un voto particular, XIII Reunión de JVP, Valencia, 2004.

los que se les hubiese aplicado retroactivamente el período de seguridad con anterioridad a la sentencia 748/2006 verían sus garantías vulneradas sin posibilidad de revisión, salvo la posible interposición de un recurso de amparo.

2. Pena de prisión superior a cinco años

Una segunda cuestión que ha sido objeto de controversia es si debe entenderse que la referencia a «pena de prisión superior a cinco años» es a condenados por delitos que individualmente hayan sido sancionados con una pena superior a cinco años o bastaría con que la suma de las penas impuestas superase los cinco años de prisión.

La hoy Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en su Instrucción 9/2003, optó inicialmente por la segunda interpretación menos favorable para el reo. Sin embargo, con posterioridad, cambió de criterio y en su Instrucción 2/2005 dispuso que «en los supuestos en los que el penado cumpla varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de 5 años, pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no les será de aplicación el período de seguridad»⁴.

Por su parte, el Tribunal Supremo hasta donde hemos podido conocer, no se ha pronunciado de forma directa sobre esta cuestión. No obstante, cabe deducir que su posición coincidiría con esta última cuando afirma que «la justificación de la medida viene en todo caso referida a la gravedad del hecho y a las circunstancias de su comisión, ya que sólo los delitos más graves permiten su adopción» (STS 207/2023, 22-3); o cuando declara que el art. 36.2 «se justifica por la necesidad de conferir al Tribunal sentenciador una facultad con incidencia directa en la progresión de grado de aquellos responsables condenados a penas graves» (STS 712/2021, 22-9). Y esto mismo cabe extraer de la Exposición de motivos de la LO 7/2003 en la que se defiende la introducción del art. 36.2 a fin de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad al menos «en lo tocante a los delitos de mayor gravedad».

3. Fundamento del período de seguridad

Una tercera cuestión que ha sido objeto de valoración por el Tribunal Supremo es la del fundamento de la medida. Así, en las resoluciones en las que

⁴ Así lo han entendido también los jueces de vigilancia penitenciaria en su XIII Reunión, Valencia, 2004.

ha hecho mención expresa a este asunto, el Tribunal ha declarado que «el período de seguridad responde a los principios de prevención general como respuesta a determinadas conductas que merecen un mayor reproche penal, de forma que este no puede quedar diluido vía clasificación penitenciaria» (SSTS 712/2021, 22-9 y 1017/2024, 12-11).

Pues bien, efectivamente, estamos de acuerdo en que se trata de una medida que relega claramente las razones de prevención especial positiva y da prioridad a las razones de prevención general, pero también y de forma muy patente a las inocuidadoras. La medida lo que pretende es, precisamente, asegurar el cumplimiento de una determinada parte de la pena dentro de la prisión, impidiendo que vía clasificación penitenciaria se pueda alcanzar un régimen de semilibertad. La medida, por ello, es contraria a los principios que inspiraron la LOGP, en especial, a lo dispuesto en su art. 72.3 y 4.

4. Órgano que ha de adoptar la medida y razones para su apreciación

La última problemática que abordaremos en relación con la aplicación del art. 36.2 CP por el Tribunal Supremo es, por una parte, cuál ha de ser el órgano a quien corresponde adoptar la medida en los delitos a los que se aplica el régimen especial y, en su caso, si ha de pronunciarse sobre ella el tribunal sentenciador; y, por otra parte, por lo que respecta a el resto de delitos para los que se prevé el régimen general, cuáles serían las razones que permitirían justificar su apreciación. Comentaremos, en primer lugar, la problemática relativa al régimen especial y a continuación nos ocuparemos de la referente al régimen general.

a) RÉGIMEN ESPECIAL

En relación con los condenados por delitos para los que la imposición del período de seguridad tiene carácter vinculante, se ha cuestionado la posible vulneración del principio acusatorio en aquellos casos en los que se impone la medida sin que haya sido solicitada por la acusación.

A esta cuestión el Tribunal Supremo (STS 50/2021, 25-1) ha respondido que al tratarse de un precepto imperativo, cuenta con la cobertura que le proporciona el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de diciembre de 2007, por lo que no hay vulneración del contenido material del principio acusatorio.

Además, el Tribunal argumenta que el art. 36.2 CP incluye un mandato dirigido, no ya al órgano de enjuiciamiento que determina la pena, sino al juez

de vigilancia penitenciaria a quien corresponde el control de la ejecución de las penas privativas de libertad y, por tanto, que este precepto lo que hace es complementar la regulación del régimen penitenciario de la progresión al tercer grado, se haya o no pronunciado el tribunal sentenciador sobre la restricción.

La conclusión del Tribunal es que la aplicación del art. 36.2 CP a las condenas por delitos para los que el precepto opera con carácter imperativo, no exige como presupuesto la previa petición del fiscal o de una parte acusadora. «Su aplicación –afirma el Tribunal– encierra un mandato que trasciende al momento de la definición de la pena aplicable y alcanza a los términos de su ejecución. De ahí que, haya o no sido propuesta por las acusaciones, ningún riesgo existe de que se quebrante la imparcialidad del órgano decisorio o que se vulneren el principio de contradicción y el derecho de defensa».

Frente a esta decisión cabría hacer la siguiente observación. El Tribunal da a entender que no es necesaria motivación alguna para la imposición del régimen especial del período de seguridad. No se trata de una actividad discrecional, sino que debe ser impuesto por imperativo legal. Pero no solo eso, sino que va más allá. Entiende que el mandato se dirige al juez de vigilancia penitenciaria quien no podrá autorizar la clasificación en tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena, aunque el tribunal sentenciador haya omitido cualquier referencia al art. 36.2.

Pues bien, a pesar de que la referencia de este precepto al «juez o tribunal» podría llevar a pensar que, efectivamente, eso es así, ya que, de lo contrario, debería aludir únicamente al «tribunal» –pues solo un órgano colegiado es competente para conocer de delitos graves sancionados con pena de prisión superior a cinco años⁵–, entendemos que sí debería exigirse al tribunal sentenciador la imposición del período de seguridad en la sentencia⁶, por razones de seguridad jurídica. Además, la motivación específica permitiría valorar la evolución del interno en aspectos relevantes para su reinserción social una vez cumplida la mitad de la condena y a efectos de una posible clasificación en tercer grado. Pero, claro, eso supondría que el tribunal cuenta con la información necesaria para motivar adecuadamente la decisión.

⁵ En concreto, los fiscales de vigilancia penitenciaria han calificado la referencia al juez o tribunal como impropia dado que «un juez no puede imponer penas que excedan de cinco años» (Conclusión 21.^a, 2011), en *Conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, 2011-2023. No obstante, es cierto que en caso de concurso de delitos, el juez de lo penal podría imponer una pena de prisión concreta que supere los cinco años, siempre que la pena abstracta de cada delito no sea superior a cinco años (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 12-12-2017).

⁶ En su Conclusión 20.^a, los fiscales de vigilancia han acordado que la imposición del período de seguridad puede hacerse en sentencia o en incidente de ejecución, *Conclusiones*, 2011-2023.

b) RÉGIMEN GENERAL

En las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse del alcance del régimen general del período de seguridad ha dejado claro que el órgano competente para tomar la decisión de aplicar o no la medida es el tribunal sentenciador. En concreto, ha declarado que el art. 36.2 CP «lo que otorga al Tribunal sentenciador es la facultad de efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados con el delito» (SSTS 459/2019, 14-10; 712/2021, 22-9; 718/2022, 14-7; y 1017/2024, 13-11, entre otras).

Ahora bien, por lo que respecta a la motivación y a cuáles pueden ser las razones que justificarían la adopción de la medida las cosas ya no son tan claras⁷. A continuación haremos referencia a las resoluciones que hemos podido encontrar en las que se alude a estas razones.

En una resolución del año 2017 (STS 493/2017, 29-6) el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia de instancia (SAP de Cáceres 181/2016 de 2-6), por indebida aplicación del art. 36.2, en un caso de agresión sexual a una menor de edad, de 15 años. Los hechos habían tenido lugar antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 por lo que en ese momento estos delitos sexuales no estaban incluidos entre aquellos a los que les era aplicable el régimen especial, pero sí estaba vigente el carácter imperativo de la medida para todos los delitos sancionados con penas de prisión superior a cinco años. Aunque el Fiscal había entendido que sí era aplicable el carácter imperativo de la medida, el Tribunal de instancia rechazó este extremo, declarando el carácter facultativo (retroactividad favorable), e impuso el período de seguridad, pero sin apreciar el régimen especial relativo a las agresiones sexuales a menores.

La defensa había argumentado en contra de la medida el tiempo transcurrido desde los hechos (más de seis años) durante los cuales el acusado no había estado privado de libertad y había llevado una conducta intachable, conviviendo con su pareja, que era conocedora de lo ocurrido y le prestaba su apoyo.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde la comisión del delito (de hecho se aplicó la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y se rebajó la pena en un grado), de haber rebajado la pena de diez años de prisión

⁷ Los fiscales de vigilancia penitenciaria han acordado que la aplicación facultativa del periodo de seguridad «implica que el Ministerio Fiscal deba solicitarlo, en aplicación del principio acusatorio, lo que hace aconsejable establecer criterios orientativos siempre vinculados a la peligrosidad criminal del reo» (Conclusión 21.ª, 2011, en *Conclusiones*, 2011-2023).

a una pena de cinco años (por tanto, no superior a cinco años), y de haber mantenido la prohibición de acercarse a la víctima a una distancia no inferior a 300 metros y de comunicarse con ella, por un plazo de 15 años, la Sala confirmó la aplicación del art. 36.2 remitiéndose a los argumentos de la sentencia de instancia: el tipo de delito cometido, la edad de la víctima, lo reiterado de la conducta libidinosa y agresiva, así como la actuación conjunta en la comisión de los hechos.

Es decir, el Tribunal fundamenta su decisión básicamente en la gravedad de la conducta delictiva sin entrar en las alegaciones de la defensa, que se refieren precisamente a variables que deberían ser objeto de valoración a los efectos de una posible clasificación en tercer grado.

Sin embargo, a partir de la sentencia 459/2019, 14-10 el criterio del Tribunal Supremo cambia. En esta resolución, aunque el Fiscal había solicitado la aplicación del art. 36.2 a los nueve condenados a penas de entre nueve y trece años de prisión por delitos de sedición y malversación de caudales públicos, la Sala consideró que no concurrían las circunstancias que permitirían su apreciación. El argumento que se aduce frente a la petición del Fiscal es que la facultad que confiere al Tribunal el art. 36.2 no puede ser interpretada como un mecanismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones de la Administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena. Estas decisiones –argumenta el Tribunal– tienen su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objeto de revisión. Y, dado que los acusados habían sido condenados también a penas de inhabilitación absoluta que excluyen el sufragio pasivo y la capacidad para asumir responsabilidades como las que venían ejerciendo en el momento de delinquir, el Tribunal consideró que con ello se daba cumplimiento a la finalidad de lo dispuesto en el art. 36.2 CP, esto es, efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos lesionados por los delitos.

La conclusión del Tribunal es que la capacidad jurisdiccional para revisar decisiones administrativas en el ámbito penitenciario que se consideren contrarias a Derecho es la mejor garantía de que el cumplimiento de las penas se ajustará, siempre y en todo caso, a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión; y a ello añade la facultad del Ministerio Fiscal para recurrir las decisiones contrarias a la legalidad en la ejecución de las penas privativas de libertad, como una garantía más que justifica su decisión⁸.

⁸ Es de reseñar que, con fecha de 15 de julio de 2020, la Secretaría de medidas penales, reinserción y atención a la víctima de Cataluña acordó la progresión a tercer grado de varios condenados en la STS 459/2019. El Ministerio Fiscal recurrió la decisión ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Barcelona, que, mediante Auto de 19 de agosto de 2020, confirmó la decisión administrativa. El Minis-

Lo controvertido de esta decisión es que el sentido de la medida es precisamente evitar anticipadamente decisiones de la Administración penitenciaria que puedan no considerarse acordes con la gravedad de la pena. Entendemos que tiene razón el Tribunal cuando afirma que no debería ser así, pero no ha sido ese el criterio del legislador por lo que la decisión de la Sala lo que supone es el rechazo de la medida en sí.

Igualmente, con esos mismos argumentos, el Tribunal Supremo (STS 712/2021, 22-9) revocó la decisión de la Audiencia Provincial de Cáceres (SAP 186/2019, 28-6) que había impuesto el período de seguridad en un supuesto grave de estafa con múltiples perjudicados. El Tribunal de instancia, a pesar de que la medida no había sido solicitada ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, consideró que la gravedad de los hechos justificaba su apreciación y lo motivó así: «no estamos ante hechos puntuales sino ante una conducta reiterada, mantenida a lo largo de varios años frente a una pluralidad de víctimas, algunas especialmente vulnerables, dato que pone de relieve una carencia de valores esenciales, casi inherentes a la conciencia humana, que conduce a pensar que sin duda precisará para su adecuada rehabilitación y reinserción social de un tratamiento penitenciario especialmente intenso que desaconseja, en principio, una prematura clasificación en tercer grado». Estas razones fueron juzgadas insuficientes por el Tribunal Supremo para justificar la apreciación del art. 36.2. El hecho de que se tratase de delitos patrimoniales en los que las víctimas ya habían sido indemnizadas por la entidad bancaria de la que eran clientes, unido a que la gravedad de los hechos ya había sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia al aplicar un subtipo agravado de estafa, llevó a la Sala a considerar injustificada la medida de acuerdo con los argumentos esgrimidos en su sentencia previa 459/2019.

Lo relevante de este caso es que, junto con los argumentos de la sentencia anterior, el Tribunal considera que la gravedad de la conducta delictiva, que a juicio del Tribunal de instancia desaconseja una prematura clasificación en tercer grado, no puede justificar la aplicación del art. 36.2 dado que esa grave-

terio Fiscal recurrió de nuevo la decisión del Juzgado de Vigilancia ante el Tribunal Supremo. Este último, mediante nueve autos de contenido similar, revocó la concesión del tercer grado por considerar que se trataba de una medida prematura. A su juicio era necesario el transcurso de un periodo de tiempo mayor para evaluar adecuadamente la evolución de los internos en el ámbito penitenciario, sobre todo valorando lo elevado de las condenas de las que ninguno de los condenados había cumplido la mitad y la mayoría ni siquiera una cuarta parte. Y añadió que la concesión del tercer grado a un interno que no haya cumplido la cuarta parte de la condena es excepcional y exige una justificación reforzada. Asimismo, estimó el recurso de la Fiscalía en relación con la aplicación a estos internos del art. 100.2 RP, que suponía también un régimen de semilibertad, por la falta de conexión del programa de tratamiento propuesto con el proceso de reinserción de los delitos cometidos (véase, por todos, ATS de 4 de diciembre de 2020).

dad ya ha sido valorada al imponer la condena. El problema es que entonces la gravedad del delito no podrá justificar en ningún caso la aplicación del art. 36.2, por haber sido ya tenida en cuenta al determinar la pena. Por tanto, habrán de ser otras las razones en las que fundamentar su apreciación y esto lleva a buscar esas razones en aquellas variables en las que se basan los informes de los profesionales penitenciarios para la clasificación en grado de los internos, lo que requiere unos conocimientos sobre la personalidad y la situación del condenado a los que difícilmente va a tener acceso el órgano juzgador.

Asimismo, el Tribunal Supremo rechazó el recurso interpuesto por la acusación particular por inaplicación del art. 36.2 en un caso de tentativa de asesinato, por las mismas razones esgrimidas en las sentencias anteriores, precisando, además, que a pesar de tratarse de un delito grave la aplicación facultativa del período de seguridad requiere de una motivación reforzada siendo insuficiente la gravedad del delito como justificación. En particular, el Tribunal considera que la adecuación de la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente que fundamenta el período de seguridad se satisface con la prohibición impuesta al condenado de aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 10 años (STS 718/2022, 14-7).

De nuevo, además de los argumentos ya comentados, nos encontramos con una declaración que conlleva el rechazo de la medida en sí misma. Si es suficiente con las penas accesorias (como se dice en la STS 459/2019) o con prohibiciones como las previstas en el art. 106 CP, el período de seguridad es innecesario. Y, a un mismo tiempo, la decisión supone una contradicción con el criterio mantenido en la primera de las sentencias comentadas (STS 493/2017, 29-6).

En otra sentencia de 2023 (STS 184/2023, 15-3) el Tribunal Supremo revocó la decisión del Tribunal de apelación (STSJ de Canarias, 97/2021, 17-9) que, a su vez, había confirmado la sentencia del Tribunal de instancia (SAP de Santa Cruz de Tenerife, 19/2021, 26-1) en la que se aplicaba el art. 36.2 a un condenado por delito de tráfico de drogas con la agravante de notoria importancia y de integración en grupo criminal. El Tribunal de apelación confirma la resolución del Tribunal de instancia que, tras reiterar los argumentos de la Sentencia 459/2019, afirma que en el caso de uno de los condenados concurre el pronóstico de peligrosidad que, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, justifica la aplicación del período de seguridad atendiendo a «la gravedad de su comportamiento, reiterado en el tiempo, corrompiendo a sectores amplios de la población y ejerciendo dentro del grupo criminal funciones de liderazgo indiscutibles que lo hacen más peligroso».

No obstante, el Tribunal Supremo rechaza que la salud pública pueda verse especialmente en peligro de no impedirse la clasificación del penado en tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena. Y de nuevo reitera que la gravedad del delito ya ha sido valorada primero por el legislador al establecer la pena y después por el propio Tribunal al determinar la pena concreta cuya extensión va a incidir directamente en la concesión de beneficios penitenciarios y en la clasificación penitenciaria. A juicio de la Sala, es presupuesto básico del tratamiento penitenciario conseguir que el fin constitucional de reinserción social de la pena sea efectivo, por lo que cualquier limitación que se realice de este instrumento deberá ser excepcional y motivada.

Y, por último, el Tribunal Supremo anula la imposición del período de seguridad por el Tribunal de apelación en un caso de asesinato en el que, en primera instancia, el Magistrado Presidente había rechazado su aplicación por considerar que su apreciación requiere prudencia y una valoración de la cercanía o no a los delitos que el precepto contempla como de preceptiva aplicación. Y a pesar de que se trataba de un asesinato, entendió que no concurrían especiales circunstancias en el hecho que justificasen la limitación de los beneficios penitenciarios. El Tribunal de apelación, sin embargo, revocó esa decisión al valorar que la gravedad de la pena y del delito, cometido en una localidad pequeña, la sensación de alarma creada y la peligrosidad mostrada por la conducta de los acusados, exigían la aplicación del art. 36.2 CP.

Pues bien, nuevamente el Tribunal Supremo revoca, a su vez, la decisión del Tribunal de apelación al considerar que los argumentos aducidos por este último para justificar la aplicación del período de seguridad ya se habían tenido en cuenta en la sentencia de instancia al establecer una pena de 17 años de prisión en atención a la gravedad de los hechos, neutralizando de ese modo la peligrosidad. La Sala rechaza expresamente que factores externos al pronóstico de reinserción social de los condenados como la alarma social que haya podido provocar el delito permitan justificar la aplicación del período de seguridad (STS 1017/2024, 13-11).

Así pues, en estas dos últimas sentencias la Sala confirma que la imposición de la medida debe ser excepcional y motivada, y rechaza que la alarma social provocada por el delito pueda servir de fundamento para su apreciación. El problema nuevamente radica en las dificultades que se aprecian a la hora de dar argumentos para su aplicación que no consistan en la gravedad del delito o en razones de prevención general como la alarma social creada por la conducta delictiva.

Visto todo lo anterior, parece asentada la doctrina establecida en la sentencia 459/2019. Sin embargo, en su sentencia 207/2023, 22-3, el criterio del Tri-

bunal Supremo parece apartarse de la misma. Así, llega a afirmar que «dado que el recurrente fue condenado por la comisión de un grave delito de asesinato, concurriendo dos circunstancias que cualifican el tipo penal», la motivación de la decisión de aplicar el periodo de seguridad, dada la gravedad del delito, se deduce implícitamente del contenido de la sentencia. En este caso, la defensa del condenado había recurrido la imposición del art. 36.2 ante la falta de motivación de la medida por parte del Tribunal de instancia (SAP Badajoz, 17/2022, 6-4) y en el entendimiento de que esa falta de motivación no puede ser suplida por el Tribunal de apelación (STSJ Extremadura, 21/2022, 12-7). Pues bien, el Tribunal Supremo resuelve que las razones para el establecimiento del periodo de seguridad, que considera implícitas en la sentencia de instancia (dada la gravedad de los hechos: asesinato concurriendo dos circunstancias específicas) y explícitas en la sentencia de apelación, resultan proporcionadas sin que pueda apreciarse en el recurso razonamiento alguno que permita sostener lo contrario. Y a ello añade que la medida había sido interesada por las acusaciones, por lo que las partes pudieron realizar alegaciones antes de su adopción.

En definitiva, en este caso, en contra de lo expresado en las resoluciones anteriores, es la gravedad del delito la que justifica la imposición del periodo de seguridad.

III. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el Tribunal Supremo tiene serios problemas a la hora de interpretar y aplicar lo dispuesto en el art. 36.2 CP. Se habla en sus resoluciones de un fundamento de prevención general, pero a un mismo tiempo, por una parte, declara que ni la gravedad del delito y sus circunstancias, ni la alarma social creada permiten justificar su apreciación porque ya han sido tenidas en cuenta por el juzgador; y, por otra parte, llega a afirmar que la adecuación de la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente son fundamento del periodo de seguridad y este se satisface con la prohibición impuesta al condenado de aproximarse y de comunicarse con la víctima por cualquier medio por tiempo de 10 años (STS 718/2022, 14-7). Todo ello, a su vez, entra en contradicción con otras resoluciones en las que confirma la aplicación del periodo de seguridad basándose en la gravedad del delito (SSTS 207/2023, 22-3 y 493/2017, 29-6) y a pesar de haber sido impuesta la prohibición al condenado de aproximarse y de comunicarse con la víctima por cualquier medio por tiempo de 15 años (STS 493/2017, 29-6). E, igualmente, en este último supuesto, a pesar de que la propia defensa había alegado una

serie de circunstancias que forman parte precisamente de aquellas variables que deberían tenerse en cuenta, en su momento, para una posible clasificación en tercer grado (largo tiempo transcurrido desde los hechos durante el cual el acusado había estado en libertad sin incurrir en problemas relacionados con del delito cometido y conviviendo con su pareja), la Sala confirmó la aplicación del art. 36.2 CP. Y, por el contrario, el Tribunal Supremo revocó el período de seguridad a pesar de que el Tribunal de apelación sí aludía a una carencia de valores esenciales en el acusado y a la necesidad de un tratamiento especialmente intenso para una adecuada rehabilitación y reinserción social que desaconsejaría una prematura clasificación en tercer grado (STS 712/2021, 22-9).

El problema, a nuestro juicio, es que el art. 36.2 constituye una anomalía en el sistema penal en la medida en que otorga al juzgador una facultad que, de acuerdo con un entendimiento integral y coherente de la legislación penal y penitenciaria, corresponde al ámbito de la ejecución de la pena y esto da lugar a las dificultades e incoherencias que hemos podido apreciar.

Al eliminar el carácter imperativo de la medida se pretendió eludir la vulneración del principio de reinserción social, pero con ello se ha generado el problema de dejar en manos del juzgador una facultad para la que, entendida en su sentido genuino, carece de herramientas de valoración. La motivación exigible, si no se fundamenta en la mera gravedad del delito y sus circunstancias, requiere del conocimiento de una serie de variables a las que el juzgador difícilmente puede tener acceso. De ahí que el Tribunal Supremo, como hemos visto, o bien evita su apreciación alegando que es en el ámbito penitenciario donde se debe realizar esa valoración, lo que significa sustraerse a la facultad que el propio legislador le ha conferido, o bien motiva su apreciación basándose en la gravedad del delito, entrando en contradicción con lo manifestado en la mayoría de sus resoluciones.

Lo que parece claro es que el legislador ha generado un problema que distorsiona el correcto funcionamiento de nuestro sistema penal y penitenciario y sitúa a los órganos judiciales en una posición en la que difícilmente pueden dar cumplimiento a la facultad que se le ha conferido con eficiencia y coherencia.

35. PUNISHMENT OR TREATMENT – COORDINATING CRIMINAL AND DRUG POLICY?

RAIMO LAHTI

Professor of Criminal Law (emeritus)
University of Helsinki, Finland

I. ASSESSING THE GENERAL STRATEGY FOR REFORMING THE FINNISH PENAL SYSTEM

The main focus of my article is on why the coordination of criminal and drug policy has proven to be a particularly difficult decision-making issue¹. However, I will begin my examination with the guidelines of the comprehensive criminal law reform (1972-2003). In the following sections, I will address the title question by first examining the criticism of individual sanctions since the 1960s, before moving on to the main question, which is to examine the coordination of criminal and drug policy in the light of Finnish and international legislative and other developments.

The comprehensive reform of Finnish criminal law was initiated by the establishment of the Criminal Law Committee in 1972, and the most important legislative package of its final phase –the reform of the general doctrines of criminal law– was approved in 2003 and entered into force on 1 January 2004.

¹ As for the Finnish version of this writing, see: LAHTI, R. «Rankaisemista vai hoitoa?» [«Punishment or treatment?»] In K. Nuotio et al. (eds.), *Parempaa päihdepolitiikkaa* (see below, 2023), pp. 100–112; and the whole article collection of NUOTIO, K. & SIMOJOKI, K. & YLI-HEMMINKI, E. (eds.): *Parempaa päihdepolitiikkaa. Rangaistuksista hoidon poluille* [Towards a better intoxicant policy. From punishments to the tracks of treatment] Helsinki: Gaudeamus, 2023.

In this comprehensive reform, the greatest attention was paid to a special part of the new Criminal Code, namely the assessment of punishability («what should be punished and how severely?»)². The criminal sanction system had been reformed in partial reforms since the beginning of the 1970s without extensive legislative packages. In the 2003 reform (515/2003), it was particularly significant from the point of view of the sanction system that the imposition of punishment was regulated uniformly and the provisions relating to it were included in one chapter of (Ch. 6) the Criminal Code.

In its plans for reforming the penal system, the Criminal Law Committee's Report (1977)³ reflects many of the ideas that had already influenced the partial reforms that preceded it. Inkeri Anttila and Patrik Törnudd were the most central figures in the new criminal justice thinking⁴. The principles of the so-called «humane neoclassical criminal law» were also confirmed by the Criminal Law Committee as the guidelines for the future reform of the penal system⁵. First, the Committee's report closely links criminal policy to other social policies and justifies the limitations of the criminal justice system compared to other means of prevention and control when opposing undesirable phenomena and influencing the behavior of individuals. The importance of the general prevention of the penal system is emphasized, but its one-sided connection to the severity of penalties is rejected. The new crime control policy is future oriented. The emphasis on justice is not only associated with the traditional legal safeguards but also with attempts to create a more just and legitimate crime control system. According to the Committee's assessment, the severity of penalties has relatively little effect on overall crime. The system of criminal sanctions had to be simple and clear-cut, although alternatives to imprisonment were needed.

² An unofficial translation of the Finnish Criminal Code can be found in the website of the Ministry of Justice, amendments up to 433/2021 included: <https://www.finlex.fi/fi/lainsaadanto/saadoskaannokset/1889/eng/39-001>.

³ Committee Report 1976:72.

⁴ See their most important works in the article collections of ANTILA, I.: «Ad ius criminale humanius». *Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy*. Finnish Lawyers' Association, Series D, No. 7. Edited by R. Lahti & P. Törnudd. Helsinki: *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, 2001; and TÖRNUDD, P. «Facts, Values and Visions». *Essays in Criminology and Crime Policy*. National Research Institute of Legal Policy, Publication no. 138. Edited by I. Anttila, K. Aromaa, R. Jaakkola, T. Lappi-Seppälä & H. Takala. Helsinki, 1996; Lappi-Seppälä, T. «Miksi rikosoikeus?» [«Why criminal law?»] In A. Hirvonen (ed.): *Kohti 2000-luvun rikosoikeutta [Towards criminal law in the 21st century]*. Helsinki: University of Helsinki, 1994, pp. 19-82. See also the collection of LAHTI, R. «Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice». *Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy 1972-2020*. Helsinki: The Finnish Lawyers' Association, 2021 (Open access: <https://edition.fi/lakimiesyhdistys/catalog/view/121/68/223-1>)

⁵ See Committee Report 1976:72, esp. Chapter V.

The changes to the sanction system related to the comprehensive reform of criminal legislation have reflected the pragmatic-rational implementation of criminal policy without re-evaluating the stated starting points. The first changes to the sanction system prepared by the Task Force for the comprehensive criminal law reform, so-called 'Criminal Code Project', established in 1980 concerned the consideration of alternatives to imprisonment. Simultaneously with the first phase of the project focusing on a special part of the Criminal Code (Laws 769-834/1990), the revised provisions on the waiving of criminal measures (300-303/1990) and the Act on the Experimentation of Community Service (1105/1990) also entered into force on 1 January 1991.

The provisions on the waiving of measures (diversion) aim at several goals: the rationalization of criminal sanctions; enabling other forms of official control (mainly social welfare) instead of prosecution; the differentiation of the penal system; and the appropriate allocation of the resources of the criminal justice system. Mediation is mentioned in the preparatory works of the Code as a suitable basis for waiving measures on the grounds that the perpetrator has acted to eliminate the effects of his crime. The position of the Criminal Code Project on mediation was positive in itself, although it has not been considered a significant alternative to imprisonment.

The abolition of the Criminal Code Project in 1999 meant that several reforms of the penal system remained unprepared in their final form. At the last meeting of the Criminal Code Project Steering Group on 31 March 1999, the principles of reforming the system of criminal sanctions were discussed. In the memorandum of the steering group member that I prepared for the meeting, I considered that since neo-classical criminal law thinking had already been modified, especially with the introduction of community service and juvenile punishment sanctions, it would be necessary to assess the more general effects of that change in thinking on the assessment of the mutual relationship between types of criminal sanctions and the formulation of the substantive content of the conditions for their application. There was no longer any possibility for such a reassessment in the work of the Criminal Code Project. Accordingly, the further preparation of reforms concerning imprisonment and its execution, as well as conditional release, the handling of cases of young offenders and the sanction system for them, as well as contractual treatment, was entrusted to special committees.

II. PUNISHMENT OR TREATMENT – TYPES OF SANCTIONS BETWEEN DIFFERENT AREAS OF CONTROL POLICY IN THE 1960S-1980S

Significant events in the critical discussion of individual sanctions in the late 1960s were the publication of the book «Compulsory Helpers» (ed. by L. D. Eriksson) in May 1967⁶ and the founding of the «November Movement» on 7 November 1967. The criticism of individual sanctions, or the so-called treatment ideology, was based, among other things, on criminological research data, which had not led to the discovery of treatment methods that would be significantly and generally better than others in reducing the likelihood of recidivism. The main focus of the criticism was on the different forms of deprivation of liberty and the shortcomings of the legal protection they are subject to. The official treatment ideology was considered to have given a false impression of what reality looks like in care institutions. The book and movement's action plan mentioned the key shortcomings as inadequate care for alcoholics or the unfair treatment of drunkards, but drugs were not yet a particular concern in these programs at that time.

The expectation that criminal and drug policy, or more broadly, intoxicant policy, would have been more closely linked when the Narcotics Act was enacted (41/1972), because in the report of the Economic Council published at the same time, i.e. in 1972, the section that studied the objectives of social policy and their measurement discussed control policy as a sub-area of social policy and that in addition to criminal policy, social welfare and mental health care, in addition to certain other areas of activity, were under its consideration. The section's conclusions included, among other things, that in terms of the appropriate allocation of control policy resources, it is important that the functions of control policy are examined as a whole and that the same persons must not be randomly targeted by different sub-areas or systems⁷.

In the draft penal regulations that are part of the Criminal Law Committee's Report, the majority proposed a common chapter on alcohol and drug offences in the Criminal Code, referring to the aim of both types of criminal regulations being to reduce the health and social harms of intoxicating substances. However, the task of the drug penal regulations is to maintain a general negative attitude towards drugs. Since then, drug policy seems to have become more clearly differentiated from other substance policy, although, for example, in

⁶ ERIKSSON, L. D. (ed.): *Pakkoauttajat [Compulsory Helpers]*. Helsinki: Tammi, 1967.

⁷ See Appendix 6 to the Report of Economic Council (the authors were criminal policy experts R. Jaakkola, K. Mäkelä and H. Takala). Economic Council was set up for generally studying the issues of the quality of life, such as goals of economic and social policy and their measurement.

the Substance Abuse Treatment Act (41/1986), the concept of a substance covers, in addition to alcoholic beverages, other substances consumed for the purpose of intoxication.

Drugs and control policy were the subject of a joint Nordic seminar in 1985. In my presentation at the seminar⁸, I stressed the need to coordinate criminal and substance abuse policies and that drug policy should follow the criminal policy objective described above, which prioritizes minimizing harm caused by drugs and their control. I believed that control measures should be primarily directed at illegal importers and distributors of drugs, not users, and that a provision punishable by fines only should be created for illegal use.

III. THE RELATIONSHIP BETWEEN PUNISHMENT AND TREATMENT IN THE CRIMINAL POLICY DEBATE OF THE 1990S-2000S

When the new Narcotics Act (1289/1993) was enacted and, in the same context, drug offences in the Criminal Code (Chapter 50; 1304/1993), attention was paid to the relationship between punishment and treatment: it would be possible to waive penal measures (punishment) for drug use if the person had committed to treatment approved by the Ministry of Social Affairs and Health. The proposal to reform the provisions on drug offences was based on the proposal of the Criminal Code Project, which extensively discussed the criminalization of the unauthorized use of drugs, but it was decided to maintain the punishability of use as a fine and, in the case of seeking treatment, as a general rule leading to the abandonment of penal measures. However, such a drug offence with a fine only was not included in the draft amendment to the Criminal Code.

A year after the Criminal Code project was terminated, i.e. in 2000, the Government proposed adding a new crime characteristic to Chapter 50 of the Criminal Code under the title of drug use offence. A person would be convicted of a drug use offence if he illegally uses or possesses or attempts to acquire a small amount of a drug for his own use. A fine or imprisonment of up to six months could be imposed for a drug use offence. This would enable the application of the penalty order procedure to these offences, and with the amendment to the Coercive Measures Act, a body search would also be appli-

⁸ LAHTI, R. «Narkotikalovgivning i de nordiske lande set fra en retspolitisk synsvinkel: En kritisk vurdering af gældende lovgivning og dens anvendelse; Finland» [«Drugs legislation in the Nordic countries from a legal policy point of view; Finland»] In *Narkotika og kontrolpolitik. Seminar-rapport [Drugs and control policy. Seminar report]*. Copenhagen: Nordic Council, 1985, pp. 112-117.

cable to a person suspected of this offence. These amendments to the law were approved (Criminal Code 50:2a; 654/2001).

Of particular note is how Parliamentary Committee of Legal Affairs emphasised the priority of treatment for drug users: «In preventing, reducing and minimising harm from drug use, social and health policy measures are of primary importance. The Committee considers it essential that drug users' access to treatment is improved urgently and that the costs of treatment for municipalities are balanced»⁹. The Legal Affairs Committee also called for the possibility of supplementing the penalty system with a new punishment, in which a period of treatment can be included in the sentence, to be investigated. Parliament adopted two statements in the final discussion of the amendments to the law. The first of these required that drug users' access to treatment be improved urgently and the costs of treatment for municipalities be balanced. The second statement required the government to monitor the effects of the amendments to the law and, if any shortcomings arise, to take the necessary measures.

In 2001, the Ministry of Justice appointed a Commission on Contract Treatment to prepare a proposal for a law on the trial of contract treatment. Its report was completed in 2002¹⁰, and 40 statements were received on the Commission's report. Despite the mainly positive feedback, the bill did not lead to legislative action. From the perspective of subsequent legislative developments, it seems that the Ministry of Justice wanted to focus initially on the preparation of the Imprisonment Act (767/2005) and later on the community sanctions and the implementation act regulating them uniformly (400/2015) and on their careful content reform. In the justifications for the latter bill, the necessity of a separate contract treatment-type sanction was rejected, because under existing legislation it was considered possible to arrange institutional and outpatient care for the convicted person provided by the general service system. In addition, the justifications for the Bill emphasized the wider use of services provided by the general social or health care system and a clear solution to the issues of organization and cost responsibility for these services¹¹.

It is also noteworthy that the sanction regarding community service had the option of performing a maximum of 30 hours of service by participating in outpatient care organized by a social or health care service provider, and that a youth sentence may include tasks and programs that promote the young

⁹ Report of the Legal Affairs Committee 13/2001 on the Government Bill 213/2000.

¹⁰ See Committee Report 2002:3.

¹¹ See Government Bill 215/2014.

person's social functioning. Opioid detoxification and substitution treatment is regulated by the Decree of the Ministry of Social Affairs and Health on the detoxification and substitution treatment of opioid addicts with certain medications (33/2008), and the Decree on Infectious Diseases (146/2017) stipulates that municipalities are responsible for replacing drug use equipment. Overall, the regulatory field is diverse and confusing, without any consistent legislative line being discernible, even in terms of the regulatory level (law or decree).

In my own statements to Parliamentary Committees, I have taken a position on the bills concerning supervision punishment and the implementation of community sanctions. In my statement on supervision punishment to the Constitutional Law Committee on 22 April 2010, I said, among other things, that the reform line of the criminal sanction system over the past couple of decades had been to introduce new types of individually determined sanctions (community service, mediation, youth punishment), while the starting points of the comprehensive reform of criminal law dating back to the 1970s were to emphasize the general prevention function of punishment and the importance of such principles of justice as equality, predictability and proportionality determined according to the seriousness of the crime. As I emphasized in the statement, in criminal policy, in accordance with the principles of criminal law last resort (*ultima ratio*) and (prospective) proportionality and humanity, the goal of developing the criminal sanction system should be that the existing range of criminal sanctions enables the gradation and individualization of their severity, and that the starting point for sentencing is to use the mildest possible, justifiable sanction. In my opinion, the justifications for the legal reforms left unclear how well the wider use of the services of the general social and health care system and a clearer division of responsibilities would be secured in the future.

Probationary liberty under supervision ('supervision punishment'), as well as community service and the proposed contract treatment, can be criticized from the perspective of the principle of equality, because the individual suitability of the sanction is a prerequisite for imposing it in both cases. In considering whether the principle of equality (and the principle of non-discrimination) has been violated, the decisive factor is what are the grounds for different treatment. Are they acceptable from a criminal policy and fundamental rights perspective? The criminal sanction system has built-in tensions between different values and goals, and only by carefully weighing them and their different weights can an assessment of the acceptability of the proposed legislative solution be reached. Constitutional considerations play an important role in this weighing.

In my statement to the Legal Affairs Committee on the draft law on the implementation of community sanctions on 19 November 2014, I said that the entire sanction system, above all the criteria for selecting and measuring the types of criminal sanctions imposed by the court, should be reassessed, because this was not done in the final stage of the Criminal Code Project. The assessment of the entire sanction system includes, in addition to the consideration of unconditional imprisonment and the community sanctions discussed in the draft law under review, e.g. the consideration of what kind of ancillary sanctions it is justified to attach to conditional imprisonment, i.e. what kind of combined sentences would be justifications. The new legislation on plea bargaining and its impact on non-prosecution of a sanction-like nature provide grounds for a broader consideration of sanction policy, as does the attitude towards punitive administrative sanctions as an alternative or addition to actual penalties. Also, due to the influence of the European Union, the policies regarding penalty scales need to be re-evaluated. – Neither of my explained statements received special attention in the parliamentary documents.

In summary, it is also worth mentioning the Act on Preventive Substance Abuse Work (523/2015), which defines the goal of comprehensive regulation of various aspects of substance abuse or other addictions and – likewise – comprehensive prevention of alcohol, tobacco, drug and gambling-related harms. The Government has also issued decisions in principle, particularly on drug policy. According to the Government Decision-in-principle (STM/2016/16) drawn up for 2016–2019, the goal of Finland’s drug policy was to prevent the use and distribution of drugs in such a way that the health, social and individual harms and economic costs caused by their use and control are kept as low as possible.

IV. COORDINATING CRIMINAL AND DRUG POLICY IN LIGHT OF FINNISH AND INTERNATIONAL DEVELOPMENTS

In my opinion, there is a particularly great need for change in the coordination of criminal and drug policy. I have highlighted above how, when the crime of drug use was established, the priority of waiving measures and treatment was emphasized. However, academic follow-up studies, namely the criminological doctoral theses of Aarne Kinnunen (2008) and Heini Kainulainen (2009), have shown that, despite the emphasis on social and health policy, the strongest element of drug control is the dominance of the criminal justice system, criminal justice control has been greatly increased and sanctioning

practices have been tightened (fining has increased and waiving penal measures has decreased) since the mid-1990s¹².

Pekka Hakkarainen and Tuukka Tammi evaluate the dual –two-track– policy line that was distinguished since the official drug strategy of 1997¹³: alongside criminal law control, social and health policy measures aimed at prevention, treatment and harm reduction were raised. According to the authors, this dual policy line has continued to this day. However, new winds have recently emerged in the international climate of opinion and they have also been reflected in Finland, where drug use has become primarily an activity of young adults¹⁴. A recent working paper by the Finnish Institute for Health and Welfare (in Finnish abbr.: THL) states, among other things, that «there has also been a desire to dismantle the strong criminal law control related to drugs with various models, which have not, however, involved legalizing drugs or bringing them onto regulated markets; rather, these models have sought to prioritize early intervention and treatment instead of punishment»¹⁵.

The International Drug Policy Consortium (IDPC) has been a significant influencer in the international debate, having initially prepared the Drug Policy Guide in 2010¹⁶. It has been compiled with the help of experts from around the world on experiences and best practices for the development and implementation of national drug policies. This guide emphasizes the following key principles of drug policy: basing drug policy on an objective assessment of research evidence and prioritization, reducing the adverse effects of drugs and their

¹² KINNUNEN, A. «Kriminaalipolitiikan paradoksi. Tutkimuksia huumausainerikollisuudesta ja sen kontrollista Suomessa» [«Paradox of criminal policy. Studies on the drugs crime and its control in Finland»]. *Publications of the National Research Institute of Legal Policy*, 233. Helsinki, 2008, esp. p. 108; KAINULAINEN, H. «Huumeiden käyttäjien rikosoikeudellinen kontrolli» [«Criminal justice control of the users of drugs»]. *Publications of the National Research Institute of Legal Policy*, 245. Helsinki, 2009, esp. chapter V. See also critical analysis of TRÄSKMAN, P. O. «The Dragon's Egg – Drugs-related Crime Control», in A. Snare (ed.): *Beware of Punishment. Scandinavian Studies in Criminology*, 1995:14, pp. 147-172; TRÄSKMAN, P. O. «Drug Control and Drug Offences in the Nordic Countries: A Criminal Political Failure too often Interpreted as a Success», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2005:5:2, pp. 236-256; and THAM, H. «The Influence of the Drug Issue on Criminal Policy». *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2012:13:1, pp. 12-30, for a similar criticism from a general Nordic perspective.

¹³ See Committee Report 1997:10.

¹⁴ HAKKARAINEN, P. & TAMMI, T.: «Kriminalisointikeskustelu –Oli jo aikakin!» [«Debate about criminalisations– It was about time!»]. *Haaste* 4/2019, pp.10-11.

¹⁵ See WARPELIUS, K. (ed.) «Alkoholi-, tupakka-, huumausaine-, ja rahapelitilanne Suomessa. Päihde- ja riippuvuusstrategian taustaselvitys» [«The situation regarding alcohol, tobacco, narcotic, and gambling in Finland. Background report on the substance use and addiction strategy»]. *Working paper* 4/2021. Helsinki: Finnish Institute for Health and Welfare, 2021, chapter 2.3, esp. p. 40.

¹⁶ IPDC 2016. *IDPC Drug Policy Guide* (3rd edition). International Drug Policy Consortium. (Open access: <https://idpc.net/policy-advocacy/idpc-drug-policy-guide-3rd-edition>)

control, complying with international human rights standards, and caring for and avoiding the targeting of vulnerable drug users.

It should be noted that, in the preparation of legislation, the impacts of legislative proposals must be assessed from different perspectives, according to the instructions of the Ministries of Justice¹⁷. A lot of impact data is available as a basis and support for drug policies, most recently from the Drug Situation in Finland 2020 report and the research report from the same year¹⁸. These reports contain relevant recommendations, including that Finland should have a broad discussion on both the role of criminal policy and the strengthening of the social and health policy approach in drug policy. It should also be mentioned that the Parliamentary Constitutional Law Committee has recorded its recent position as principles concerning the criminal sanction system in its 2016 statement: «The legislator's task is to formulate the components of the system in a way that best reduces the human and material harm and suffering caused by both crime and the crime control system. The justified level of punishment is determined, in addition to fairness considerations, by how well the punishments are able to prevent crimes, what kind of social and individual burden and suffering the application of that system produces, and what other means society would have at its disposal in pursuing the same goal»¹⁹.

Prime Minister Sanna Marin's Government Program (2019–2023) promised to improve the efficiency of drug trafficking and reduce the harms of use by drawing up a cross-administrative decision-in-principle on drug policy. Accordingly, the Government's Decision-in-principle of 9 December 2021 on drug policy 2021–2023 (STM/2021/248) states, among other things, that the objective of Finland's drug policy is to prevent the use and distribution of drugs in such a way that the health, social and individual harm caused by their use and control is kept as low as possible. Furthermore, Finland is considered committed to the UN Conventions on Narcotic Drugs and the EU Drugs Strategy for 2021–2025.

When considering the Citizens' Initiative (in Finnish abbr.: KAA) 5/2020 on the decriminalization of cannabis use, the Parliamentary Legal Affairs

¹⁷ See Ministry of Justice 2007: Impact assessment of legislative proposals. Guidelines.

¹⁸ RÖNKÄ, S. & MARKKULA, J. (eds.) *Huume tilanne Suomessa 2020* [The drug situation in Finland 2020] Report 17/2020. Helsinki: Finnish Institute for Health and Welfare, 2020 (a); RÖNKÄ, S. & MARKKULA, J. (eds.) *Huumeausainepolitiikkaan vaikuttavat keinot, sovellettavuus Suomeen ja suosituksset* [Measures affecting drug policy, applicability to Finland, and recommendations]. Helsinki: Finnish Institute for Health and Welfare, 2020 (b); LINTONEN, T., RÖNKÄ, S., KOTOVIRTA, E. & KONU, A. «Huumeet Suomessa 2020 –ennakointitutkimus» [«Drugs in Finland 2020 – a forecast study»]. *Reports of the Police University College*, 101. Tampere, 2012.

¹⁹ Statement of the Parliamentary Constitutional Committee 9/2016 on the Government Bill 1/2016.

Committee refers to the policy of the aforementioned decision-in-principle on drug policy when rejecting the said citizens' initiative. It is worth noting, however, that the report of the Legal Affairs Committee emphasizes that access to treatment should be a priority for drug users compared to criminal sanctions, and that, in the opinion of the committee, referrals to treatment had already increased significantly. The report also emphasizes the reduction of drug use and the harms caused by it through preventive work, education and early intervention²⁰. The later Citizens' Initiative KAA 3/2023 on creating supervised localities for drugs users was also rejected by the Parliament on 21 February 2025.

In the latest Nordic discussion, a Norwegian doctoral thesis considers that Norwegian drug policy is increasingly oriented towards reducing the harmful effects of drugs and their control, but problems arise from the simultaneous implementation of police work, treatment of intoxicated people and drug syringe exchange in the criminal justice system²¹. Swedish researcher Ted Goldberg, in turn, considers changing the goal of his country's drug policy: no longer aiming for a drug-free society, but aiming for an experimental society in which recreational use of (mild) drugs is also recognized²². According to Piet Hein van Kempen and Masha Fedorova, the latter purpose can be assessed in the approach to cannabis use as a counter-principle arising from positive human rights obligations to the prohibition line represented by the UN drug conventions²³.

V. CONCLUSIONS

The previous review has shown that the status of treatment-type sanctions has not been satisfactorily arranged in our legislation, with the current situa-

²⁰ Report of the Parliamentary Legal Affairs Committee 6/2022.

²¹ OLSEN, H. *Narkotikapolitikk og skadereduksjon. Dilemmaer i politiarbeid, rusbehandling og sprøyterom* [Drug policy and harm reduction. Dilemmas in police work, drug treatment and injection rooms]. Oslo: University of Oslo, 2020.

²² GOLDBERG, T.: «A path forward for Swedish drug policy?» *Nordic Studies in Alcohol and Drugs* 2021: 38:2, pp. 112–124.

²³ VAN KEMPEN, P. H. & FEDOROVA, M. *International Law and Cannabis*. Vol. II. Cambridge: Intersentia, 2019. See also DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. & BLANCO CORDERO, I.: «Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal», in A. Vega (coord.): *Drogas. Qué política para qué prevención*, San Sebastián: Tercera prensa, 2002, pp. 187–214; and HOFMANN, R.: «Deutschlands Cannabis-Dilemma», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 2, 2022, pp. 191–200. As for the role of AIDP and its Resolutions, see DE LA CUESTA, J. L.: «Special Criminal Law» in G. Vermeulen et al. (eds.), «A Century of Criminal Justice, Human Rights and Humanity across Borders», *Revue Internationale de Droit Pénal*, libri 07. Antwerpen: Maklu 2024, pp. 75–104, pp. 97–98.

tion being based on the criticism of the treatment ideology that strongly influenced the criminal policy debate in the 1960s and 1970s and the emphasis on neo-classical criminal law as expressed in the report of the Criminal Law Committee. However, both national and international legislative and other developments argue for a clear reassessment in this regard.

In my opinion, the issues that need to be reconsidered are, above all, the future status of treatment sanctions in control policy, where the concept should not only mean treatment services provided in connection with the serving of a prison sentence or only the treatment needed by an offender suffering from problem substance use, but more broadly also mental hospital treatment imposed on an offender who is not punished without a warrant, regardless of his or her will. A treatment sanction could thus be imposed in several control policy blocks, in which case the cumulation of sanctions imposed in different blocks should be avoided or should lead to a reduction in the penalty (RL 6:7, point 1; 515/2003), if such a sanction were to be imposed at all. Multiple punishment or the imposition of another punitive sanction is contrary to the human and fundamental right principle of *ne bis in idem*.

It should be possible to impose a treatment sanction alone for the current drug use offence, even if the use offence is maintained as criminalised. This would mean a depenalisation.

36. TERRORISMO DE ESTADO Y LOS GAL: A PROPÓSITO DE LOS 40 AÑOS DEL ATENTADO DEL HOTEL MONBAR

JON-MIRENA LANDA GOROSTIZA ¹

Catedrático de Derecho Penal

Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea EHU

En un merecido homenaje a José Luis de la Cuesta, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU), parece especialmente pertinente realizar una reflexión sobre la violencia de motivación política que nos acompañó en tiempos especialmente difíciles y en la que nos vimos envueltos, también en la comunidad universitaria, desde tantos y tan diferentes ángulos. Los trabajos doctrinales sobre la violencia de (las distintas) ETA han ocupado a la academia de forma particularmente intensa. Sin embargo, son más escasas, incluso *rara avis*², las reflexiones sobre lo que fue la violencia política, ilegítima, del Estado. En esta contribución se explora uno de esos episodios a propósito de que se cumplen 40 años del atentado de los GAL en el Hotel Monbar, Bayona, de 25 de septiembre

¹ La presente publicación es parte del Proyecto PID2024-156089NB-100 «Prisión y Derechos Fundamentales: hacia un modelo para el Siglo XXI» financiado por MICIN/AEI/10.13039/501100011033. Se enmarca asimismo entre las actividades de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos (EHU).

² Paradigmáticamente, en el caso de los GAL, la contribución de LAMARCA PÉREZ, C., «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 535 ss. Hablan con razón de un objeto de estudio abandonado en relación a los GAL, pero extensible, sin duda, al conjunto de esta violencia del Estado, RÍOS SIERRA, J./GAGO ANTÓN, E., *El terrorismo de Estado ante sus víctimas. Conversaciones a propósito de los GAL*, Gijón Asturias: Trea, 2025, pp. 17 ss.

de 1985, con el afán, dada la brevedad del formato, de presentar más preguntas que respuestas.

I. INTRODUCCIÓN

El GAL fue una organización terrorista³ diseñada y financiada al más alto nivel desde el Ministerio del Interior del Gobierno de España y llevó adelante atentados –a través de policías españoles y de mercenarios– con víctimas mortales (al menos 27 muertos y sobre 30 heridos graves en al menos 38 atentados)⁴ fundamentalmente en el País Vasco francés (Iparralde) aunque también, excepcionalmente, en el País Vasco sur (Hegoalde), entre el 15 de octubre de 1983 y el 24 de julio de 1987.

Pero el GAL no nace en el vacío. Es la continuidad de un *modus operandi* por parte de las fuerzas de seguridad españolas que sea a través de policías («violencia policial» en sentido estricto), sea a través de grupos terroristas o parapoliciales de extrema derecha, sea a través de elementos «incontrolados», ejercían una violencia tanto «reactiva» contra ETA (en sus diversas versiones históricas: ETAm, ETA pm, CAA...) y su entorno, como «proactiva represiva y de castigo» contra diversos objetivos ideológicos (particularmente el nacionalismo vasco en el País Vasco y otras «disidencias») a partir de una cosmovisión propia de la dictadura franquista⁵.

La represión franquista enlaza en los años 70 (s. xx), una vez que ETA nace y comienza a actuar, con una intensificación de esta violencia a través de grupos ultra: los Guerrilleros de Cristo Rey, el Batallón Vasco Español (BVE) –también conocido como la Triple A: Alianza Apostólica Anticomunista (AAA), Antiterrorismo ETA (ATE), Acción Nacional Española...– con al menos 20 asesinatos (de los 66 cometidos por terrorismo de la extrema derecha) durante la década de los 70 e inicios de los 80⁶.

Pero no sólo antes de los Gal, también después de que este grupo desapareciera en 1987 siguió este tipo de violencia de grupos de ultraderecha en co-

³ Aunque en un sentido jurídico-penal estricto en las sentencias más significativas (caso Amedo y Domínguez STS 2123/1992, 12 Marzo; caso Segundo Marey STS 2/1998, 29 Julio 1998; y caso Lasa Zabala STS 6461/2001, 20 Julio) se negó la pertenencia de los condenados a banda armada u organización terrorista. Más adelante *supra*, apartado III, habremos de volver sobre este crucial punto.

⁴ Ríos/GAGO, *El terrorismo*, p. 66.

⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M., *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 24 (nota al pie 22).

⁶ Ríos/GAGO, *El terrorismo*, p.51.

lución con las fuerzas de seguridad y una vez más bajo muy distintas siglas⁷. La más importante el GANE –Grupo Antiterrorista Nacional Español– que comenzó a actuar en 1986 y que mató a Josu Muguruza, Diputado de Herri Batasuna en el Parlamento español el 20 de noviembre de 1989⁸. Actuaron de 1986 hasta 1992. Por no mencionar la tortura que se mantuvo con diversos grados de organización desde antes hasta después de la dictadura al menos hasta el definitivo alto el fuego declarado por ETA el año 2011⁹.

En síntesis, podemos llamarla violencia –ilegítima y criminal– de Estado o graves violaciones de derechos humanos de motivación política admitiendo que puede tener, dentro de este concepto, diversos grados de intensidad: desde lo que podría llamarse «terrorismo de Estado»¹⁰ o «crímenes de Estado» debido a la participación directa (y, en parte, probada en el caso de los GAL) del aparato policial al más alto nivel mediante terrorismo organizado (GAL: Ministerio del Interior); hasta la mera participación en colusión¹¹/connivencia¹² asegurando activa o pasivamente la impunidad de la actuación de grupos o individuos «incontrolados» de ideología ultra. Según los datos del Informe Base del Gobierno Vasco entre 1960 y 2013 los muertos por la policía serían al menos 94 (y 746 heridos) y otros 73 muertos (y 426 heridos) por actuaciones de grupos organizados, parapoliciales y de extrema derecha: en total al menos 167 fallecidos y 1.172 heridos¹³.

II. LOS GAL: CREACIÓN, ESTRUCTURA Y OPERATIVA

Una de las ideas que destaca la historiografía especializada en esta materia¹⁴ es que el GAL, aunque dibuja una línea de continuidad de la violencia

⁷ PÉREZ PÉREZ, J.A./APARICIO RODRÍGUEZ, V., *Historia y memoria del terrorismo en el País Vasco 1982-1994*, Volumen II, Almería: Confluencias, 2021, pp. 499 ss.

⁸ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 506

⁹ LANDA, *Víctimas invisibles*, p. 24.

¹⁰ Denominación que en el mundo jurídico puede tener sus dificultades (LAMARCA, *Sobre el concepto*, p. 542), pero que resulta una fórmula sintética aunque poco trabajada por la academia (RÍOS/GAGO, *El terrorismo*, pp. 23 ss.

¹¹ RAE: colusión (Del lat. collusio, -ōnis.) f. Der. Pacto ilícito en daño de tercero. (<https://dle.rae.es/colusión> –último acceso 15 septiembre 2025–).

¹² RAE: connivencia (Del lat. tardío conniventia, falsa grafía por coniventia.) f. Disimulo o tolerancia en el superior acerca de las transgresiones que cometen sus subordinados contra las reglas o las leyes bajo las cuales viven. f. confabulación. Sin.: complicidad, confabulación, conchabanza, contubernio, pacto. (<https://dle.rae.es/connivencia?m=form> –último acceso 15 septiembre 2025–).

¹³ CARMENA, M./LANDA, J.M./MÚGICA, R./URIARTE, J.M., *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2013, p. 14.

¹⁴ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, pp. 460 ss.; RÍOS/GAGO, *El terrorismo*, pp. 64 ss.

política ilegal, criminal, por parte de Estado, se caracterizaría por un nivel más alto, el más alto, de organización ¹⁵.

Esa línea de continuidad queda marcada por el hecho de que algunos de los mercenarios que actuaron bajo las siglas de los GAL ya habían estado implicados en actividades previas como el caso de Jean-Pierre Cherid integrante de la OAS ¹⁶.

No es que hubiera una estructura totalmente organizada con grupos o comandos de actuación estables y permanentes a lo largo de los cuatro años ¹⁷. Pero, sin duda, a la luz de lo que establecieron las propias sentencias judiciales condenatorias que se produjeron ¹⁸, y aunque quedan aspectos no aclarados ¹⁹, el Gal se va creando a diversos niveles con implicación directa de mandos del cuerpo de policía nacional de España (Jefe Superior de la Comisaría de Bilbao: Francisco Álvarez; Comisario de la misma comisaría: Miguel Planchuelo y el subcomisario de esa misma dependencia José Amedo y otros policías); la Guardia Civil (Cuartel del Intxaurrodo, Donostia-San Sebastián: Comandante –que llegaría más adelante a General– Rodríguez Galindo y un grupo de guardias civiles bajo su mando); miembros del servicio de inteligencia español CESID; la máxima autoridad civil del Territorio Histórico de Bizkaia: el gobernador civil Julián Sancristóbal y la del Territorio Histórico de Gipuzkoa: el gobernador civil Julen Elgorriaga; el político del Partido Socialista de Euskadi Ricardo García Damborenea que era, a la sazón, el Secretario General del Partido Socialista en el País Vasco y todo ello con el conocimiento, consentimiento y bajo las órdenes del entonces Secretario de Estado para la Seguridad: Rafael Vera y del Ministro del Interior: José Barrionuevo. Los intentos por intentar despejar la duda de si Felipe González, presidente del Gobierno de España (PSOE), en aquel tiempo, también estuvo implicado («Señor X»), no

¹⁵ También es cierto, en todo caso, que el alto nivel de impunidad de la violencia de Estado y la falta de investigación, hacen difícil saber hasta qué punto hubo un nivel de organización similar o incluso superior en otros casos de este tipo de violencia del Estado desde finales de la dictadura y a lo largo de la transición y ya después en el periodo democrático.

¹⁶ Ríos/GAGO, *El terrorismo*, pp. 63 y 55, por su eventual implicación en el asesinato del líder de ETA «Argala» (José Miguel Beñarán Ordeñana) el 21 de diciembre de 1978 y reivindicado por el BVE.

¹⁷ Este va a ser, por cierto, uno de los argumentos en favor de negar la posibilidad de condena por terrorismo como más adelante se expondrá. No obstante, habla, sin ambages, de «terrorismo de Estado» recientemente Ríos/GAGO, *El terrorismo*, p. 64.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 2/1998, 29 Julio 1998 (Caso Segundo Marey); Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 1.ª) 21/2000 (ECLI:ES:AN:2000:2804), 26 Abril 2000 y Sentencia del Tribunal Supremo 1179/2001 (ECLI:ES:TS:2001:6461), 20 Julio 2001 (Caso Lasa Zabala).

¹⁹ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 460 ss.

han fructificado hasta la fecha²⁰. Hay por tanto un GAL verde (Guardia Civil), un GAL marrón (CESID) y un GAL azul (policías nacionales) y, podríamos añadir, que un GAL político y un GAL francés. Pero además se recurrió para los diversos atentados mayoritariamente a mercenarios (de la OAS, de la mafia marsellesa o del terrorismo fascista internacional) en la misma línea de actuación del terrorismo parapolicial de los años 70 y 80²¹.

1. Primeros atentados

Ahora bien, ¿cuál es el precipitador de las actuaciones del GAL? Es el secuestro del capitán de farmacia Alberto Martín Barrios, que se produjo el 5 de octubre de 1983 por un grupo escindido de ETAp^m (autodenominado ETAp^m VIII Asamblea), el que parece precipitar la escalada de violencia policial a través de los GAL. Desencadenante que tenía como trasfondo la preocupación, entre los protagonistas y responsables de la lucha antiterrorista, por las dificultades para luchar contra las distintas ETA y el hecho de que éstas gozaran de una suerte de santuario al otro lado de los Pirineos, en el País Vasco francés, sin que se pudiera contar con la colaboración francesa una vez pasada la frontera²².

El primer atentado se va a producir el 15 de octubre de 1983: Lasa y Zabala desaparecen secuestrados en Bayona. Sus cuerpos, enterrados en cal viva, se descubrieron en 1985 en Alicante, aunque no fueron identificados hasta 1995. No consta en la sentencia²³ la identidad exacta de quiénes llevaron a cabo el secuestro en Bayona, pero sí que se da por probado que fueron conducidos, primeramente, al cuartel de la Guardia Civil de Intxaurrondo, donde no quedó registrada su detención. Cuando lo tuvieron todo dispuesto, fueron llevados al palacio de La Cumbre, situado en el Alto de Aldapeta (Donostia), por órdenes del entonces comandante Enrique Rodríguez Galindo, que se encontraba al cargo de la 513.^a Comandancia de la Guardia Civil en Gipuzkoa. Allí,

²⁰ RÍOS/GAGO, *El terrorismo*, pp. 99 y 100. Véase también la denuncia de Pili Zabala (hermana del asesinado Joxean Lasa) en el año 2021 que fue finalmente archivada el 14 de abril de 2021 en la Audiencia Nacional (<https://www.diariovasco.com/politica/denuncia-pili-zabala-20210219205003-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.diariovasco.com%2Fpolitica%2Fdenuncia-pili-zabala-20210219205003-nt.html>; y <https://www.elsaltodiario.com/terrorismo-de-estado/mas-120-historiadores-asociaciones-victimas-eta-arropan-a-pili-zabala-peticion-investigar-felipe-gonzalez-gal-ultimo-acceso-3-septiembre-2025>).

²¹ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 461.

²² RÍOS/GAGO, *El terrorismo*, p. 63; PÉREZ/APARICIO, *Historia*, pp. 462 y ss.

²³ Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo penal (sección 1.^a) 21/2000 (ECLI:ES:AN:2000:2804), 26 Abril 2000 y Sentencia del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2001:6461) 1179/2001, 20 Julio 2001 (Caso Lasa Zabala).

permanecieron un número de días indeterminado en el transcurso de los cuales fueron sometidos a diversos interrogatorios en los que, al menos en una ocasión, estuvieron presentes Rodríguez Galindo y el entonces gobernador civil de Gipuzkoa Julen Elgorriaga. A pesar de que la sentencia del caso no recoge entre los hechos probados las torturas, diversas evidencias mostrarían que también fueron torturados como así reconoció, en un dictamen del año 2023, la Comisión de Valoración de la Ley (Vasca) 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999²⁴.

A esta primera acción de los GAL (15 octubre 1983), cuando todavía no se sabía que existía esa organización ya que fue reivindicada el 20 de enero de 1984, le siguió al de tres días, el 18 de octubre de 1983, un intento de secuestro de José María Larretxea Goñi, dirigente de ETA VIII Asamblea a instancias esta vez del GAL azul (de los policías Amedo, Álvarez y Planchuelo y del Gobernador Civil Sancristóbal). Estos policías proponen el plan a Rafael Vera y José Barrionuevo, a la sazón la cúpula de interior, que lo aceptan y es entonces cuando Francisco Álvarez contacta, a su vez, con un policía nacional de Barcelona (Alfredo Gutiérrez Argüelles) y tres GEO (agentes del Grupo Especial de Operaciones, unidad de élite de la policía nacional)²⁵. Estos cuatro policías cruzan la frontera, pero fracasan en el secuestro de tal forma que además resultan detenidos por la policía francesa.

Situación de detención que se va a solapar con la tercera acción en que otra vez el GAL Azul (de los policías Amedo, Álvarez y Planchuelo y del Gobernador Civil Sancristóbal) decide practicar un nuevo secuestro, pero se cambia el *modus operandi* que, en adelante, va a resultar el más habitual: recurrir a mercenarios para la ejecución de lo planeado. El objeto del secuestro era presionar a las autoridades francesas para que liberaran a los cuatro policías detenidos por el secuestro fallido de Larretxea. El nuevo objetivo era Mikel Lujua Gorostiola que ya había sido anteriormente objeto de un atentado previo, fallido, por parte del BVE. Pero un nuevo error lleva a los mercenarios (Mohamed Talbi, Jean Pierre Echalié y Pedro Sánchez)²⁶ el 4 de diciembre de 1983 a confundir su objetivo y secuestran en su lugar a Segundo Marey, a la

²⁴ Tercer Informe anual de la Comisión de Valoración para el reconocimiento y reparación de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 (2023), p. 15 ss. (https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/victimas_compromiso_batera/es_def/adjuntos/3.-INFORME-VICTIMAS-CASTELLANO.pdf –último acceso 3 septiembre 2025–).

²⁵ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 467

²⁶ Pagados con los fondos reservados del Ministerio del Interior. PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 468.

sazón un vendedor de mobiliario de oficinas ajeno por completo al mundo abertzale, de los refugiados y de ETA. Pasada la frontera entregan a Segundo Marey al subinspector de policía Amedo que, aunque inmediatamente se percató del error, tras las consultas con Álvarez, Planchuelo y Sancristóbal deciden seguir adelante para lo que cuentan con Ricardo García Damborenea que sugiere retenerle en una cabaña de Matienzo (Cantabria) que originariamente estaba pensada para el secuestro fallido de Lujua²⁷.

Allí se le traslada con consentimiento del Ministro del Interior José Barriónuevo y de su Secretario de Estado Rafael Vera para presionar a las autoridades francesas para que liberaran a los policías detenidos en el intento de secuestro de Larretxea. A tal efecto el 6 de diciembre de 1983 se hace llegar un comunicado redactado por Sancristóbal y Amedo en que dan noticia del secuestro y exigen la liberación de los policías en 48 horas. Poco antes de que termine el plazo las autoridades francesas ponen en libertad a los policías detenidos y unos días después, el 13 de diciembre, es liberado por sus secuestradores Segundo Marey tras diez días de secuestro en condiciones lamentables, con un comunicado en el bolsillo en que por primera vez –a modo de acta fundacional– se reivindica la acción en nombre de los GAL explicando los objetivos de tal organización²⁸.

2. Atentado del Hotel Monbar y fin del GAL

El GAL había nacido y ya era público después de un periodo corto de tiempo con acciones muy graves y significativas. Pues bien, a esa primera reivindicación siguieron los atentados de manera continua²⁹, pero sin duda el más sangriento resultó ser el cometido en el bar del Hotel Monbar de Baiona el 25 de septiembre de 1985.

Fueron cuatro los mercenarios que irrumpieron en el citado Bar del Hotel y dispararon a escasa distancia a los clientes que allí se encontraban matando a cuatro personas: tres en el acto (José María Etxaniz Maiztegui «Potro», Iñaki Asteazu Izarra «Beltza», y Agustín Irazustabarrena Urruzola «Legra») y el cuarto (Xabín Etxaide) posteriormente mientras era operado en el hospital. Los cuatro eran presuntos miembros de ETAm.

²⁷ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, pp. 468 y 469

²⁸ STS 2/1998, 29 Julio 1998 (Caso Segundo Marey).

²⁹ Véase una cronología muy completa en WOODWORTH, P., *Guerra sucia, manos limpias*, Barcelona: Crítica, 2001, pp. 499 ss.

Se da la circunstancia de que cuando los mercenarios huían del lugar fueron perseguidos por personas que presenciaron el ataque (en su mayoría miembros del colectivo de refugiados) y entregados a la policía francesa. Los detenidos fueron Pierre Frigoli y Lucien Mattei pertenecientes al hampa de Marsella y contratados como sicarios para ejecutar el asesinato. Ambos serían juzgados y condenados por la Audiencia de Pau el 1 de diciembre de 1987 a cadena perpetua³⁰ que luego fue revisada en marzo de 1989 por la Audiencia de París a cadena perpetua (Mattei) y a 20 años de cárcel (Frigoli). Dos años más tarde, sin embargo, se archivó el procedimiento abierto en España ante la Audiencia Nacional contra los policías Amedo y Domínguez por falta de pruebas. Se reabrió posteriormente el caso a instancias del juez Garzón dirigiéndose también contra Julian Sancristóbal (Gobernador civil), Juan Alberto Perote (Cesid) y Francisco Álvarez (Policía nacional), pero se archivó igualmente en 2001³¹.

Este atentado y la detención de dos de los mercenarios parece que ayudó a clarificar algunas de las implicaciones de la policía española y contribuyó, en tal medida, a precipitar el final de esta organización (GAL)³² que todavía realizaría al menos otros 6 atentados, hasta el que se considera formalmente como la última acción de los GAL el 24 de julio de 1987 que provocó la muerte en Hendaia de Juan Carlos García Goena mediante una bomba colocada debajo de su vehículo³³. García Goena no tenía relación con ETA y su situación de refugiado tenía que ver con la objeción de conciencia al servicio militar³⁴.

III. INVESTIGACIÓN E INTERVENCIÓN JUDICIAL: A MODO DE BALANCE

La crónica cruenta de la actuación de los GAL, presentada breve y sintéticamente en el apartado anterior sólo en sus inicios y su finalización, acumuló un conjunto disperso y variado de resoluciones judiciales cuyo estudio en profundidad es, al día de hoy, una asignatura pendiente³⁵. Pero

³⁰ *El País*, 2 diciembre 1987 (https://elpais.com/diario/1987/12/02/espana/565398003_850215.html ultimo acceso 17 octubre 2025).

³¹ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, pp. 493 y 494.

³² PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 495.

³³ WOODWORTH, *Guerra sucia*, p. 502.

³⁴ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 496.

³⁵ No hay todavía al día de hoy un estudio académico de conjunto de la actuación de los GAL que recoja y valore de forma exhaustiva todas las resoluciones judiciales que se produjeron en Francia y las

¿funcionó la justicia? Hay cierta bibliografía reciente que parece dar a entender que sí que funcionó ³⁶. Sin embargo, los datos que hasta ahora se han puesto sobre la mesa contradicen dicha hipótesis. De los 27 asesinatos 12 fueron juzgados y sobre ellos recayó sentencia judicial (44,4%); 9 fueron archivados (33,33%); 1 sumario fue sobreseído provisionalmente (3,70%) y los 5 casos restantes (18,51%) fueron procesos judiciales instruidos en Francia ³⁷.

En todo caso sí se puede afirmar que, a diferencia de otros atentados reivindicados por otras siglas (BVE, Triple AAA....) ³⁸, los GAL y sus actividades fueron fruto, al menos en parte, de investigación judicial y de condenas a varios de sus autores, tanto mercenarios como policías incluso políticos de alto nivel como el Secretario de Estado Rafael Vera, segundo del Ministerio, o el propio Ministro de Interior en aquellos momentos: José Barrionuevo. Esta apariencia de intervención judicial desconoce, sin embargo, un dato esencial: ni en Francia ni en España se llegó a investigar en profundidad la trama organizativa del ministerio del Interior, servicios de inteligencia e incluso presidencia del Gobierno. En España eso se reflejó en la ausencia del cargo por organización terrorista en todas las condenas significativas de altos mandos policiales y políticos. De la misma forma en Francia las condenas apuntan a un patrón según el cual los castigos penales se detenían en los mercenarios juzgados. Más allá de la primera línea de investigación de partícipes directos –sean mercenarios o en las contadas ocasiones en España policías o políticos– se renunció de facto, con distintas estrategias, a intentar desentrañar quién lo organizó todo y hasta donde llegaron las ramificaciones.

De esto último es paradigmático el caso Monbar en el que las condenas a los dos mercenarios a cadena perpetua y 20 años de prisión dejan fuera, de raíz, todo pronunciamiento sobre la implicación de la policía española. Du-

que se fallaron en España. Y ello es un síntoma más de la desatención académica del tema que contrasta, debe insistirse en ello, con la enorme atención que ha atraído y sigue atrayendo el estudio de la violencia protagonizada por las distintas ETA. La información más actualizada, en todo caso, respecto de la situación judicial de los casos relativos al GAL puede encontrarse en, FONSECA, C. (COORD.)/GARRO CARRERA, E./MARTÍN PALLÍN, J.A./RODRÍGUEZ URIBES, J.M. *Informe sobre la situación procesal de los atentados perpetrados por organizaciones terroristas con resultado de muerte entre 1960 y 2014. Caso vasco*, Secretaría General de Paz y Convivencia, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2014 (https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/documentos_paz_convivencia/es_def/adjuntos/Atentados%20no%20esclarecidos%20cas%20con%20anexo.pdf último acceso 17 octubre 2025).

³⁶ PÉREZ/APARICIO, *Historia*, p. 512 ss.

³⁷ FONSECA (COORD.)/GARRO/MARTÍN/RODRÍGUEZ, *Informe*, p. 22.

³⁸ FONSECA (COORD.)/GARRO/MARTÍN/RODRÍGUEZ, *Informe*, p. 21, indican que de 40 víctimas mortales por atentados del Batallón Vasco Español y demás grupos «satélite» sólo les consta 6 sentencias (15%) y 10 sobreseimientos provisionales (25%) desconociendo la suerte de los restantes 24 asesinatos (60%).

rante la instrucción uno de los mercenarios que colaboró reconociendo los hechos identificó al subinspector Amedo como la persona que les dio las instrucciones para actuar en el atentado. La foto del policía español se incorporó al sumario, pero no prosperó ningún tipo de extradición ni orden de búsqueda y captura de elementos policiales españoles en el caso³⁹. El Fiscal Lorans del caso, cuando se hizo público el fallo en primera instancia, hizo profesión de fe en la voluntad y la capacidad de la justicia española para perseguir y castigar a los responsables de la organización terrorista, y citó como sospechoso al subcomisario José Amedo⁴⁰. Era como si a Francia le correspondiera juzgar a los mercenarios y el resto del organigrama, hacia arriba, tocara a la justicia española.

Pues bien, en España la estrategia fue otra: sí que se juzgó excepcionalmente a algunos elementos policiales comenzando precisamente por el denominado caso Amedo (STS 2123/1992, 12 marzo). No obstante, en dicha sentencia se da una visión del GAL como algo existente, pero que al mismo tiempo no se puede precisar cómo se organizaba. Es una descripción ambigua pero que apunta a desvincular la actividad criminal que se enjuicia con los «aparatos del Estado», como si de ciertas actuaciones aisladas de los inculpados se tratara pese a su condición de policías⁴¹. Es un asentamiento de hechos común tanto a la sentencia de instancia como a la de casación del Tribunal supremo que llevará, también en ambas instancias, a un mismo resultado: calificarlos de forma benigna como asociación ilícita, pero por razones diferentes según cada tribunal y en ambos casos contrarias a la repetida y sólida jurisprudencia hasta el momento. Así en la sentencia de instancia⁴² se afirma de forma escandalosa que el terrorismo para ser tal debe presentar una finalidad política «subversiva» del orden constitucional y no meramente «conservadora» que es lo que harían los inculpados. En el caso del Tribunal Supremo se llegará, por ello, a la misma conclusión, pero por la vía de exigir por primera vez para la asociación ilícita un nivel de intensidad menor frente al terrorismo que requeriría de una estructura más organizada que en este caso se niega⁴³. Este carácter «terrorista», por cierto, sería también negado con otros argumen-

³⁹ *El País*, 1 diciembre 1987 (https://elpais.com/diario/1987/12/01/espana/565311602_850215.html último acceso 18 octubre 2025).

⁴⁰ *El País*, 2 diciembre 1987 (https://elpais.com/diario/1987/12/02/espana/565398003_850215.html último acceso 17 octubre 2025).

⁴¹ LAMARCA, *Sobre el concepto*, p. 540, huyendo, por tanto, aparentemente, de cualquier caracterización en línea con una suerte de «terrorismo de Estado».

⁴² Sentencia Audiencia Nacional. Sala de lo penal (sección 3.ª) 30/1991 (ECLI:ES:AN:1991:1), 20 septiembre 1991, Fundamento Jurídico 13.º

⁴³ LAMARCA, *Sobre el concepto*, p. 537, 538, 548, 549, 552 y 556 ss.

tos, que en definitiva tienden a considerar los atentados como hechos aislados, en el caso de las sentencias condenatorias del caso Segundo Marey⁴⁴ y del caso Lasa Zabala⁴⁵.

Como se ve en las sentencias más significativas por parte de las autoridades judiciales españolas nunca se llegó a una investigación suficiente como para caracterizar al Gal más allá de una mera asociación ilícita. Asociación al parecer desconectada de cualquier organización encuadrada claramente en las autoridades policiales o políticas. Hay una resistencia a dar por probado o a calificar los hechos en tal sentido. Y ello parece también encajar fluidamente con el hecho acreditado⁴⁶ de que las investigaciones, en estos casos, vinieron después de que hubiera un empeño por parte de algunos periodistas en hacer luz sobre este capítulo oscuro de la democracia española. Fueron primero los periodistas, no los jueces, quienes investigaron y parece, a la luz de lo ya expuesto, que la actuación de estos últimos avanzaba muy lentamente, como si tuvieran el freno puesto o tuvieran que superar constantemente obstáculos en la investigación.

A modo de conclusión, se puede asegurar que la investigación de los GAL y de sus asesinatos de conformidad con la doctrina del TEDH, más allá de algunos casos de enjuiciamiento de mercenarios, no fue pronta, ni exhaustiva, ni tampoco generó condenas que fueran ejecutadas, sobre todo respecto de policías y políticos españoles, conforme a parámetros de normalidad, de suerte que la combinación cruzada de indultos y regímenes de cumplimiento en semi-libertad⁴⁷ se aproxima a un vaciamiento de la pena impuesta.

Los GAL, y el caso Monbar como el atentado más sangriento, siguen siendo, por tanto, al día de hoy, una asignatura pendiente por parte de la Justicia que bien merecería un mayor esfuerzo de estudio y análisis por parte de la doctrina en aras de asentar y fortalecer, para el futuro, el Estado social y democrático de Derecho.

⁴⁴ STS 2/1998, 29 Julio 1998, Fundamento Jurídico 15.º

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo penal (sección 1.ª) 21/2000 (ECLI:ES:AN:2000:2804), 26 Abril 2000, Fundamento Jurídico 3.º; y Sentencia del Tribunal Supremo 1179/2001 (ECLI:ES:TS:2001:6461), 20 Julio 2001, Fundamento Jurídico 33.º

⁴⁶ RIOS/GAGO, El terrorismo, p. 88; PÉREZ/APARICIO, Historia, p. 512.

⁴⁷ Es paradigmático el caso del Ministro del Interior, José Barrionuevo, indultado al de 3 meses y medio de entrar en prisión y accediendo entonces al tercer grado «(...) Gracias al indulto que le concedió el gobierno pudo incorporarse de nuevo a su puesto como inspector del Ministerio de Trabajo donde permaneció hasta su jubilación.. (<https://fpabloiglesias.es/entrada-db/barrionuevo-pena-jose/> –último acceso 18 septiembre 2025–). Véase Real Decreto 2838/1998, de 23 de diciembre, por el que se indulta a don José Barrionuevo Peña (BOE, 22 diciembre 1998).

37. REFLEXIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DEL ESTADO PORTUGUÉS SOBRE CRÍMENES AMBIENTALES

MIGUEL MANERO DE LEMOS¹
Universidade de Coimbra, Portugal

I. EL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS

Bajo el título «actos cometidos fuera del territorio portugués», el siguiente extracto del artículo 5 del Código Penal Portugués (CP) establece que:

«El derecho penal portugués es aplicable a los actos cometidos fuera del territorio nacional... [cuando] constituyan los crímenes previstos en los artículos... 278 a 280... siempre que el autor se encuentre en Portugal y no pueda ser extraditado o entregado como consecuencia de la ejecución de una orden de detención europea u otro instrumento de cooperación internacional vinculante para el Estado portugués.»

Según el extracto, el Estado portugués reivindica jurisdicción, bajo el principio de universalidad, sobre los actos correspondientes a los siguientes

¹ Gracias a Pedro Caeiro y Miguel João Costa por sus comentarios iniciales sobre el contenido de la primera parte de esta Reflexión que corresponde a una presentación intitulada *Types of crimes* (con Anabela Miranda Rodrigues y Sónia Fidalgo) en *European Network of Prosecutors for the Environment*, ENPE, University of Coimbra and Brazilian Delegation Roundtable Discussion, 27 October 2025, University of Coimbra, Portugal. La segunda parte de esta Reflexión es inspirada en una presentación intitulada «*Ecocide*» and the question of the international criminal responsibility for serious environmental damage, en *European Network of Prosecutors for the Environment*, ENPE Working Groups Workshop, The Environmental Crime Directive (EU) 2024/ 1203, Prosecuting environmental crime in Portugal and Brazil, 28 October 2025, University of Coimbra, Portugal

crímenes: daños contra la naturaleza (artículo 278); violación de normas urbanísticas (artículo 278-A); actividades peligrosas para el medio ambiente (artículo 279-A); contaminación (artículo 279); contaminación con peligro común (artículo 280).

Por lo tanto, si una persona que comete estos crímenes en otro Estado se encuentra en Portugal y no puede ser extraditada o entregada, ya sea por obstáculos a extradición o porque ni siquiera se la solicitó, se aplica el derecho portugués. Esta reivindicación de la legislación portuguesa es insostenible. Tres razones o ejemplos bastan para comprender el porqué.

En primer lugar, la existencia en el derecho portugués de un principio de jurisdicción universal en el caso del crimen de «violación de normas urbanísticas» es –sin duda y sin necesidad de más explicaciones– resultado de que el legislador portugués extendió *inadvertidamente* el principio a este crimen².

En segundo lugar, en lo que respecta a los otros crímenes ambientales, como la «contaminación» o los «daños a la naturaleza», en Portugal ellos se basan principalmente en la circunstancia de que la conducta tipificada viola «disposiciones legales, reglamentarias u obligaciones impuestas por la autoridad [portuguesa] competente de conformidad con dichas disposiciones»³.

La idea de que Portugal puede aplicar estas «disposiciones legales, reglamentarias u obligaciones» a una conducta de un ciudadano extranjero en su país que no viole «disposiciones legales, reglamentarias u obligaciones» de ese país es –sin duda y sin necesidad de más explicaciones– insostenible.

En lo que respecta a los crímenes ambientales que no requieren la violación de dichas disposiciones legales, reglamentarias u obligaciones –por ejemplo, el crimen de contaminación por buques, que solo requiere que la contaminación deteriore la calidad del agua⁴–, también es insostenible que el derecho portugués se pueda, bajo el principio de jurisdicción universal, aplicar a una conducta contaminadora de un buque del Estado X, en un río de ese Estado y que solo deteriora las aguas de ese río.

En tercer lugar, incluso para quien –como yo– acepta que los Estados tienen la libertad de extender su jurisdicción a conductas que ocurren en otros países, excepto cuando esto viola normas del derecho internacional (principio *Lotus*), no cabe duda de que, bajo el derecho internacional consuetudinario, los Estados están prohibidos de «intervenir en los asuntos que son esencialmente

² El artículo 278-A, que prevé este crimen, fue añadido al Código Penal por la Ley 32/2010, de 2 de septiembre.

³ Véase, por ejemplo, el artículo 279, apartado 1.

⁴ Artículo 279, apartado 7.

de la jurisdicción interna de los [otros] Estados»⁵. Toda la conducta *supra* mencionada es «esencialmente de la jurisdicción interna de [otro] Estado».

En lenguaje jurídica, lo que se dije en esta *Reflexión* hasta aquí se traduce, simplemente, así: considerando que el derecho internacional consuetudinario es parte integrante del derecho portugués (artículo 8 de la Constitución de la República Portuguesa), y considerando que el Código Penal Portugués se debe interpretar en conformidad con las normas del derecho internacional consuetudinario, las autoridades portuguesas están prohibidas de ejercer la jurisdicción universal sobre crímenes ambientales reivindicada por el Estado portugués en el artículo 5 del Código Penal.

II. EL ECOCIDIO

Pero se puede preguntar: ¿está Portugal prohibido de ejercer jurisdicción universal sobre crímenes ambientales de forma absoluta, o es tan solo el problema la forma como esta jurisdicción está actualmente consagrada en el Código Penal Portugués? De hecho, autores, como el homenajado, han llamado la atención para la «necesidad de una reglamentación penal universal vinculante» y para «el reconocimiento ... del principio de jurisdicción universal» en el campo de los crímenes ambientales. Así lo dice José Luis de la Cuesta:

«[El] [p]unto central de la política criminal internacional en este campo habría de ser ... la declaración y tipificación como crimen internacional ... por medio de un tratado específico o mediante la reforma del Estatuto de la Corte Penal Internacional ... de la causación (dolosa o, en su caso, con temeridad manifiesta, y con inclusión de la ignorancia deliberada grave) de daños ecológicos graves, extensos o duraderos, de trascendencia internacional. Esto supone distinguir entre los graves ataques al ambiente (delitos ambientales o ecodelitos) ... y aquellos ataques extraordinarios, constitutivos del crimen de "ecocidio", merecedores de ser incluidos en la lista de crímenes internacionales nucleares, a enjuiciar por una jurisdicción penal internacional.... En un sistema penal internacional caracterizado por la aplicación indirecta, especial atención ha de prestarse a la definición de los criterios jurisdiccionales y de aplicación de la ley penal en el espacio. Plasmación del compromiso internacional en la protección del ambiente y la lucha contra las agresiones más graves al mismo a través del Derecho Penal, habría ser, en este orden de cosas, el reconocimiento para estos delitos del principio de jurisdicción universal...⁶»

⁵ Artículo 2, apartado 7, de la Carta de las Naciones Unidas

⁶ DE LA CUESTA, J. L., *El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal*, en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.penal.org/wp-content/uploads/2025/09/Ambiente%20dh%20y%20penal%20Final%20eRIDP_0.pdf.

El tema de la jurisdicción universal en materia ambiental es un tema jurídico complejo, fascinante y (políticamente) delicado. En la opinión del autor de esta *Reflexión*, y olvidando ahora el tratamiento desastrado que el Código Penal Portugués da al tema, el establecimiento de un verdadero principio de jurisdicción universal a respecto de los crímenes ambientales se plantea precisamente en relación a «aquellos ataques extraordinarios» constitutivos del crimen de ecocidio y «merecedores», según de la Cuesta, «de ser incluidos en la lista de crímenes internacionales nucleares».

Así, el establecimiento de la jurisdicción universal por parte del Estado Portugués (u otros Estados) será legítimo –o no– en la medida en que se reconozca –o no– que el ecocidio es un crimen internacional nuclear. El problema aquí está en que, en general, se dice que tal crimen de ecocidio no existe (aún). Como se indica en el apartado 21 del Preámbulo de la Directiva 2024/1203 de la Unión Europea sobre crímenes contra el medio ambiente:

«Los delitos relacionados con las conductas intencionadas enumeradas en la ... Directiva pueden tener resultados catastróficos, como contaminación generalizada, accidentes industriales con graves efectos en el medio ambiente o incendios forestales a gran escala. Cuando un delito de este tipo cause la destrucción, o daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o duraderos, de un ecosistema de considerable tamaño o valor medioambiental o de un hábitat en un lugar protegido, o cause daños generalizados y sustanciales que sean irreversibles o duraderos a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, tales delitos, cuando provoquen tales resultados catastróficos, deben constituir delitos cualificados y, en consecuencia, ser castigados con penas más graves que las que sean aplicables en el supuesto de otros delitos definidos en la presente Directiva. Dichos delitos cualificados pueden englobar conductas comparables al "ecocidio", que ya está recogido en el Derecho de determinados Estados miembros y se está debatiendo en foros internacionales.»

Al hablar del ecocidio como un delito que se está «debatiendo», la Directiva –como de la Cuesta, cuando dice que el ecocidio es «merecedor» de ser incluido en la lista de crímenes internacionales nucleares– sugieren que el ecocidio aún no es un crimen internacional, pero debería convertirse en uno.

En las últimas consideraciones de esta *Reflexión* me inquietaré con una sugerencia diferente: la conducta que causa daños ambientales extraordinarios o catastróficos *ya es un crimen internacional nuclear*. En este sentido, el ecocidio ya existe en el plan internacional. Aquí solo avanzaré dos circunstancias que, por lo menos se interpretadas en un *cierto sentido*, parecen apoyar esa sugerencia.

En primer lugar, la circunstancia de que, por lo menos, dieciséis Estados ya tienen en sus sistemas jurídicos el crimen de «ecocidio» o, dicho de otra forma, esos Estados criminalizan «conducta ecocida»⁷. Aún por otras palabras, jurídicamente más precisas, esos Estados tienen normas que criminalizan conducta que corresponde a algunas definiciones doctrinales de ecocidio.

Es verdad que esa circunstancia no significa, de forma automática, que esos Estados consideren que el ecocidio sea un crimen internacional. El homicidio no es *normalmente* considerado un crimen internacional solo por el hecho de que todos los países lo criminalizan, aunque no sea una tontería decir que lo es. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones son también una fuente de derecho internacional.

Sin embargo, un análisis de las leyes nacionales de esos países desvela que muchos de entre ellos establecen jurisdicción universal sobre sus crímenes de ecocidio. Por ejemplo, la «mayoría de los estados» de la antigua Unión Soviética han hecho declaraciones que extienden su jurisdicción universal al ecocidio⁸.

Recientemente, alguna doctrina ha argumentado que la jurisdicción universal no existe en respecto a un crimen internacional particular, el crimen de agresión. Eso sí es una tontería, pues que la jurisdicción universal es uno de los sellos distintivos de los crímenes internacionales y la agresión –el «supremo crimen internacional»– es obviamente uno de entre ellos.

Así, la circunstancia de que aquellos países establezcan jurisdicción universal para el ecocidio podrá verse, en un *cierto sentido*, como una forma indirecta y sutil de práctica estatal e *opinio iuris* que apoya la idea de que el ecocidio ya es un crimen de derecho internacional.

En realidad, en el caso de Vietnam y antiguos estados soviéticos, los crímenes de ecocidio en sus códigos penales son aparentemente meros reflejos de crímenes internacionales, pues que se llaman –o aparecen en secciones llamadas– crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz y la seguridad u otras variantes sugestivas de que esos crímenes son internacionales⁹.

Sin duda, la realidad jurídica de esos Estados no coincide con la de muchos otros. Todavía, es relevante que algunos ya estén considerando el ecoci-

⁷ En orden cronológico de criminalización: Vietnam (1985 o quizás 1999); Uzbekistán (1994); Federación Rusa (1996); Kazajistán y la República Kirguisa (1997); Tayikistán (1998); Bielorrusia y Georgia (1999); Ucrania (2001); Moldavia (2002); Armenia (2003); Ecuador (2008); Francia (2021), Colombia (2022), Bélgica (2023), Chile (2023).

⁸ Véase, por ejemplo, KILLEAN, R., «Ecocide's evolving relationship with war», *Environment and Security*, 2025, pp. 1-29

⁹ En estos países, los crímenes de ecocidio no están tipificados como –o no aparecen en secciones llamadas de– delitos contra el medio ambiente.

dio, directa o indirectamente, como crimen internacional. No hay como olvidar, en este contexto, que, en el juzgado más importante de la historia del derecho internacional, el Tribunal de Núremberg afirmó –correctamente– que la agresión era un crimen internacional en un momento en que ningún Estado lo tipificaba explícitamente en su legislación nacional¹⁰.

En segundo lugar, hay múltiples decisiones de tribunales internacionales que, en un *cierto sentido*, se pueden interpretar como que reconociendo –indirecta y sutilmente– que un crimen de ecocidio ya existe. De entre ellas, hay que destacar una de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH afirmó que la obligación de preservar el equilibrio vital del ecosistema planetario es una norma internacional imperativa¹¹.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, «una norma imperativa de derecho internacional general es una *norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto*»¹². Las palabras en *itálicos* son también utilizadas en el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el cual, los crímenes internacionales son «tan graves [que] amenazan la paz, la seguridad y el bienestar del mundo ... [y] afectan a la comunidad internacional en su conjunto».

De hecho, la conexión entre estos crímenes tan graves y las normas imperativas es evidente¹³. En mi opinión, es muy difícil –o casi imposible– afirmar que existe una norma imperativa que protege los valores más fundamentales de la comunidad internacional sin afirmar –*al mismo tiempo*– que también existe el crimen internacional correspondiente. Así, aquella declaración de la CIDH podría muy bien interpretarse como un reconocimiento indirecto y sutil de que el ecocidio es un crimen internacional.

En respecto a otras decisiones judiciales que pueden ser interpretadas en este sentido, se puede destacar la muy reciente decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre las «obligaciones de los Estados respecto del cambio climático». Aunque lejos de emitir una declaración tan fuerte como la de la CIDH, la CIJ afirmó que «la obligación de prevenir daños significativos al

¹⁰ LEMOS, M., «Jus Cogens Versus the Chapter VII Powers of the Security Council: With Particular References to Humanitarian Intervention and Terrorism», *Chinese Journal of International Law*, Vol. 19, 2020.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, Emergencia Climática y Derechos Humanos.

¹² Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, *itálicos* adicionales. Según la Comisión de Derecho Internacional, «las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, (...) son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional (...) y son universalmente aplicables». Véase la Conclusión 3 de la Comisión de Derecho Internacional, A/74/10.

¹³ LEMOS, M., «The appeals chamber's jurisdictional judgment in Abd-Al-Rahman and the issue of applicable law at the International Criminal Court», *Chinese Journal of International Law*, Vol. 22, 2023.

sistema climático y a otros componentes del medio ambiente... se aplica a todos los Estados»¹⁴.

Es decir, la CIJ reconoció que dicha obligación también se aplica a los Estados que no son parte de los tratados climáticos/ambientales relevantes. Esto significa que, si bien la CIJ no afirmó que dicha obligación es una norma imperativa de derecho internacional, su alcance es, no obstante, universal.

Obviamente, esto no es nuevo. Aparte de la CIDH, otros tribunales de derechos humanos han afirmado el deber de todos los Estados de prevenir daños significativos al sistema climático y a otros componentes del medio ambiente. No es nuevo, pero es significativo, pues que normalmente se acepta que las decisiones de la CIJ tienen un peso particular.

Aparentemente, la premisa de todos estos tribunales, bien como la de muchos otros documentos dónde estados e instituciones internacionales se han ya pronunciado sobre este tema, es que «conducta ecocida» es una amenaza a la existencia de la humanidad.

Conclusión: no sería sorprendente que, en un futuro próximo, un tribunal con jurisdicción –ya no sobre los Estados más– sobre las personas se pronuncie en el sentido de que tal conducta es un crimen y que los individuos que lo cometan son criminalmente responsables por ello bajo el derecho internacional.

¹⁴ Corte Internacional de Justicia (CIJ), «Obligaciones de los Estados Respecto del Cambio Climático», Opinión Consultiva de 23 de junio de 2025.

38. LA FUNCIÓN DE LA ACCIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ
Catedrático de Derecho Penal
Profesor emérito
Universidade da Coruña

Conocí a nuestro homenajeado en el año 1982, con motivo de las penúltimas oposiciones al cuerpo de Profesores adjuntos, a las que asistimos en Madrid como «observadores». Desde el primer momento surgió entre nosotros una sintonía personal, que se fue cimentando a lo largo de las semanas que duraron los ejercicios, a los que asistimos sin fallar una sola sesión. Con ese gratísimo recuerdo dedico este trabajo a Jos, con todo afecto y consideración intelectual.

I. INTRODUCCIÓN. ¿ACCIÓN TÍPICA O TIPO DE ACCIÓN?

De conformidad con la sistemática de la concepción significativa de la acción, elaborada por Vives para el Derecho Penal, he venido sosteniendo en diferentes trabajos que la primera categoría del delito viene dada por el tipo de acción.

Ahora bien, el hecho de que rechacemos que la acción pueda integrar una categoría autónoma (antepuesta a la tipicidad) en el seno de la teoría del delito no implica que se le niegue sustantividad propia. Todo lo contrario, tomando prestada la frase de Vives, que condensa su posición al respecto, «la acción es el momento básico de la tipicidad»¹.

¹ VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 290, quien añade que de ella «depende, incluso, la configuración objetiva de la materia tipificada».

Ciertamente, en algunas posiciones críticas subyace el malentendido de afirmar que la concepción significativa parte de la premisa de que la acción constituye un *puro* significado. En particular, no es correcta la objeción que Rodríguez Mourullo ha dirigido a la concepción significativa de la acción formulada por Vives, con independencia de que sí pueda serlo si se dirige a algunas interpretaciones de dicha concepción efectuadas por otros penalistas que entienden que la acción consiste en un puro significado. En efecto, Mourullo ha afirmado que «por esta vía (scil., la de la concepción significativa) se pierde al final toda percepción de la realidad empírica y se incurre en una concepción ultranormativizada difícil de compartir. Porque la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano **con** un determinado significado»².

Frente a esta crítica hay que oponer, recurriendo al propio Vives, que, sin entrar a discutir esta última afirmación (que, por cierto, considera en principio «correcta»), la concepción significativa por él elaborada no comporta entender que la acción sea un *puro* significado, toda vez que se define como «el sentido de un sustrato» (por tanto, ciertamente no es el sustrato de un sentido, pero el sustrato existe en todo caso), y por ese camino «ni se pierde ni puede perderse ‘toda la percepción de la realidad empírica’, sino solo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido»³.

En una línea similar, a partir de otra concepción sistemática, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.⁴: Derecho Penal. Parte General, Madrid, Civitas, 2025, C.9/18 ss., para quien, no obstante, la acción es un «subnivel» dentro del juicio de antijuridicidad de la conducta, cuya función en el sistema del delito es «modesta» (de carácter más bien «instrumental o didáctico»), consistente en una «primera función de filtro de los comportamientos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de un sujeto», o sea, «aquellos fenómenos que pueden atribuirse a un agente como alguna mínima expresión de sentido propia» («delimitación del conjunto de procesos susceptibles de sentido») o «mínimo de imputabilidad exigible».

² *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», en *Otrosí*, n.º 6, 2011, p. 12; del mismo, «El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado», en L.H. Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 199, quien, por lo demás, concluye afirmando, críticamente, que «desde esta visión ultranormativista se prescinde de las diferencias que existen entre la persona natural y la persona jurídica» y por eso «se rechaza de plano cualquier tratamiento dual», abocando a un tratamiento igualitario.

³ *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.: «Lenguaje y libertad (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho Penal)», en *Teoría & Derecho*, n.º 11, 2012, pp. 187 s. De hecho, lo único que pretende explicar Vives con la caracterización de la acción como «sentido de un sustrato» es que no existe un concepto unitario, común a todas las acciones (ni siquiera un sentido genérico que todas ellas realicen), en virtud de lo cual solo cabe hablar de acciones (humanas) específicas.

En una línea similar ha señalado Silva (Derecho Penal, C.9/21), que, frente a las tesis que (más allá de la función negativa a la que aludo *supra* en la nota 1) pretenden otorgar a la acción una función positiva «alusiva a la ‘madera’ de la que están hechos los tipos ... que identifique una ‘propiedad decisiva’», lo cierto es que «el criterio en cuya virtud se atribuye sentido para el Derecho Penal ..., aunque se quiera abordar antes de la tipicidad tiene que ver con la teoría de las normas y de la tipicidad que se acoja y no con una doctrina de la acción».

Por consiguiente, haciendo más íntegramente estas palabras, lo que me interesa resaltar es que la concepción significativa pergeñada por Vives no prescinde en modo alguno del «sustrato», consistente además en una conducta humana *libre*, a la que –eso sí– habrá que atribuir un significado o sentido externo. Aclarado esto, lo único que rechaza Vives es, pues, que el movimiento corporal del sujeto desempeñe un papel *definitorio* de las acciones (o sea, que la acción se reduzca a un puro movimiento corporal) y que, por ende, la esencia de la acción se sitúe en el acontecimiento externo, pasando a ser entonces el sentido de la acción una mera descripción de ese acontecimiento⁴.

Y no podía ser de otro modo, desde el momento en que Vives parte de un presupuesto ontológico, integrado por la *libertad de acción*, que constituye el fundamento del principio de culpabilidad. Un presupuesto que se antepone a todas las categorías del delito y que constituye el punto de unión entre la doctrina de la acción y de la norma⁵.

En suma, la categoría del *tipo penal* presupone una *acción humana*, o sea, un comportamiento de un ser humano del que ontológicamente se predica la cualidad de poder obrar con libertad.

Así las cosas, cabría preguntarse por qué no reconocemos entonces en el seno de la teoría del delito una categoría autónoma para la acción que precedería a la categoría de la tipicidad.

Detrás de esta pregunta laten las dudas que asaltan a Carbonell, cuando, en primer lugar, plantea el interrogante de si «es verdad» la afirmación de Vives de que «no hay nada que tengan en común las diferentes acciones entendidas como sentido» o «sí que hay una nota común sobre las diferentes acciones, sobre, p. ej., componer una sinfonía, escalar una montaña o matar a otro»⁶.

⁴ Con meridiana claridad lo explica VIVES ANTÓN, T.: *Pensar la libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 248 ss., al examinar la concepción causal de la acción de Davidson.

⁵ «La libertad –comienza escribiendo– no es, en mi opinión, fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma; esto es, de la imagen del mundo desde la perspectiva de la acción» (Vives, *Fundamentos*, 2011, p. 325). Por lo demás, en otros trabajos de este penalista, en los que alude a la vinculación de la libertad de la voluntad con el fundamento de la culpabilidad, se está refiriendo indudablemente ya al principio de culpabilidad (vid. ya VIVES ANTÓN, T.: *El principio de culpabilidad*, en L.H. Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 232 ss., y *Fundamentos*, 2011, pp. 835 ss.). El postulado básico de la «libertad de acción» se concibe como condición de posibilidad para poder hablar de *acciones humanas* reguladas mediante *normas*, o, si se prefiere, se caracteriza como una capacidad de autodeterminarse por razones.

Las peculiaridades de la concepción de VIVES frente a otras concepciones que también parten de la premisa de que el hombre es libre para realizar acciones radica, pues, en que la libertad (y consecuentemente el juicio de *reproche* o, si se quiere, juicio de *culpabilidad* para emplear la terminología tradicional, que VIVES también emplea) no es entendida en el sentido escolástico (y metafísico) del libre albedrío, sino desde la propia filosofía de la acción.

⁶ CARBONELL MATEU, J.C.: *Autodeterminación, tipo de acción y bien jurídico-penal*, en L.H. Martínez-Buján, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 78 s.

Ante este interrogante, cabe responder que, naturalmente, hay una nota común a las tres acciones, y es que en los tres casos se trata de acciones *humanas*. Pero el mero hecho de que se trate de acciones humanas no me parece suficiente para individualizar una categoría independiente para la acción, antepuesta a la tipicidad.

Aparte de lo que acabo de indicar en las líneas anteriores sobre la acción concebida como el sentido de un sustrato, coincido también con Vives en la idea de que la acción humana que no está tipificada en la ley penal carece de relevancia ya de antemano para el Derecho Penal. Por tanto, de las tres acciones humanas ejemplificadas por Carbonell únicamente nos interesa la de matar a otro. Componer una sinfonía o escalar una montaña son acciones que, como estudiosos del Derecho Penal, no nos interesan ya *ab initio*. Y, por cierto, así sucede también en la práctica de nuestros tribunales, como asimismo indica Vives⁷, recordando la precisión que en su momento ya había efectuado en la doctrina española Rodríguez Mourullo, cuando escribía que los tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de una «acción humana en sí», sino *qué acción* es el comportamiento que se somete a su consideración⁸. Pero este penalista añadía algo más de lo que reflejaba Vives y que importa sobremanera recordar ahora: «si el comportamiento (...) no integra ‘una acción constitutiva de delito’, no habrá lugar para plantearse la cuestión de si ese comportamiento fue voluntario y, por tanto, constituye una acción o, por el contrario, fue el fruto de una fuerza irresistible u otra circunstancia que desplaza la existencia de una acción humana», continuando con la afirmación de que «de ahí que no anden descaminados quienes sostienen la conveniencia de sustituir, como elemento primario en la construcción del delito, el *concepto general de acción* por el de *acción típica*» y concluyendo con otra afirmación que resulta harto esclarecedora desde la perspectiva de los postulados de la concepción significativa, a saber: «si cuando estamos ante un determinado comportamiento humano lo que queremos descubrir no es tanto la existencia de

⁷ VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 258.

En idéntica línea *vid.* SILVA, *Derecho Penal*, C.9/28, quien, tras las precisiones que he reproducido *supra* en las notas 1 y 3, añade que «en la práctica forense solo tiene sentido que se examine el carácter de ‘acción’ con respecto a procesos de los que se suscita la hipótesis de que hayan lesionado o puesto en peligro un bien jurídico», por lo que «la cualidad de acción no puede predicarse de modo absoluto, sino solo de modo relativo a una determinada realización típica».

⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1978, p. 221 (entrecomillado en el original). Explicaba este penalista que «normalmente no se pregunta, en primer lugar, si el sujeto realizó una *acción*, sino *qué acción* realizó (...) la pregunta acerca de *qué acción* constituye el comportamiento del que tiene noticia el Tribunal se antepone a la pregunta de si ese comportamiento es verdaderamente *una acción*. Y esto por la sencilla razón de que si la concreta acción realizada no aparece descrita en la ley penal, el proceso no se abrirá» (cursivas en el original)

una acción en sí, como de que *acción* se trata, entonces la doctrina social ofrece mayores ventajas que la causal y final. Y esto porque (...) la causación de un idéntico resultado y la persecución de una misma finalidad pueden ser portadoras de una diversa significación social y, por tanto, constituir también acciones distintas»⁹.

Ahora bien, esta respuesta a la primera pregunta no prejuzga la respuesta a la segunda pregunta formulada por Carbonell, a saber, si ello «debería desempeñar algún papel en la dogmática de la concepción significativa»¹⁰. Contestar a esta requiere efectuar una distinción básica. Por una parte, entiendo que la referida nota común carece de consistencia para concluir que la acción sea una categoría autónoma que deba anteponerse a la de la tipicidad, dado que, en rigor, se trata de un subnivel del tipo de acción. No obstante, por otra parte, es indudable que, *situados ya entonces en el marco de la tipicidad penal* (porque hemos llegado a la conclusión de que en la realidad se ha producido un hecho que coincide externamente con la descripción de un tipo penal), la primera operación intelectual que debemos llevar a cabo es saber si el hecho descrito en el tipo penal fue realmente causado por una acción, lo cual se descompone en dos vertientes: 1) si verdaderamente se trata de una acción *humana* en sentido propio (*rectius*, voluntaria) y no de una mera *actio hominis*; 2) si, constatado lo anterior, se trata de una acción que posee el significado que interesa al Derecho Penal, o sea, si sigue la regla que sirve para tipificarla penalmente.

II. SUCESO NATURAL, *ACTIO HOMINIS* Y *ACTIO HUMANA*

En lo que atañe a la primera cuestión, vaya por delante que utilizo la terminología escolástica, que es usual en Derecho Penal, para diferenciar la conducta específicamente humana, que solo puede realizar el ser humano como ente racional (*actio humana*), de la conducta equiparable a la que pueden realizar los restantes seres de la Naturaleza (*actio hominis*)¹¹.

Pues bien, situados en la vertiente de la (por así decirlo) *naturaleza* de la acción, posee relevancia, de un lado, distinguir una *actio humana* de una mera

⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO: Derecho Penal, pp. 221 s., entrecomillado y cursivas en el original

¹⁰ CARBONELL MATEU: Autodeterminación, p. 79

¹¹ Vid. por todos MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*, 10.ª ed., (con la colaboración de Gómez Martín, V./Valiente Iváñez, V.), Barcelona, Reppertor, 2015, L.8/3; SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª: «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», en *InDret* 3/2014, p. 14.

actio hominis; pero, además, de otro lado, también cobra relevancia diferenciar la *actio hominis* de los simples sucesos naturales.

En concreto, desde la perspectiva analítica, la primera distinción que procede efectuar es la que media entre una *actio hominis* y un suceso natural. Existe ya una diferencia sustancial entre la causación de un hecho que proviene de un suceso natural y la que procede de una conducta del ser humano: esta última posee siempre, y por de pronto, el carácter de una *apariencia de acción* (algo excluido *ab initio* en los sucesos naturales) por más que, a la postre, esa apariencia quede eliminada por la concurrencia de una causa que excluye la acción, según explico más abajo.

Así las cosas, la constatación de que nos hallamos ante una *actio hominis* (y no ante un suceso natural) conlleva ya, a mi juicio, una repercusión dogmática a la vista del CP español, aunque no exista todavía una *actio humana*, a saber: queda abierta la posibilidad de imponer una medida de seguridad^{12, 13}. En efecto, nuestro CP no se opone a ello, puesto que, a diferencia de lo que sucede en el caso de la imposición de las penas (en el que, según el art. 1-1, se requiere inexcusablemente una «acción u omisión»), en el caso de las medidas de seguridad no se requiere la previa realización de una acción u omisión sino simplemente la concurrencia de los «presupuestos establecidos previamente por la ley» (art. 1-2). Y estos presupuestos se concretan en la exigencia del art. 6-1 (que requiere que la peligrosidad criminal del sujeto aparezca «exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito») y la exigencia del art. 95-1 (que requiere para la aplicación de una medida de seguridad «que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito»), unos presupuestos que pueden ser perfectamente interpretados –con arreglo ya a su inequívoco tenor literal– no ya como la realización de un verdadero *tipo de acción*¹⁴, sino como

¹² Sobre lo que sigue y, además, sobre su relación con la inimputabilidad, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 49 ss.

¹³ No obstante, es preciso recordar que un importante sector doctrinal rechaza la aplicación de medidas de seguridad en tal caso. *Vid.* por todos LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, L. 11/23, exigiendo incluso la presencia de una conducta antijurídica.

¹⁴ Esta interpretación tendría, pues, como consecuencia simplemente excluir la comprobación de que el sujeto haya infringido su norma personal de conducta, sea a título de dolo, sea a título de imprudencia.

Esta es la solución que propone MARTÍNEZ GARAY, L. «Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad», en Carbonell Mateu, J.C. –dir.–, *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 418), a partir de las premisas de la concepción significativa de la acción. En concreto, afirma que, así como la pretensión de relevancia (realización de un tipo de acción) es el primer presupuesto para la imposición de una pena, «podría ser también el presupuesto mínimo para la imposición de medidas de seguridad» en el caso de trastornos mentales.

Al margen de la concepción significativa, se ha podido sostener asimismo una interpretación similar. Así, hace ya unos cuantos años que penalistas como Silva (partiendo de su concepción personal del injusto)

la realización (por parte de un ser humano) de un *hecho objetivo externamente coincidente con lo que se describe en un tipo penal*, aunque esa realización no constituya aún una genuina *acción* en sentido jurídico penal: así, v. gr., el sujeto que obra en estado de inconsciencia puede «causar una lesión a otro», por más que podamos asegurar que ese comportamiento no era una *actio humana* sino una mera *actio hominis*.

Por consiguiente, la norma que sirve de referencia para la imposición de medidas de seguridad no sería ya la figura del *tipo de acción*, sino la del simple *tipo*, a secas, o, mejor dicho, la causación de un hecho que coincide con los términos que sirven para definir un tipo penal, en virtud de lo cual se trataría de una norma diferente de la que sirve de referencia para el castigo de la participación¹⁵ y para permitir las actuaciones defensivas de terceros¹⁶.

to, que incluye el dolo y la imprudencia) habían propuesto operar con un doble concepto: el presupuesto para la aplicación de las medidas de seguridad debe ser concebido de un modo diferente al que sirve para poder aplicar las penas, esto es, de forma privativamente objetiva, despojada de toda connotación subjetiva, como un «hecho lesivo de la norma de valoración jurídico-penal». Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª: «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 344 ss. (la cita es de p. 345).

¹⁵ A mi juicio, esta norma es el tipo de acción (Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El contenido de la antijuridicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 89 ss.). Con respecto a ello, pudiera plantearse entonces la posibilidad de que para el castigo de la participación fuese también suficiente la presencia de un «tipo despersonalizado». Sin embargo, esto no es sostenible porque, para poder castigar la participación, el CP español requiere que el autor haya *realizado* un hecho, esto es, que haya llevado a cabo una acción de tentativa, que exige la concurrencia de un elemento subjetivo, consistente en la *resolución (o voluntad) de consumir el hecho típico* o, mejor dicho, *en la voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincida (objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal* (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN: *Los elementos subjetivos*, pp. 80 ss.).

Eso sí, lo que sucederá es que quien provoca o se aprovecha de un estado de falta de acción en otro y determina que este cometa un hecho tipificado como delito (el sustrato material del tipo de acción) responderá ya como autor, sea mediato (según sostiene un sector doctrinal, vid. por todos LUZÓN, *Derecho Penal*, L.11/24) sea inmediato (como sostiene otro sector, a mi juicio correctamente, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *La autoría en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 157).

¹⁶ En otros trabajos he mantenido que la norma que debe servir de referencia para admitir las actuaciones defensivas de terceros es asimismo (al igual que sucede en el caso del castigo de la participación) el tipo de acción. Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN: *El contenido de la antijuridicidad*, pp. 112 ss. Por consiguiente, de acuerdo con ello habrá que concluir que frente al comportamiento del sujeto que obra en un estado de ausencia de *acción* (que no realiza, pues, un tipo de acción) no es posible invocar la legítima defensa, y solo cabe un estado de necesidad defensivo, con facultades de actuación más limitadas que las de la legítima defensa. En este sentido se ha pronunciado la opinión dominante: vid. por todos LUZÓN, *Derecho Penal*, L.11/25-26, quien se hace eco del usual argumento manejado en la doctrina española consistente en sostener que en el referido comportamiento no solo no hay una actuación *antijurídica*, sino que no hay ya una *agresión*.

No obstante frente a esta última opinión hay que matizar que el art. 20-4.º CP no incluye el calificativo de *antijurídica*, sino el de *ilegítima*, y que este puede ser interpretado como un adjetivo que sirve para denotar que la agresión encierra un desvalor de resultado para el sujeto sobre el que recae la agresión, esto es, para referirse a la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *El contenido de la antijuridicidad*, pp. 115 s.). Por tanto, el único argumento legal que, a mi juicio, cabe esgrimir para rechazar la legítima defensa es que el comportamiento del sujeto que obra en un estado de

Esta es también la tesis sustentada por un sector doctrinal, sobre la base de entender que para la imposición de una medida de seguridad a un sujeto peligroso es suficiente ya con la «comisión *objetiva* de un hecho previsto como delito»¹⁷ o la de considerar que este «hecho previsto como delito», presupuesto de la imposición de las medidas de seguridad, «ha de tener un carácter más *despersonalizado*, para ser adecuado a la teleología de estas consecuencias jurídico-penales»¹⁸.

En suma, en el supuesto de que se acredite un peligro de que el sujeto que obró en estado de inconsciencia (y que no llevó a cabo una *actio humana*) pueda volver a llevar a cabo en el futuro «hechos previstos en la ley como delito» resulta razonable que pueda imponérsele una medida de seguridad y que tal imposición corra a cargo de un juez penal en un proceso penal, tanto por razones garantistas como por razones de economía procesal, así como, en fin, por los efectos *comunicativos* inherentes a lo jurídico-penal.

Si nos situamos al margen de la concepción significativa, merece ser destacada la tesis de aquellos penalistas que, pese a partir de la premisa de que las alteraciones o anomalías psíquicas comportan ya (cuando menos, en algunos casos) la inexistencia de una *acción* en sentido jurídico-penal (como primera categoría del delito previa a la categoría de la tipicidad), llegan asimismo a la satisfactoria conclusión que aquí acojo. Y esto se fundamenta en la convincente

ausencia de acción no lleva a cabo ya una *agresión*. Eso sí, este argumento me parece ciertamente consistente, dado que, según el Diccionario de la RAE, el vocablo *agresión* significa «acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño» (y *acometer* equivale a «embestir con ímpetu y ardimiento», y *ardimiento* es «valor, intrepidez, denuedo»): resulta obvio que el sujeto que obra en una situación de ausencia de acción no lleva a cabo su movimiento corporal con una finalidad dañosa y menos aún con valor, intrepidez y denuedo.

¹⁷ Esta es la tesis de RAGUÉS VALLÈS, R.: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 398 s.

Por otra parte, la exigencia contenida en el art. 6-2 CP, que establece como límite de su duración el de «la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», es interpretada entonces como una mera cuestión referente al aspecto aplicativo-competencial de las medidas y no a su fundamento, como se deduce ya de la posibilidad de que la medida de seguridad pueda ser levantada si desaparece la peligrosidad del sujeto, según se dispone en el art. 97 CP (cfr. RAGUÉS, *ibid.*).

Por lo demás, justo es reconocer que, como expone el propio Ragués (*El dolo*, p. 392, n. 1081), la idea de que la inimputabilidad puede tener consecuencias en el ámbito de la antijuridicidad ya fue puesta de relieve en nuestra doctrina por MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1982, p. 97 y n. 133 y p. 107 y por SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 348 s. Más recientemente, *vid.* SILVA SÁNCHEZ: «¿Adiós a un concepto ...?», pp. 4 ss., donde recuerda que «hace mucho tiempo que se ha advertido que las alteraciones o anomalías psíquicas pueden tener relevancia normativa ya en niveles sistemáticos anteriores a la culpabilidad». *Vid.* además, con amplitud, MARTÍNEZ GARAY: *Incidencia*, pp. 321 ss.

¹⁸ SILVA: «¿Adiós a un concepto ...?», p. 5 (cursiva en el original), quien añade que «este injusto más despersonalizado continúa manteniendo, sin embargo, un significado jurídico-penal y no es, por tanto, expresión de un mero injusto de policía»

te idea de que, de un lado, si la alteración psíquica provocó la situación de inconsciencia, ello puede fundamentar un estado peligroso que justifique la imposición de una medida de seguridad¹⁹, y, de otro lado, que «la existencia de un proceso lesivo de un bien jurídico-penal que procede de una *actio hominis*» es algo diferente del proceso lesivo que surge de un mero suceso natural, habida cuenta de que la lesión proveniente de una *actio hominis* «*prima facie* podría parecer que procede de una acción humana» y ello «ya constituye una razón suficiente para que su enjuiciamiento sea competencia de un juez penal»²⁰.

III. CARACTERIZACIÓN DE LA *ACTIO HUMANA* Y ACREDITACIÓN DE UN TIPO DE ACCIÓN

Con arreglo a la concepción significativa de la acción, hay que seguir reconociendo la existencia de causas de exclusión de la acción²¹, que impiden que surja ya una *actio humana* y, por ende, la primera categoría del delito (el tipo de acción).

En efecto, si nos atenemos al pensamiento de Vives, expresado de forma resumida, el hecho de que un movimiento corporal (p. ej., el de un sonámbulo) cumpla «la figura externa de cierta clase de acciones» (en nuestro caso, una acción descrita en un tipo penal como delito), «de acuerdo con un cierto *tipo* de reglas (v. gr., las que determinan que se está caminando)», solo supone una mera «apariencia de acción», que solo es «el punto de partida para determinar ... si estamos o no ante una acción». Por el contrario, la determinación de una «acción específicamente humana» presupone una «interpretación ulterior»,

¹⁹ Vid. SILVA: «¿Adiós a un concepto ...?», p. 12.

²⁰ Vid. SILVA: «¿Adiós a un concepto ...?», p. 14, quien añade que «ello podría hacer razonable asimismo que, en caso de peligrosidad, las medidas de seguridad que se impongan se mantengan dentro de la competencia del propio juez penal. Pues, aunque se concluya que se ha tratado de una *actio hominis* y no humana, la celebración de un proceso penal en el que, además, se ha constatado la peligrosidad del autor para bienes jurídico-penales produce una desestabilización social que sólo el propio Derecho Penal *lato sensu* puede neutralizar». Y es que, como certeramente explica a renglón seguido este penalista, las medidas de seguridad jurídico-penales son algo más que medidas policiales de prevención de peligros, en atención a lo cual deben imponerse en un proceso penal (dado que el «hecho desencadenante» debe ser obviamente enjuiciado por un órgano de la administración de justicia penal) y rodeadas de las garantías (y los controles) de la jurisdiccionalidad, con el fin de cumplir la función que se le asigna en el moderno Derecho Penal, esto es, la función *simbólica* de neutralizar comunicativamente la lesividad del hecho para bienes jurídico-penales (p. 15).

²¹ Según la opinión dominante, ello únicamente sucede en los casos fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia. Vid. por todos MIR PUIG: *Derecho Penal*, L. 8/2 ss.; LUZÓN PEÑA: *Derecho Penal*, L. 11/15 ss.; sobre los casos objeto de discusión, vid. SILVA, *Derecho Penal*, L. 9/46 ss.

merced a la cual habrá que acreditar que posee un *sentido* o *significado*, concebido «como interpretación que nace de las reglas de uso de los símbolos en el seno de los distintos ‘juegos de lenguaje’». Solo cabe afirmar que estamos ante una acción cuando existe un «auténtico seguimiento de reglas», lo cual es posible únicamente si «hay un *uso* establecido». En síntesis, la acción es una conducta que «sigue una regla», en la medida en que «incorpora un significado», y, por tanto, en los movimientos corporales llevados a cabo en estados de inconsciencia o como mero actos reflejos «no hay significado ni lenguaje» y, en consecuencia, no puede haber imputación. Y, en fin, si no hay acción no puede haber *tipo de acción*, puesto que –reitero una vez más– «la acción es el momento básico de la tipicidad»²².

²² Vid. VIVES: *Fundamentos*, 2011, pp. 227, 228, 229, 274, 289 y 290, quien, por lo demás, y sobre la base de estas premisas, refuta convincentemente la tesis de quienes (como en la doctrina española, v. gr., ya GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Civitas, 1984, p. 91) sostienen que «la acción concurre incluso en quien realiza un acto reflejo, o en quien actúa en estado hipnótico o de sonambulismo».

39. PENA PERPETUA E PRINCIPIO DI UMANITÀ NEL DIALOGO TRA LE CORTI

FRANCESCO MAZZACUVA
Università di Parma

I. RILIEVI INTRODUTTIVI

Una delle tematiche che sono state affrontate nell'ampia riflessione di José Luis de la Cuesta Arzamendi è quella del rispetto del principio di umanità nell'applicazione del diritto penale, con particolare riguardo al diritto penitenziario ed alle alternative al carcere. In quest'opera a lui dedicata, pertanto, si intende ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto la Corte europea a ritenere la pena perpetua contraria al divieto di trattamenti inumani e degradanti in assenza di misure alternative che consentano la liberazione del condannato alla luce del suo percorso rieducativo e le relative influenze sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

In effetti, mentre l'abolizione della pena di morte è stata espressamente stabilita con l'adozione dei Protocolli addizionali alla Convenzione nn. 6 e 13, il problema della legittimità della pena perpetua nel sistema di tutela dei diritti dell'uomo è stato sempre tematizzato sul piano dell'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione europea che, come noto, sancisce il divieto di ricorso alla *tortura* ed a *pene o trattamenti inumani e degradanti*, annoverandosi peraltro tra le norme inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita delle nazioni (art. 15 Cedu). Ciò è avvenuto nell'ambito di un più ampio processo di *interpretazione evolutiva* di tali concetti che ha preso forma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che, in fondo, era stato

in qualche modo contemplato già al momento della stesura della Convenzione, quando si era rinunciato ad una compiuta definizione dei medesimi¹.

Fin dalle prime pronunce in materia, in particolare, è stato precisato che la soglia di gravità delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 3 Cedu non può essere definita in assoluto, ma deve essere apprezzata alla luce delle circostanze del caso concreto², cosicché i confini tra le predette nozioni presentano tuttora diverse zone grigie. Tenendo a mente tale aspetto, con una certa semplificazione, si può quindi rilevare che oggi la nozione di tortura ricomprende forme particolarmente gravi di trattamento finalizzato a ottenere informazioni, estorcere una confessione o infliggere una punizione, quella di trattamento inumano abbraccia le condotte che implicano l'inflizione di una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità mentre quella di trattamenti degradanti rinvia soprattutto ad elementi di natura emotiva, con particolare riguardo allo stato di umiliazione della vittima³. Come detto, quindi, vista l'assenza di previsioni esplicite nella Convenzione, così come di riferimenti alla finalità rieducativa della pena, proprio nell'ambito dell'interpretazione di questi ultimi concetti è stato inquadrato il tema della legittimità della pena perpetua.

II. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO: LA SVOLTA NELLA SENTENZA *VINTER*

Il momento cruciale nell'evoluzione recente della giurisprudenza di Strasburgo viene comunemente individuato nel mutamento di indirizzo che ha preso forma nel *leading case* della Grande Camera *Vinter e altri c. Regno Unito* del 9 luglio 2013.

In precedenza, d'altra parte, nelle pronunce della Corte europea si era già fatto largo l'argomento secondo cui la pena perpetua sarebbe compatibile con l'art. 3 Cedu a condizione che la durata della pena sia riducibile (*compressible*) *de iure* e *de facto* e che, quindi, siano previsti nella legislazione nazionale strumenti che consentano possibilità di liberazione anticipata del condannato⁴.

¹ Cfr. P. PUSTORINO *Commento all'art. 3*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 67 s.

² V. quanto già affermato, a seguito di un noto ricorso interstatale, nella sentenza Corte EDU, 18.1.1978, *Irlanda c. Regno Unito*, § 162.

³ F. CASSIBBA-A. COLELLA *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. Ubertain-F. Viganò, a cura di, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2.^a ed., Torino, 2022, 79 ss.

⁴ Cfr. ad esempio Corte EDU, 3.7.2001, *Nivette c. France*; Corte EDU, 16.10.2001, *Einhorn c. France*; Corte EDU, 12.12.2002, *Stanford c. Regno Unito*; Corte EDU, 22.5.2003, *Wynne c. Regno Unito*; Corte EDU, 11.4.2006, *Léger c. Francia*, §§ 89 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, §§ 77 ss.; Corte EDU, 2.9.2010, *Iorgov c. Bulgaria (n. 2)*, §§ 43 ss.

L'affermazione di principio era certamente rilevante poiché, in effetti, anch'essa frutto di una lettura evolutiva dell'art. 3 Cedu che, infatti, non menziona la pena perpetua e, quindi, in una prospettiva strettamente originalistico-letterale, si potrebbe ritenere incondizionatamente compatibile con la Convenzione (anche considerato che, come accennato nelle premesse, l'art. 2 consentiva persino l'applicazione della pena di morte), senza contare che il requisito della *riducibilità* parrebbe addirittura logicamente inconciliabile con il carattere *perpetuo* di tale tipologia di pena.

D'altra parte, si deve anche considerare che, per ritenere tale condizione soddisfatta, venivano considerati sufficienti istituti –come i provvedimenti di clemenza– volti a consentire la liberazione del condannato essenzialmente per ragioni umanitarie e sulla base di una decisione rimessa alla discrezione di un organo politico e, quindi, non necessariamente collegati alla valutazione del percorso rieducativo del condannato da parte di un giudice. Così, ad esempio, nella sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio 2008, la Grande Camera riteneva che una concreta prospettiva di rilascio potesse essere individuata nel potere accordato dalla Costituzione al Presidente della Repubblica, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore generale, di estinguere o commutare le pene, oltreché di concedere la liberazione condizionale, anche considerata l'assenza di previsioni sulla durata minima di pena detentiva da scontare prima di poter accedere a tali benefici. Si osservava che, in effetti, sulla base di tale disciplina, nove condannati a pena perpetua erano stati liberati nel 1993, uno nel 1997 e uno nel 2005, cosicché tale pena si poteva considerare effettivamente riducibile *de iure e de facto*⁵. Ad analoga conclusione, peraltro, giungeva la Corte anche nella successiva sentenza *Iorgov c. Bulgaria* del 2 settembre 2010, confermando che provvedimenti clemenziali adottabili dal Presidente della Repubblica, ancorché discrezionali, potessero soddisfare il requisito della riducibilità della pena⁶.

Come si è accennato, invece, un'autentica svolta ha preso forma nella sentenza della Grande Camera *Vinter e a. c. Regno Unito* del 9 luglio 2013. In particolare, la Corte si trovava a confrontarsi con la disciplina inglese che prevede la possibilità per il giudice, al momento della condanna a pena perpetua per reati di omicidio doloso particolarmente gravi, di stabilire che il condannato non potrà godere di benefici, tra cui in particolare la liberazione condizionale (*parole*), dovendo pertanto trascorrere effettivamente l'intera vita in carcere (*whole life order*), residuando esclusivamente la possibilità di un provvedimento di clemenza per ragioni umanitarie da parte di un organo politico, ossia

⁵ Corte EDU, Grande Camera, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, §§ 102-103.

⁶ Corte Edu, 2.9.2010, *Iorgov c. Bulgaria*, §§ 50 ss.

il Segretario di Stato. Nella sentenza *Bieber* del 23 luglio 2008, la *Court of Appeal* inglese aveva ritenuto tale disciplina di per sé non incompatibile con gli standard derivabili dall'art. 3 Cedu, riservandosi di sindacare ipotesi concrete in cui lo stato detentivo si fosse protratto nonostante la sussistenza di condizioni che avrebbero imposto la liberazione del condannato. Anche la Quarta sezione della Corte europea, con sentenza del 17 gennaio 2012, aveva giudicato (con una stretta maggioranza di quattro giudici contro tre) tale assetto normativo compatibile con l'art. 3 Cedu, ritenendo che esso assicurerebbe quella riducibilità *de iure* e *de facto* richiesta dall'orientamento tradizionale (sebbene dal 2000 nessun condannato ad un *whole life order* fosse stato liberato) ed escludendo, quindi, la sussistenza di una pena gravemente o manifestamente sproporzionata (*grossly or clearly disproportionate*)⁷.

Investita in sede di rinvio, tuttavia, la Grande Camera ribaltava l'esito del giudizio inaugurando, come detto, una decisa evoluzione dell'orientamento della Corte –se non un vero e proprio *revirement*– che, come spesso avviene nella giurisprudenza di Strasburgo, veniva giustificata sulla scorta di un'analisi comparatistica nella quale, accanto alle fonti di *soft law* del Consiglio d'Europa⁸, erano considerati i principi sulla pena perpetua stabiliti nel diritto penale internazionale⁹ e nel diritto dell'Unione europea¹⁰, così come diverse soluzioni adottate negli Stati contraenti, con particolare rilievo accordato alla giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca¹¹, ed in altri ordinamenti stranieri¹². Alla luce di questa rassegna, la Corte riconosceva l'emergenza di un «chiaro sostegno nel diritto europeo e internazionale al principio secondo cui a tutti i detenuti, compresi quelli che scontano la pena perpetua, deve essere offerta la possibilità di riabilitazione e la prospettiva di essere rilasciati se tale riabilitazione viene raggiunta» (§ 114) concludendo che «l'articolo 3 deve essere interpretato nel senso

⁷ Corte EDU, 9.7.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, su cui v. le considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012.

⁸ Si fa riferimento, in particolare, alla Risoluzione del Comitato dei Ministri 76(2) del 17 febbraio 1976, alla Raccomandazione 2003(23) sulla gestione dei detenuti a vita o a lungo termine adottata dal Comitato dei Ministri il 9 ottobre 2003, alla Raccomandazione 2003(22) sulla liberazione condizionale adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003 e al report sull'ergastolo preparato da un membro del CPT il 27 giugno 2007.

⁹ Cfr. artt. 77 e 110, paragrafo 3, dello Statuto della Corte penale internazionale, oltretutto le regole 223 e 224 del Regolamento di procedura e di prova della Corte medesima.

¹⁰ Art. 5, par. 2, della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo del 13 giugno 2002.

¹¹ Vengono citate, in particolare, le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* 45 BVerfGE 187 del 21 giugno 1977, 72 BVerfGE 105 del 24 aprile 1986, 2 BvR 2299/09 del 16 gennaio 2010, e quelle della Corte costituzionale nn. 204 del 1974, 264 del 1974, 274 del 1983 e 161 del 1997.

¹² Si considerano, in particolare, gli ordinamenti di Canada, Hong Kong, Mauritius, Namibia, Nuova Zelanda, Sudafrica e Stati Uniti d'America.

di richiedere la riducibilità della pena, ossia di un riesame che consenta alle autorità nazionali di valutare se i cambiamenti nella vita del detenuto siano così significativi e se siano stati compiuti progressi verso la rieducazione nel corso della pena, da far sì che il mantenimento della detenzione non possa più essere giustificato da legittime ragioni penologiche (*legitimate penological grounds*), precisando altresì che tale possibilità deve essere garantita al più tardi dopo venticinque anni di pena espiata, con periodici riesami successivi (§§ 119-120). La disciplina inglese veniva quindi ritenuta contrastante con queste premesse poiché, sebbene come affermato nella sentenza *Bieber* il potere del Segretario di Stato potesse essere utilizzato anche in maniera conforme all'art. 3 Cedu, esso era comunque stato impiegato in maniera estremamente restrittiva e, comunque, sulla base di presupposti vaghi e scollegati da una valutazione dello stato di rieducazione dei detenuti, così da non consentire a questi ultimi di orientare la loro esperienza intramuraria ad un percorso di risocializzazione (§§ 127 ss.).

Come si vede, nella centralità accordata alle «ragioni penologiche», ossia al percorso rieducativo del condannato, emergeva un rilevante dato di novità, tale da rendere non più sufficienti possibilità di rilascio anticipato dettate da ragioni umanitarie o comunque fondate su valutazioni discrezionali. In questo modo, l'approccio della Corte europea si allineava a principi come quelli delineati fin dagli anni '70 nella giurisprudenza costituzionale italiana – per questo puntualmente citata¹³ – pur operando in un contesto normativo in cui non figura una predilezione per la funzione rieducativa della pena che, come si è visto, la Corte ha dovuto ricostruire in via interpretativa¹⁴.

III. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI AFFERMATI NELLA SENTENZA *VINTER* NELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA

Per quanto i principi elaborati nella sentenza *Vinter* siano stati costantemente ribaditi, tanto da essere oramai richiamati *per relationem* in quanto di-

¹³ Nota PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1361, come l'argomento della Corte europea sia del tutto analogo a quello emerso nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, sulla cui evoluzione, tra i tanti, cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, 14 ss.

¹⁴ Sul punto, cfr. A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, 3773, che osserva come la Corte, da un lato, ammette diverse finalità della pena (afflittiva, deterrente, riabilitativa, di protezione dei consociati dai reati violenti) ma, dall'altro, riconosce l'«enfasi» che gli Stati firmatari, il Consiglio d'Europa e il diritto internazionale accordano allo scopo di risocializzazione del reo (v. già la ricostruzione contenuta nella sentenza Corte Edu, Grande Camera, 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*, §§ 28 ss.).

ritto consolidato¹⁵, la loro applicazione in concreto nella recente giurisprudenza della Corte europea non è apparsa sempre lineare.

Il nuovo corso, in particolare, veniva significativamente confermato nella sentenza *Ocalan c. Turchia* (n. 2) del 18 marzo 2014, in cui la Corte riscontrava una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione dell'assenza nella legislazione turca di qualsiasi meccanismo di riesame della pena perpetua in grado di consentire una valutazione circa la sussistenza di validi motivi a fondamento del prolungamento dello stato di detenzione¹⁶. Nella sentenza *Trabelsi c. Belgio* del 4 settembre 2014, ancora, veniva dichiarata una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'avvenuta estradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti nonostante il rischio concreto di sottoposizione a pena perpetua senza possibilità di liberazione anticipata (peraltro disposta contravvenendo una misura interinale adottata dalla Corte); in particolare, superando alcuni precedenti proprio alla luce del nuovo orientamento inaugurato nella sentenza *Vinter*, la Corte giudicava insufficiente l'eventualità di liberazione anticipata garantita dal potere di clemenza del Presidente degli Stati Uniti, trattandosi di possibilità generica e non in grado di permettere al condannato di conoscere anticipatamente tempi e modalità della concessione del beneficio¹⁷. Peraltro, nella sentenza *Kaytan c. Turchia* del 15 settembre 2015, la Corte precisava che in questi casi la violazione dell'art. 3 Cedu può essere riscontrata fin dall'inizio dell'esecuzione della pena, senza che il condannato debba scontare una parte della stessa prima di poter ricorrere a Strasburgo¹⁸. Prendeva così forma un vero e proprio *diritto alla speranza* per i condannati a pena perpetua, ossia una tutela dell'affidamento dei medesimi nelle regole che governano l'esecuzione penale da garantire fin dal primo giorno di detenzione, in quanto presupposto fondamentale per l'adesione ad un percorso rieducativo.

La massima valorizzazione di questo approccio, in effetti, si è registrata nella sentenza della Grande Camera *Murray c. Paesi Bassi* del 26 aprile 2016, nella cui motivazione si assisteva ad un'ulteriore affermazione dell'importanza della finalità rieducativa della pena, anche in questo caso sulla base di un'analisi comparatistica svolta nelle premesse. La Corte, in particolare, osservava che «nonostante la Convenzione non garantisca, in quanto tale, un diritto alla rie-

¹⁵ Come osserva A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce*, cit., 3773, nella giurisprudenza attuale la ricostruzione dei principi applicabili si esaurisce nella tecnica del rinvio *per relationem* poiché la Corte pare inferire, nemmeno troppo implicitamente, che si tratta oramai di approdi interpretativi tanto chiari e consolidati da non aver bisogno di essere nuovamente esternati.

¹⁶ Corte EDU, 18.3.2014, *Ocalan c. Turchia* (n. 2), §§ 97 ss.

¹⁷ Corte EDU, 4.9.2014, *Trabelsi c. Belgio*, così superando Corte EDU, 10.4.2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, e Corte EDU, 17.1.2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

¹⁸ Corte EDU, 15.9.2015, *Kaytan c. Turchia*, §§ 63 ss.

ducazione, la giurisprudenza della Corte presuppone che i condannati, compresi gli ergastolani, debbano avere la possibilità di riabilitarsi», dal che consegue che «un ergastolano deve essere realisticamente messo in condizione, per quanto possibile nei limiti del contesto carcerario, di compiere progressi tali verso la riabilitazione da offrirgli la speranza di essere un giorno idoneo alla liberazione condizionale»¹⁹. Fatte queste premesse, la Corte riscontrava una violazione dell'art. 3 Cedu dato che il ricorrente si era trovato in una situazione in cui non era stato ritenuto idoneo alla liberazione condizionale a causa del rischio di recidiva, ma la persistenza di tale rischio era dovuta al fatto che non era stata effettuata alcuna valutazione delle necessità e delle possibilità di cura dei suoi problemi mentali e non erano state individuate forme di trattamento finalizzate alla sua riabilitazione.

Pochi mesi dopo, tuttavia, la stessa Grande Camera, con la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017 –confermando la sentenza della Quarta Sezione del 3 febbraio 2015– segnava una rilevante battuta d'arresto nella giurisprudenza di Strasburgo in tema di pena perpetua. Ancora una volta era la disciplina inglese ad essere sottoposta all'esame della Corte europea ma in questo caso, anziché riscontrare una violazione dell'art. 3 Cedu analogamente a quanto avvenuto nella sentenza *Vinter*, la Corte rigettava il ricorso ritenendo non decisiva la circostanza che il potere di liberazione spetti ad un organo politico ed evidenziando, ad ogni modo, che in Inghilterra tale decisione non sarebbe del tutto discrezionale in quanto soggetta a controllo giurisdizionale, malgrado il Governo non abbia saputo indicare precedenti in cui ciò abbia determinato l'annullamento del provvedimento amministrativo (§§ 46 ss.). Soprattutto, la Corte prendeva atto che nella decisione *McLoughlin* del 18 febbraio 2018, la *Court of Appeal*, pur richiamando i principi menzionati nel precedente *Bieber*, aveva tentato di offrire un'interpretazione più estensiva del c.d. *Lifer Manual* (ossia il protocollo recante le linee guida del Segretario di Stato nell'utilizzo del suo potere di grazia), con particolare riferimento ai presupposti «umanitari», riconoscendo così la possibilità di una sua futura applicazione in maniera conforme alla giurisprudenza di Strasburgo (§§ 54-70). In definitiva, nella sentenza *Hutchinson* la Corte ha tentato una difficile «mediazione» con le Corti inglesi, sforzandosi di intravedere –ed incoraggiare– un'evoluzione del controllo giurisdizionale sui provvedimenti del Segretario di Stato e finanche una revisione del *Lifer Manual*. Si avverte, in effetti, l'eco delle forti polemiche che la sentenza *Vinter* aveva sollevato nel Regno Unito, come evidenziato nella ficcante opinione dissenziente del giudice Pinto de Al-

¹⁹ Corte EDU, Grande Camera, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, § 103.

buquerque, il quale critica lo «sforzo ingegnoso della maggioranza di riconciliare il testo e lo spirito della sentenza *Vinter* con la sentenza *McLoughlin*», che di fatto tradirebbe un'indebita retromarcia nella giurisprudenza in tema di pena perpetua, figlia del «clima politico attuale, che mostra una crescente ostilità nei confronti della Corte europea».

D'altra parte, quando non si è trattato di esaminare l'ordinamento inglese, la Corte ha avuto meno difficoltà nell'applicare i principi espressi nelle sentenze *Vinter* e *Murray*, come nelle pronunce *Matiošaitis e altri c. Lituania* del 23 maggio 2017 e *Petukhov c. Ucraina (n. 2)* del 12 marzo 2019. In particolare, nella prima è stata censurata la legislazione lituana per l'assenza di una disciplina della liberazione condizionale, mai portata all'attenzione della Corte costituzionale nonostante le numerose questioni sollevate nel tempo da condannati a pena perpetua, e per l'insufficienza dell'istituto del *Presidential pardon*, in quanto avente natura clemenziale ed applicato in maniera del tutto discrezionale, pertanto non idoneo ad assicurare un vero diritto alla speranza fondato sulla possibilità di conoscere fin dall'inizio dell'esecuzione come comportarsi per poter aspirare alla liberazione. Nella seconda sentenza, oltre a confermare l'inadeguatezza della grazia presidenziale, la Corte ha altresì evidenziato che il sistema penitenziario ucraino non consente una vera possibilità di riabilitazione agli ergastolani, i quali sono isolati dagli altri detenuti e rinchiusi nelle celle per ventitre ore al giorno (da segnalare, anche in questo caso, l'opinione in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, volta più che altro a evidenziare il «doppio standard» utilizzato rispetto alla sentenza *Hutchinson*).

Si deve però anche segnalare che, proprio negli ultimi anni, sono emerse ulteriori incertezze della Corte europea, con particolare riferimento alla casistica concernente l'extradizione verso gli Stati Uniti. Ribaltando dichiaratamente le conclusioni della già citata sentenza *Trabelsi*, infatti, nella recente sentenza della Grande Camera *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito* del 3 novembre 2022, la Corte ha precisato che i principi esposti nella sentenza *Vinter* devono essere «adattati» alle ipotesi di estradizione nelle quali, in particolare, mentre gli obblighi sostanziali –ossia la verifica dell'esistenza di un sistema di liberazione fondato su ragioni penologiche– rimangono validi, quelli «procedurali» –in base ai quali andrebbe assicurata l'effettiva possibilità di accesso a programmi rieducativi e la valutazione periodica dei relativi esiti, se non altro dopo un periodo di venticinque anni– non possono essere addossati allo Stato estradante poiché ciò determinerebbe una sovraestensione della sua responsabilità. Inoltre, la Corte ha affermato che, ancor prima di verificare il rispetto di tali obblighi, il ricorrente deve dimostrare la *concreta* possibilità di essere sotto-

posto a una pena perpetua senza liberazione, il che non era stato precisato nella sentenza *Trabelsi*, e ritenendo tale rischio minimo nel caso di specie, alla luce di statistiche relative alle condanne per reati simili, ha conseguentemente escluso una violazione dell'art. 3 Cedu²⁰.

In definitiva, a fronte di una costante dichiarazione di fedeltà ai principi espressi nella sentenza *Vinter*, la giurisprudenza di Strasburgo non appare sempre coerente e lineare nella valutazione circa l'effettiva garanzia di un diritto alla speranza, con i suoi importanti corollari sulle modalità di esecuzione della pena e sulla valutazione del percorso carcerario da parte delle giurisdizioni, nelle circostanze concrete.

IV. L'ERGASTOLO «OSTATIVO» PREVISTO DALLA LEGGE ITALIANA DI FRONTE ALLA CORTE EUROPEA: LE RICADUTE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA RIFORMA LEGISLATIVA

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea ha avuto un impatto significativo sull'ordinamento italiano, dal momento in cui, con la nota sentenza *Marcello Viola c. Italia* del 13 giugno 2019²¹ la Corte europea si è confrontata con il problema della legittimità della disciplina della pena perpetua –denominata «ergastolo», dal nome degli stabilimenti in cui doveva essere eseguita– e, in particolare, dell'ergastolo c.d. «ostativo», espressione con cui si fa riferimento alla durata effettivamente perpetua della pena conseguente alle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari previste dall'art. 4-*bis* ord. pen. In particolare, tale disposizione –dal momento in cui è stata riformata dal d.l. n. 306/1992, convertito dalla legge n. 356/1992, fino alla recente riforma (su cui si tornerà nelle battute conclusive)– subordinava la concessione dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative ai condannati per determinati delitti alla *collaborazione con la giustizia* ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen., con soluzione estesa altresì alla liberazione condizionale dall'art. 2 del d.l. n. 152/1991, convertito dalla legge n.

²⁰ Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, §§ 91 ss., con argomenti richiamati (essendo stata la motivazione pubblicata proprio il 3.11.2022) nella decisione Corte EDU, Grande Camera, 21.9.2022, *McCallum c. Italia*, in cui una violazione dell'art. 3 Cedu è stata esclusa sempre per la mancanza di prova del rischio concreto di applicazione dell'ergastolo senza parole, nonché escludendo un ruolo decisivo del Governatore del Michigan nella procedura di concessione di tale beneficio.

²¹ Cfr. Corte EDU, 13.6.2019, *Viola c. Italia*, su cui cfr. A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce*, cit., 3759 ss.

203/1991. Sebbene la Corte costituzionale avesse escluso l'operatività di tale preclusione in caso di collaborazione «impossibile», così estendendo la clausola di «oggettiva irrilevanza» che era già prevista dalla legge²², la mancata collaborazione nelle ipotesi in cui questa poteva essere «possibile» e «utile» finiva per configurare una presunzione assoluta di non rieducazione del condannato tale da rendere irrilevante qualsiasi altra valutazione sul suo percorso intramurario e determinare, in definitiva, l'irriducibilità della pena perpetua.

Gli effetti di questa disciplina si potevano apprezzare proprio nel caso che ha originato l'intervento della Corte europea, visto che alla luce della mancata collaborazione con la giustizia –in una situazione in cui questa non era stata ritenuta né «impossibile», né «irrilevante»– le richieste di permesso premio e di liberazione condizionale avanzate dal ricorrente erano state infatti sempre rigettate ancorché, già dopo i primi cinque anni di esecuzione della pena detentiva, il magistrato di sorveglianza, nell'annullare la proroga ministeriale del regime di c.d. «carcere duro», avesse evidenziato i suoi progressi nel percorso di rieducazione intramurario e l'assenza di prove circa la capacità del medesimo di mantenere contatti con la consorteria criminale. Pertanto, il ricorrente lamentava una violazione dell'art. 3 Cedu, con argomentazioni supportate anche da diverse parti terze intervenute nel giudizio (accademici ed esperti riuniti sotto il coordinamento dell'Università di Milano, il centro di documentazione «L'altro diritto onlus» dell'Università di Firenze e la rete europea per la ricerca e l'azione nel contenzioso penitenziario)²³.

Dopo aver richiamato i principi generali descritti nei paragrafi precedenti, la Corte europea si confrontava con la tesi del Governo secondo cui l'articolo 4-bis ord. pen. avrebbe «lo scopo di chiedere ai condannati la dimostrazione tangibile della loro «dissociazione» dall'ambiente criminale e dell'esito positivo del percorso di risocializzazione, attraverso una collaborazione utile con la giustizia volta alla «disintegrazione» dell'associazione mafiosa e al ripristino della legalità». Con riguardo a quest'ultima osservazione, anzitutto, la Corte evidenziava che «se la repressione rimane una delle finalità della reclusione, le politiche in materia di pena in Europa pongono ormai l'accento sull'obiettivo

²² Cfr. quanto stabilito nelle sentenze Corte cost. nn. 306 del 1993, 357 del 1994 e 68 del 1995 (in quest'ultima, in particolare, si afferma che «collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile, dunque, finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli»). Con la legge n. 279/2002, peraltro, l'eccezione per le ipotesi di collaborazione impossibile veniva recepita nel testo della norma.

²³ Con particolare riferimento alle osservazioni presentate dall'Associazione «L'Altro diritto» onlus, cfr. F. FIORENTIN, *L'ergastolo «ostativo» ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2018, 5 ss.

di reinserimento che persegue la detenzione, anche nel caso di detenuti condannati all'ergastolo, e in particolare verso la fine di una pena detentiva di lunga durata», chiedendosi pertanto «se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena» (§§ 108-110). Soprattutto, la Corte si soffermava sull'effettiva possibilità di assumere la mancata collaborazione come indice rivelatore decisivo della non rieducazione del condannato, evidenziando in proposito che tale circostanza «non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai «valori criminali» e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza», anche considerando che, delle attività di osservazione sui condannati all'ergastolo svolta dalla terza parte «L'altro diritto onlus», emerge che il motivo principale del rifiuto di collaborare con la giustizia risiederebbe nel timore per i detenuti condannati per reati di tipo mafioso di mettere in pericolo la loro vita o quella dei loro familiari (§ 117-118).

Sulla scorta di tali rilievi, quindi, la Corte osservava che «l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente», non potendosi escludere che la dissociazione dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia, dato che il sistema penitenziario italiano offre una serie di occasioni progressive di contatto con la società –dal lavoro all'esterno alla liberazione condizionale, passando attraverso i permessi premio e la semilibertà, finalizzati a favorire il processo di risocializzazione del detenuto– di cui il ricorrente non aveva potuto beneficiare (§ 120-122). A sostegno della ritenuta violazione dell'art. 3 Cedu, si osservava ancora che «la presunzione inconfutabile impedisce *de facto* al giudice competente di esaminare la domanda di liberazione condizionale e di verificare se, durante l'esecuzione della sua condanna, il ricorrente si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi nel cammino della correzione per cui il mantenimento della detenzione non è più giustificato per motivi inerenti alla pena» cosicché l'intervento del giudice è limitato alla constatazione del mancato rispetto della condizione di collaborazione, senza poter effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione (§ 129). Infine, riconoscendo la gravità dei reati per i quali il ricorrente era stato condannato, la Corte precisava che anche la lotta contro il flagello del fenomeno mafioso non

può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti (§ 130).

La sviluppo argomentativo della pronuncia appare ineccepibile, soprattutto laddove rinnega il legame indissolubile tra mancata collaborazione e non rieducazione evidenziando, anche sulla scorta di rilevazioni empiriche, come tale scelta possa essere semplicemente dovuta a timore per l'incolumità propria o dei familiari. Si tratta di un rilievo puntuale poiché, anche laddove si volesse sostenere che tale timore appare ingiustificato in considerazione dei programmi di protezione assicurati ai collaboratori di giustizia, non si potrebbe certamente ammettere un inquadramento della pena perpetua come sorta di sanzione impropria per l'irragionevolezza di tale stato d'animo. La sentenza, in effetti, dimostra l'importanza di un sindacato «esterno» sulla protezione dei diritti fondamentali considerato che, nonostante le critiche mosse in maniera pressoché unanime della dottrina, la Consulta aveva per lungo tempo ritenuto tale soluzione normativa legittima persino in un assetto costituzionale che, a differenza dell'ordinamento convenzionale, valorizza espressamente la funzione rieducativa della pena²⁴.

È vero, d'altra parte, che già prima della sentenza *Marcello Viola* qualcosa si stava muovendo nella stessa giurisprudenza costituzionale: in particolare, nella sentenza n. 149 del 2018, la Consulta aveva dichiarato illegittimo il termine minimo di ventisei anni di detenzione per l'accesso a qualsiasi misura alternativa previsto dall'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen. in relazione ad alcune ipotesi di sequestro di persona punite con la pena dell'ergastolo, ritenendo la rigidità di tale preclusione contrastante con la centralità della progressività trattamentale e della flessibilità della pena nella fase esecutiva, entrambi corollari del principio rieducativo²⁵. All'indomani di tale pronuncia, in effetti, molti commentatori ritenevano che il destino dell'ergastolo ostativo fosse in qualche modo segnato. Non sorprende, allora, che proprio su questo terreno si sia manifestato un proficuo dialogo tra le Corti, dal momento che il *dictum* di Strasburgo è stato prontamente recepito dalla Consulta nella sentenza n. 253

²⁴ Nella già citata sentenza n. 306 del 1993, infatti, pur osservando che «inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una 'rilevante compressione' della finalità rieducativa della pena», la Corte non giudicava costituzionalmente illegittima tale disciplina (seppur evidenziando anche alcuni limiti di *petitum* delle ordinanze di remissione). Nella successiva sentenza n. 135 del 2003, invece, essendo fatte salve le ipotesi di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, la Corte appariva più decisa (seppur con motivazione molto sintetica) nell'affermare la legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen., concludendo che la norma «subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost.».

²⁵ Corte cost. n. 149 del 2018.

del 2019, in cui la preclusione stabilita dall'art. 4-*bis* ord. pen. è stata ritenuta contraria agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. nella parte in cui non ammette la concessione di permessi premio ai condannati che non collaborano con la giustizia allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti²⁶. D'altra parte, gli argomenti posti a sostegno di tale decisione, in gran parte sovrapponibili a quelli della Corte europea, non potevano che riguardare anche la preclusione relativa alla concessione della liberazione condizionale, ossia l'istituto che rende effettivamente «riducibile» la pena ergastolo, tanto che a distanza di poco tempo veniva sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale proprio in relazione a tale aspetto. In questo caso, tuttavia, la Consulta ha preferito adottare una sentenza di illegittimità «accertata ma non dichiarata», ossia una decisione in cui, ripercorrendo le ragioni che rendono incostituzionale la norma impugnata, ritenendo che un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame, ha assegnato un termine al legislatore per intervenire riformandola (inizialmente coincidente con il 10 maggio 2022 e poi prorogato all'8 novembre 2022).

Proprio a pochi giorni dalla scadenza del predetto termine, quindi, è stato emanato il d.l. n. 162/2022, poi convertito dalla legge n. 199/2022, con il quale sono stati riformulati i commi 1-*bis* e ss. dell'art. 4-*bis* ord. pen., i quali ora prevedono presupposti alternativi alla mancata collaborazione con la giustizia che, per i delitti rilevanti in materia di ergastolo (comma 1-*bis*) consistono nell'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna (o nell'assoluta impossibilità di tale adempimento) e nell'allegazione di «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della man-

²⁶ Cfr. Corte cost. sentenza n. n. 253 del 2019, in cui si afferma che la preclusione «opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-*ter* ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto», impedendo una verifica del percorso rieducativo sulla base di criteri individualizzanti sulla base di un'inammissibile generalizzazione a fronte del «ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere» (§ 8).

cata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile».

Si tratta di una soluzione che, in effetti, solleva molte perplessità circa la compatibilità di tali presupposti con gli standard convenzionali ed i principi costituzionali. Si possono citare, a questo proposito, i termini di un comunicato dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale del 4 novembre 2022, in cui si evidenzia che «risulta impropria la previsione di una disciplina estremamente restrittiva in ordine alle condizioni per essere ammessi ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale: sebbene la formulazione dell'art. 4-*bis*, comma 1, si esprima in termini di «allegazione», da parte dei detenuti o internati per uno dei reati ostativi, l'oggetto dell'allegazione si traduce in una sorta di *probatio diabolica*, in quanto diventa difficile, se non impossibile, addurre «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, alla meta dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi»²⁷.

²⁷ Il comunicato è pubblicato sul sito dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale (www.aipdp.it). In termini analoghi, v. il comunicato del Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale «G.D. Pisapia», pubblicato in *Discrimen*, 7 novembre 2022. In dottrina, per uno sguardo critico sulla riforma, anche con riguardo all'insussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, cfr. tra i tanti le considerazioni di E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022.

40. EL DECLIVE DEL USO DE LA PENA DE MUERTE: REFLEXIONES Y PERSPECTIVAS

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN

Universidad de Jaén

GLORIMAR LEÓN

Universidad Autónoma de Chile

I. INTRODUCCIÓN

A comienzos de 1980, solo 20 países habían abolido la pena de muerte¹. Resulta interesante observar que, en 1977 –año que Amnistía Internacional identifica como el inicio del debate global en torno a la abolición– únicamente 16 países habían eliminado la pena capital para todos los delitos². El movimiento abolicionista sostiene que la ejecución de personas privadas de libertad, cualquiera sea el delito cometido o el lugar en que se encuentren, constituye una negación de su humanidad y de su derecho a la vida, como lo expresó Neuman al afirmar que «no existe tortura más horrible que el conocimiento de

¹ Históricamente, Toscana abolió la pena de muerte en 1786; San Marino la abolió en 1865 tras siglos sin ejecuciones; Venezuela en 1863 y Cabo Verde en 1981, luego de prolongados períodos sin aplicación.

² El 11 de diciembre de 1977, Amnistía Internacional promovió la Declaración de Estocolmo, que instó a la abolición inmediata y total de la pena de muerte; ya en 1971 había asumido el compromiso de trabajar por su abolición universal. Véase, Amnistía Internacional: Death Penalty: Abolitionist Reflections, n.º 4, The Abolitionist Movement, Amnistía Internacional, Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/ACT50/7350/2017/en/>. Con anterioridad, en 1971, la organización había anunciado su intención de trabajar por la abolición de la pena de muerte en todos los países y para todos los delitos. KARN (2010), p.116.

la propia muerte»³. A finales de 2022, se estimaba que una cifra récord a la baja de 28.282 personas en todo el mundo se encontraba condenada a muerte, mientras que cincuenta y cinco países continuaban aplicando la pena capital.



En la actualidad, el número de países abolicionistas se ha multiplicado casi por cinco: en los últimos treinta años, 97 Estados han abolido la pena de muerte para todos los delitos y 140 han dejado de llevar a cabo ejecuciones durante al menos diez años, en lo que se conoce como abolicionismo *de facto*.

II. PANORAMA SUCINTO DE LAS CAUSAS DEL DESCENSO

El retroceso de la pena de muerte se explica principalmente por la expansión del Derecho Internacional de los derechos humanos y por la influencia de

³ NEUMAN (2004).

la Unión Europea (UE), que exige su abolición como condición de adhesión⁴. No obstante, este proceso no se limita a una mera abolición procedimental, pues la Unión Europea ha desplegado una activa labor diplomática⁵ que incluye la formación de abogados contrarios a la pena de muerte y la financiación de investigaciones empíricas destinadas a estudiar la aplicación de la pena capital en los países que aún la mantienen, pero que procuran cambiar el rumbo. Así, el avance hacia la abolición responde a la convergencia de múltiples factores.

III. LA SITUACIÓN EN LAS AMÉRICAS

El hemisferio occidental constituye casi una réplica de la zona europea libre de pena de muerte, con la exclusión de los Estados Unidos de América, dado que solo tres pequeños países continúan manteniéndola, aunque ninguno ha llevado a cabo ejecuciones desde hace al menos 20 años⁶. En Cuba no se registran ejecuciones desde 2003 y en Guatemala, donde no se han producido ejecuciones desde el año 2000, tanto las autoridades políticas como la Corte Suprema han expresado su respaldo a la abolición⁷. Una cuestión distinta, aunque relacionada, es el aumento de las ejecuciones extrajudiciales y el problema del uso fácil del gatillo y de los asesinatos selectivos⁸.

IV. LA SITUACIÓN EN LA PRIMERA DEMOCRACIA DEL MUNDO: EL EXCEPCIONALISMO ESTADOUNIDENSE

En lo que respecta a los Estados Unidos de América, este país representa una contradicción. En primer lugar, constituye una minoría diferenciada entre

⁴ Conforme a los criterios de Copenhague, la adhesión a la Unión Europea exige instituciones democráticas, respeto de los derechos humanos y economía de mercado, siendo esencial la abolición de la pena de muerte.

⁵ La Unión Europea goza de un estatus reforzado de observador ante las Naciones Unidas, que le permite, desde el 3 de mayo de 2011, intervenir ante la Asamblea General, a diferencia de otros observadores internacionales. Véase, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/529/10/pdf/n1052910.pdf?token=21QP03iRsQUFZ1HYOW&fe=true>.

⁶ Belice, Surinam y Guyana.

⁷ Con la promulgación de una nueva Constitución en 1985, la modificación del Decreto Legislativo n.º 159 de 1892 y del Decreto Legal n.º 32/2000, Guatemala carece de las capacidades jurídicas y técnicas para aplicar la pena de muerte.

⁸ De forma preocupante, se ha denunciado el uso de asesinatos selectivos en Gaza mediante tecnologías basadas en inteligencia artificial y drones, cuya supuesta precisión ha sido cuestionada por el elevado número de víctimas colaterales, como evidencia la muerte de miembros de *World Central Kitchen*. Véase, CALLAMARD, A. en: [s://x.com/AgnesCallamard/status/1775974434488123761?t=Tdqcz5hAc2owLL-GKkYfNA&s=09](https://x.com/AgnesCallamard/status/1775974434488123761?t=Tdqcz5hAc2owLL-GKkYfNA&s=09).

las naciones del mundo, ya que Japón⁹ y los Estados Unidos siguen siendo los únicos países democráticos retencionistas a nivel global. En segundo lugar, ello resulta particularmente llamativo si se considera que la abrumadora mayoría de los más de 3.100 condados estadounidenses ha abandonado, en la práctica, la aplicación de la pena de muerte. Como sostiene David Garland, la actual era global de la abolición ha llevado a que la pena de muerte sea tratada como una cuestión de interés nacional y no meramente local¹⁰.

1. El carácter caprichoso de la estadística y la Geografía

En su opinión disidente en *Glossip v. Gross* de 2014¹¹, el juez Stephen Breyer destacó que, entre 2004 y 2006, «solo 29 condados (menos del 1 % de los condados del país) concentraron aproximadamente la mitad de todas las condenas a muerte impuestas a nivel nacional». El descenso de la pena de muerte en los Estados Unidos se ha intensificado de forma significativa. Según el *Death Penalty Information Center*, con datos de Frank Baumgartner, el 2 % de los condados concentró la mayoría de las ejecuciones, mientras que el 85 % no ha registrado ninguna en más de 45 años¹².

2. La importancia del factor económico

Aunque tradicionalmente se consideró que la pena de muerte era menos costosa que la prisión prolongada, tras *Gregg v. Georgia* (1976) la intensificación del control constitucional por la Corte Suprema incrementó de manera sustancial los costos de su aplicación¹³. En consecuencia, los propios análisis de los estados sobre el costo relativo de los procesos capitales y no capitales¹⁴ han revelado que las persecuciones penales en casos de pena de muerte resultan sustancialmente más onerosas. Dado que los costos de la pena de muerte

⁹ Para un análisis exhaustivo de la situación en Japón, véase, JOHNSON, D.T.: «The death penalty in Japan: Secrecy, Silence, and Salience», en Austin, S./Boulanger, Ch. (eds.): *The Cultural Lives of Capital Punishment: Comparative Perspectives*, Stanford, CA: Stanford University Press, 2005, pp. 251–273. Para un análisis público de tema en el país, véase, SATO, M.: *The Death Penalty in Japan. Will the Public Tolerate Abolition?*, Springer, 2014.

¹⁰ GARLAND (2010)

¹¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Glossip v. Gross*, 135 S. Ct. 2726, 2775–2778 (2015), voto disidente del juez Breyer.

¹² BAUMGARTNER (2011).

¹³ Un análisis ilustrativo de la divergencia de costos entre los casos capitales y los no capitales en los Estados Unidos, disponible en <https://deathpenaltyinfo.org/policy-issues/costs/summary-of-states-death-penalty>.

¹⁴ El primer intento integral por medir el impacto económico de la política de imposición de la pena capital se llevó a cabo en Nueva York en 1982.

recaen principalmente en los condados, muchos fiscales enfrentan limitaciones presupuestarias que desincentivan su solicitud.

No debe olvidarse que la disminución de las condenas a muerte constituye un fenómeno de alcance internacional¹⁵. Por último, una eventual abolición federal en los Estados Unidos reforzaría el impulso abolicionista internacional, particularmente en el marco de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre moratoria, al revertir su histórico voto negativo y estimular a otros Estados a seguir el mismo camino¹⁶.

V. EL CONTINENTE ASIÁTICO

Asia alberga al 60 % de la población mundial y es responsable de más del 90 % de las ejecuciones que se llevan a cabo en el mundo. Tres países, debido al tamaño de sus poblaciones, representan a los ejecutores más persistentes: India, Pakistán y China. En lo que respecta al primero de ellos, la situación resulta la más favorable hacia la adopción de una moratoria *de facto*, por una parte, debido a la doctrina de *los casos más raros entre los raros*, que restringe el ámbito de los delitos sancionados con la pena de muerte¹⁷, y, por otra, debido al uso marginal de la pena capital para actos terroristas de gran magnitud, los cuales son hoy en día infrecuentes¹⁸. De ello se deriva una de las tasas de ejecución más bajas del mundo¹⁹.

El caso de Pakistán refleja una frustración tras el término de moratorias prolongadas en 2014, manteniendo uno de los corredores de la muerte más extensos y severos del mundo²⁰ y ocupa el quinto lugar en el siniestro ranking

¹⁵ La Corte Suprema comienza a mostrarse receptiva a la opinión mayoritaria respecto de la ejecución de personas con discapacidad mental y de menores de edad, como se observa en el caso *Atkins v. Virginia* de 2002.

¹⁶ Desde 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta bienalmente resoluciones sobre la moratoria de la pena de muerte; en 2022 aprobó la novena, con 125 votos a favor, 37 en contra, 22 abstenciones y 9 Estados que no participaron en la votación, lo que evidencia una tendencia creciente de países que respaldan la moratoria. Véase, <https://worldcoalition.org/2022/12/20/9th-resolution-for-a-moratorium-on-the-death-penalty-the-trend-is-growing/>.

¹⁷ Véase, <https://www.legalserviceindia.com/legal/article-726-the-doctrine-of-rarest-of-the-rare.html>.

¹⁸ En 2015, la India ejecutó a Yakub Abdul Razak Memon por atentados cometidos en Bombay en 1993, tras un proceso basado en una legislación antiterrorista incompatible con los estándares internacionales de juicio justo. Ese mismo año, la Comisión Jurídica de la India recomendó abolir la pena de muerte, salvo para delitos de terrorismo y contra el Estado. Véase, https://worldcoalition.org/wp-content/uploads/2020/09/EN_WD2016_Factsheet-1.pdf.

¹⁹ BATRA (2008).

²⁰ Cornell Center on the Death Penalty Worldwide, 'Death Penalty Database: Pakistan', disponible en: <https://www.deathpenaltyworldwide.org/country-search-post.cfm?country=Pakistan#f5-2>. (citando AmnestyInternational, Death Sentences and Executions Annual Reports, 2013–2017).

de los máximos ejecutores²¹. En Pakistán, la aplicación de la pena de muerte persiste en contextos caracterizados por graves deficiencias estructurales y reiteradas vulneraciones de las salvaguardias de las Naciones Unidas, especialmente en relación con menores, minorías y delitos no letales²².

1. La magnitud en China. Un punto de inflexión

A finales del siglo XIX, durante la dinastía Qing, más de 850 delitos eran castigados con la pena de muerte en China, con sesgos comparables al *blood code* británico²³. Con mucho, China continúa siendo el principal ejecutor mundial, diversos esfuerzos diplomáticos han impulsado la adopción de reformas más restrictivas y transparentes en materia de pena de muerte.

China ha introducido reformas orientadas a restringir la aplicación de la pena de muerte. Desde 2011, estas medidas se han consolidado con la adopción de la Octava Enmienda a la Ley Penal, que limitó el número de delitos sancionables, restringió la elegibilidad de personas mayores de 75 años y promovió el cambio del método de ejecución, en línea con la reforma previa del Código Penal de 1997, que circunscribió la pena capital a los delitos más graves.

2. La diversidad en el resto de Asia –la cuenca del Pacífico

Fue en el Reino de Tahití (cuando la isla aún era independiente), en 1824, donde por primera vez en el mundo una asamblea legislativa abolió la pena de muerte²⁴. Tahití conmutó la pena capital por el destierro²⁵.

Cabe mencionar a Samoa, un enclave en el que el célebre autor Robert Louis Stevenson mantuvo una relación privilegiada con los pueblos originarios, quienes lo apodaron Tusitala («el narrador de historias»), probablemente con consecuencias en la prohibición de la pena de muerte en el territorio. Las referencias de Stevenson a los castigos en *Weir of Hermiston*²⁶ y su activa participación política en Samoa contribuyeron a la defensa de la independencia del archipiélago tras el Tratado de Berlín de 1889²⁷.

²¹ Cornell Center on the Death Penalty Worldwide, 'Death Penalty Database...

²² Conforme al Código Penal de Pakistán, la pena de muerte se prevé para delitos como el perjurio, la blasfemia y diversas formas de secuestro.

²³ Actualmente, el número de delitos castigados con la pena de muerte asciende a 68.

²⁴ Tras el bautismo de Pomare II, los líderes dinásticos cristianos obtuvieron reconocimiento europeo, lo que permitió a Tahití evitar la colonización y favorecer un período de estabilidad y prosperidad regional.

²⁵ Véase, https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment_by_country.

²⁶ Más en: NABASKUES (2017), pp. 1287-1307.

²⁷ Véase, <https://www.nla.gov.au/collections/guide-selected-collections/german-colonies-pacific>.

En consecuencia, prácticamente todos los países de esta región²⁸ han abolido la pena de muerte como forma de castigo, y el último Estado que aún la mantiene en su legislación (Tonga) no la ha aplicado desde hace muchas décadas, por lo que es considerado abolicionista *de facto*.

A diferencia del papel desempeñado por la UE, el Pacífico carece de un actor regional equivalente, lo que sitúa a Australia en una posición clave para impulsar una coalición abolicionista inspirada en la experiencia europea. Australia abolió completamente la pena de muerte en 1985, siendo la última ejecución registrada en 1967²⁹.

Algunas de las explicaciones aquí expuestas pueden trasladarse a otras regiones del mundo sin dificultad. En primer lugar, el impulso político para la reforma se ha basado en un liderazgo ejercido «desde arriba», es decir desde las élites intelectuales.

En segundo lugar, Asia comparte con el resto del mundo dos razones fundamentales del descenso de la pena de muerte: por una parte, la desaparición de regímenes autoritarios, como sucedió en Alemania, Italia, Portugal y España; por otra, la profundización de los procesos de democratización, siendo ejemplo de lo primero Camboya, Timor-Leste y Filipinas³⁰ y, de lo segundo, Taiwán y Corea del Sur.

En determinadas regiones, la abolición se ha sustentado en valores cristianos contrarios a la pena capital, mientras que, a nivel externo, la presión de la UE mediante el sistema SPG+ ha incentivado a los Estados beneficiarios a avanzar hacia su eliminación³¹.

3. Los países más reticentes al proceso de abolición

Como señaló Robert Badinter, uno de los principales obstáculos para la abolición se encuentra en los Estados islámicos gobernados por corrientes fundamentalistas; sin embargo, incluso en este ámbito pueden advertirse signos

²⁸ Una región en la que coexisten dos organizaciones internacionales: la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), en la que cinco de sus diez Estados miembros mantienen la pena de muerte (<https://asean.org/asean/asean-member-states/>), y el Foro de las Islas del Pacífico, cuyos 18 miembros son abolicionistas. Véase, <https://www.forumsec.org/who-we-are-pacific-islands-forum/>.

²⁹ Australia realizó su última ejecución en 1967; tras la abolición progresiva en sus Estados –iniciada por Queensland en 1922 y concluida en 1985–, el Parlamento de la Commonwealth prohibió definitivamente cualquier reinstauración en 2010, más en: <https://www.amnesty.org.au/50-years-ago-australias-last-execution/#>.

³⁰ Filipinas reanudó ejecuciones entre 1999 y 2000, pero tras una moratoria abolió nuevamente la pena de muerte en 2006, si bien su restablecimiento sigue siendo políticamente posible.

³¹ Véase, sobre la especificidad de la cuestión, <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/generalised-scheme-preferences-gsp>.

de posible evolución. Si bien el Islam contempla la pena de muerte dentro de su sistema penal, su aplicación es más restringida de lo que algunos Estados sostienen, pues la Sharía incorpora principios de perdón, misericordia y certeza absoluta que, en la práctica, limitan las ejecuciones a los delitos más graves y pueden operar como una moratoria de facto³².

Aunque el catálogo de delitos capitales parece amplio, la exclusión de conductas como el adulterio –por su carácter discriminatorio y contrario al *ius cogens*– y de determinadas categorías *hudud* reduce significativamente el alcance real de la pena de muerte³³. La discutida base religiosa de diversas conductas asociadas a la pena capital, junto con el principio coránico de ausencia de coacción, restringe considerablemente su ámbito real de aplicación. En consecuencia, la pena de muerte no es obligatoria y coexiste con sanciones alternativas, mientras que delitos como el terrorismo pueden abordarse mediante procesos de armonización normativa internacional, lo que permite sostener que la restricción o abolición de la pena capital no resulta incompatible con los principios del Islam y abre la posibilidad de una evolución progresiva en esta materia.

VI. EL CONTINENTE AFRICANO

El continente africano se ha integrado de manera significativa al movimiento internacional hacia la abolición de la pena de muerte. Mientras que en 1990 solo Cabo Verde había eliminado esta sanción, actualmente, de los 55 Estados miembros de la Unión Africana, 26 la han abolido en su legislación, 15 mantienen moratorias prolongadas y 15 continúan siendo retencionistas. La tendencia abolicionista se ha intensificado en los últimos años con las aboliciones de Chad (2020), Sierra Leona (2021), República Centroafricana y Zambia (2022). Este proceso se vio reforzado institucionalmente en 2015, cuando la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos impulsó la elaboración de un Protocolo regional para la abolición de la pena de muerte³⁴. Empero, al cierre de este trabajo, la República Democrática del Congo reanudó las ejecuciones tras una moratoria de veintiún años. Actualmente, el país

³² Resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1984, y Directrices de la Unión Europea sobre la Pena de Muerte, disponible en: <https://docs.un.org/es/E/RES/1984/50>.

³³ ZIBA (2010).

³⁴ Véase, <https://achpr.au.int/index.php/en/sessions/56th-ordinary>.

mantiene a más de 800 personas condenadas a muerte, siendo la última ejecución registrada en 2003³⁵.

VII. EL TRABAJO RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional Público ha evolucionado hacia un enfoque centrado en la persona humana, reflejado en nuevos mecanismos de protección.

1. La jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia

El primer litigio sobre pena de muerte ante la Corte Internacional de Justicia se inició en 1998 con el caso *Breard* (Paraguay c. Estados Unidos), seguido por *LaGrand* y *Avena*. En estos asuntos, la Corte rechazó los argumentos estadounidenses y afirmó el carácter jurídicamente vinculante de las medidas provisionales. Para ello, resolvió la controversia interpretativa entre las versiones inglesa y francesa de su Estatuto, optando por la interpretación que mejor atendía a su objeto y fin³⁶.

En el caso *Jadhav*, el Estado demandado alegó excepciones a la aplicabilidad del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, invocando tanto la naturaleza del espionaje como un acuerdo bilateral de 2008 que, a su juicio, permitía restricciones por razones de seguridad. La Corte rechazó esta interpretación, aclarando —a la luz del artículo 73.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— que los acuerdos posteriores no pueden vaciar el objeto y fin del tratado originario. Asimismo, desestimó el intento de condicionar los derechos consulares a obligaciones derivadas de resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad³⁷ y no podría vincular a otros Estados al cumplimiento de otras normas convencionales. El fallo permitió preservar la vida del acusado y consolidó una línea jurisprudencial según la cual la protección de la vida debe prevalecer sobre consideraciones de seguridad nacional.

³⁵ Según autoridades gubernamentales, la pena se justificaría como respuesta a la escalada de violencia, la actividad de pandillas y la colaboración local con insurgentes criminales, especialmente en la región oriental del país; más información en <https://www.jurist.org/news/2024/03/dr-congo-reinstates-death-penalty-after-21-years-amid-escalating-violence-and-militant-attacks/>.

³⁶ Véase, <https://news.un.org/en/story/2019/07/1042651>. Más, en: Díaz (2020), pp. 1-35. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a16>.

³⁷ Véase, <https://digitallibrary.un.org/record/449020>.

2. La desaparición de la pena de muerte en los tribunales internacionales

Tras las ejecuciones de criminales de guerra al término de la Segunda Guerra Mundial, se abrió un prolongado período de inactividad en la justicia penal internacional, especialmente durante la Guerra Fría. Este estancamiento comenzó a superarse tras la caída del Muro de Berlín, con el resurgimiento de la justicia penal internacional mediante la creación de tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y posteriormente con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998³⁸. Los tribunales nacionales también contribuyeron al proceso de humanización, como evidenciaron los procedimientos de extradición contra el expresidente chileno iniciados en Londres, en los que se excluyó la pena de muerte con independencia de la gravedad de los crímenes. Esta lógica se consolidó en los tribunales internacionales, mixtos e híbridos, donde la pena capital fue definitivamente descartada, al considerarse incompatible con los principios fundamentales del Derecho Internacional, hasta el punto de que su restablecimiento resultaría contrario al *ius cogens* y al Derecho Internacional consuetudinario³⁹.

3. El trabajo del Examen Periódico Universal

El EPU fue creado en 2006 por el recientemente establecido Consejo de Derechos Humanos⁴⁰. Desde sus inicios, fue concebido como una herramienta destinada a facilitar la mejora de la situación de los derechos humanos sobre el terreno⁴¹. En el marco del EPU, cuestiones tradicionalmente asociadas a la soberanía estatal, como las sanciones penales, son objeto de debate por su vinculación con los derechos humanos, obligando a los Estados a expresar sus posiciones en un plano diplomático. No obstante, la persistencia de divergen-

³⁸ Véase, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Su artículo 77 no incluye la pena de muerte entre las sanciones posibles.

³⁹ Sobre este asunto véase, <https://www.academicsforabolition.net/wp-content/uploads/2022/12/MANIFIESTO-FRANCES-todas-firmas.pdf>.

⁴⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006, disponible en: <https://docs.un.org/en/a/res/60/251>.

⁴¹ Véase, Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/Res/5/1, «Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», de 18 de junio de 2007, arts. 4.a y 4.d, disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=a/hrc/res/5/1.

cias convierte con frecuencia el proceso en un ejercicio de «acuerdo en el desacuerdo»⁴².

El resultado del examen se materializa en recomendaciones que, conforme a la taxonomía propuesta por Edward McMahon, se clasifican en una escala de uno a cinco según el verbo utilizado en cada una de ellas⁴³. La cuestión de la pena de muerte se encuadra principalmente en la categoría 5, que exige acciones específicas y «demanda resultados tangibles o medibles», los cuales pueden articularse en torno al acrónimo S.M.A.R.T.⁴⁴. El Fondo Voluntario del Examen Periódico Universal constituye una herramienta clave para apoyar la implementación de las recomendaciones estatales, incluida la financiación de estudios sobre las vulneraciones de derechos humanos vinculadas a la pena de muerte⁴⁵. En síntesis, el trabajo del EPU genera un efecto mariposa beneficioso que contribuye, más allá de la cuestión de la pena capital, a la mejora de los derechos humanos a escala global.

4. El uso de instrumentos comerciales para limitar a los potenciales usuarios

Aunque el Derecho Internacional prohíbe la tortura en toda circunstancia, persiste el comercio global de instrumentos destinados a causar muerte o sufrimiento. Frente a ello, la UE ha establecido prohibiciones comerciales que reflejan su compromiso⁴⁶ y en 2006, adoptó el primer instrumento multilateral a nivel mundial destinado a prohibir el comercio internacional de este tipo de equipos: el Reglamento n.º 1236/2005⁴⁷. Fue el primer régimen regional vinculante de control del comercio de bienes vinculados a la pena de muerte y la tortura que permitió además subsanar vacíos existentes en la regulación europea sobre productos de doble uso y en el marco internacional del Acuerdo de Wassenaar⁴⁸.

En la actualidad, los controles y prohibiciones relativos a bienes vinculados a la pena de muerte (incluidos los productos farmacéuticos de doble uso)

⁴² El Estado examinado debe adoptar medidas progresivas, siendo los ciclos posteriores de evaluación los encargados de verificar la implementación de las recomendaciones previas. Véase, KALIN (2014), pp. 37-38.

⁴³ MCMAHON (2012), pp. 14-15.

⁴⁴ La aplicación de criterios S.M.A.R.T. (específicos, medibles, alcanzables, relevantes y temporales) permite formular recomendaciones operativas y evaluables, a diferencia de enunciados genéricos como «considerar la restricción de la pena de muerte», que carecen de eficacia normativa.

⁴⁵ Véase en detalle, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/trust-fund-implementation>.

⁴⁶ Informe anual. Derechos fundamentales: desafíos y logros en 2010, 2011, p. 165. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1633-annual-report-2011_EN.pdf.

⁴⁷ Véase, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005R1236>.

⁴⁸ Mas detalles, <https://www.wassenaar.org/>. Véase, MUÑOZ (2014), pp. 316-327.

se encuentran establecidos en la UE en el Reglamento (refundido) 2019/125⁴⁹. Junto a ello, desde 2017, un nuevo organismo internacional denominado *Global Alliance for Torture-Free Trade*⁵⁰ complementa la legislación regional existente.

VIII. CONCLUSIONES

La humanidad se encuentra hoy más cerca que nunca de la abolición de la pena de muerte, impulsada por la convergencia de múltiples actores en un marco democrático y principista, que expresa una aspiración a una ciudadanía cosmopolita y humanitaria fundada en la primacía de la razón sobre la emoción⁵¹. En este sentido, puede apreciarse una rápida sinergia abolicionista en la Observación General n.º 36 sobre el derecho a la vida⁵² así como en la elaboración y suscripción, por una miríada de juristas y asociaciones, del Manifiesto por la abolición global de la pena de muerte⁵³. Pese a la persistencia de conflictos armados, se afianza entre los Estados la convicción de que la pena de muerte resulta incompatible con el debido proceso y la rendición de cuentas. Cabe aquí una advertencia relevante: las tendencias abolicionistas en el ámbito interno, en lo que respecta a la pena de muerte en escenarios de guerra, deben ir de la mano de posiciones pacifistas, a fin de erradicar definitivamente esta sanción.

Los esfuerzos internacionales para restringir la pena de muerte no deben debilitarse, ya que los Estados retencionistas continúan recurriendo a circuitos clandestinos para obtener insumos destinados a ejecuciones, ante la escasez generada por los bloqueos comerciales⁵⁴. Corresponde a las autoridades adua-

⁴⁹ Véase, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R0125>.

⁵⁰ Véase, <https://torturefreetrade.org/>.

⁵¹ Se sostiene que la muerte no constituye un verdadero castigo, pues el delincuente teme menos a ella que a una privación prolongada de libertad, y carece además de efecto disuasorio.

⁵² Observación General n.º 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 30 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CCPR/CCPR_C_GC_36.pdf.

⁵³ Véase, <https://www.academicsforabolition.net/blog/abolition-of-the-death-penalty>. Adoptado en Berlín con ocasión del 8.º Congreso Mundial contra la Pena de Muerte.

⁵⁴ Resulta encomiable la labor de investigación de la ONG Reprieve, que logró revelar qué laboratorio fabricó y vendió tiopental sódico en el Reino Unido y lo exportó a los departamentos de correcciones de numerosos estados de los Estados Unidos; sin embargo, esta vía no siempre resulta eficaz ni posible, y requiere que la Unión Europea promueva en el seno de las Naciones Unidas un marco jurídico adecuado de Derecho Internacional que vincule las obligaciones de las empresas multinacionales con el Derecho Internacional de los derechos humanos, al tiempo que impulse la evolución de este último en esa dirección. Véase, GATTO, A.: *Multinational Enterprises and Human Rights Obligations under EU Law and International Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2011.

neras, policiales y judiciales, con apoyo de la cooperación internacional y de la labor investigativa de los medios, perseguir penalmente estas prácticas.

Este trabajo concluye destacando la trayectoria académica y el compromiso abolicionista del Profesor José Luis De la Cuesta Arzamendi, reflejado tanto en su labor docente e investigadora como en la fundación de la Red Académica Internacional contra la Pena de Muerte (REPECAP) *Academicsforabolition* en un lejano invierno de la década pasada.

41. LA RESPONSABILIDAD DE QUIENES FUERON «NIÑOS SOLDADOS». UN ENFOQUE DESDE LA TEORÍA DE LA INEXIGIBILIDAD PENAL

MARIO M. PEREIRA GARMENDIA
Universidad de Navarra

I

El reclutamiento o alistamiento de menores de edad está prohibido, independientemente de si el niño está destinado a participar activamente en hostilidades o si, de hecho, posteriormente se le utiliza para ello. Así, por ejemplo, se cumplen los elementos del delito si se recluta a un niño únicamente con el fin de explotarle sexualmente (algo, lamentablemente, no muy inusual entre los grupos armados africanos)¹. Del mismo modo, está prohibido utilizar a un niño para participar activamente en hostilidades, independientemente de que haya sido reclutado o alistado². Asimismo, para su enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional (CPI), también deben cumplirse los elementos contextuales de los «Elementos de los delitos», es decir, que el autor supiera o debiera saber que la persona era menor de 15 años; que la conducta tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado y estaba relacionada con él; y que el autor era

¹ REYNOLDS, A. *Child Soldiers: Victims and Aggressors. A Problematic for Public Safety in Haiti*, Washington D.C.: Trafford Pub., 2022. NORTJE, W./QUÉNIVET, N. *Child Soldiers and the Defence of Duress under International Criminal Law*, Londres: Palgrave, 2020.

² CASSESE, A. et AL. *International Criminal Law 3rd. ed.*, Londres: Oxford University Press, 2013, p. 307.

consciente de las circunstancias fácticas que establecían la existencia del conflicto armado –artículos 8(2)(b)(xvi) y 8(2)(e)(vii) de los «Elementos»–³.

También conforme al Derecho internacional consuetudinario, resulta irrelevante si el reclutamiento, el alistamiento o la utilización ha sido forzoso o voluntario. Independientemente de que un niño se ofrezca voluntariamente o no, y de que esté dispuesto a participar o no, este delito prohíbe el reclutamiento, el alistamiento o la utilización para participar activamente en hostilidades de todos los niños menores de 15 años en cualquier circunstancia⁴. Ahora bien, a pesar de la ilegalidad del reclutamiento de niños, una vez que un niño ha sido reclutado o alistado o está siendo utilizado para participar activamente en hostilidades, tal niño, a su vez, pasa a ser un combatiente a efectos del derecho internacional humanitario. Como tal, el niño soldado queda sujeto a todos los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a los combatientes, incluidas las protecciones para los prisioneros de guerra, así como las protecciones especiales a las que tienen derecho todos los niños por el hecho de ser niños (art. 77.3 Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra y art. 4(3) Protocolo Adicional II de la Convención de Ginebra). Tal como les son aplicables todas las normas que le protegen como combatiente a efectos de la Convención de Ginebra, también le resultan aplicables todas las normas penales nacionales e internacionales en caso de incurrir en crímenes de guerra, o en delitos de lesa humanidad o genocidio –todo ello, sin perjuicio de su condición de inimputable penal, que le haría adjudicatario de medidas de seguridad eliminativas o un régimen penológico diverso, según el ordenamiento jurídico aplicable–⁵.

Sin embargo, no es el caso de un menor de edad el que nos interesa analizar aquí, sino el de aquel individuo que, siendo reclutado o alistado cuando era menor, sigue vinculado al ejército o a un grupo armado tras alcanzar la mayoría de edad y participa en la perpetración de delitos atroces. Es decir, que, habiendo sido sometido a una organización inicua, propia de una estructura de

³ Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma de 1998): Art. 8.2.b.xvi. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años, en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; Art. 8.2.e.vii. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años, en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

⁴ Así, vide: No Peace Without Justice /UNICEF Innocenti Research Centre, *International Criminal Justice and Children*, X Press, 2003, pp. 73-74. SMITH, A. «Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone», en: *Journal of International Criminal Justice* vol. 2, Nueva York: OUP, 2004, pp. 1141 y ss.

⁵ Al respecto, cabe recordar que el Estatuto de la CPI declina asumir cualquier competencia para resolver sobre la responsabilidad de un menor de 18 años, por lo que forzosamente deberá asumir competencia los tribunales del estado o estados involucrados, o la de aquel que ejerza una jurisdicción universal –subsidiariamente– a su respecto.

pecado⁶, adopta desde su más tierna infancia los contravalores propios de dicha (contra)institución –necesarios para el correcto desempeño de su rol asignado dentro del campo estructurado de la interacción⁷– y sigue rigiéndose por ellos al continuar interviniendo en delitos atroces al alcanzar la mayoría de edad. Una persona sometida desde la infancia a dicho marco criminógeno (ya sea ejército insurgente, guerrilla, grupos terroristas, etc.), ¿es capaz de comprender el alcance de las normas penales primarias? ¿Es capaz de regirse o de motivarse conforme a ellas? O, bien por el contrario, estamos ante personas que presentan una dificultad especial para interiorizar dichas normas de conducta, lo que supone, en su caso, un esfuerzo que excedería al de la persona media, y, de allí, un comportamiento supererogatorio⁸ que haría aplicable una eximente completa o, al menos, una atenuación, dependiendo de las posibilidades que permitan, sea el ordenamiento jurídico nacional, o sea el estatuto de tribunal internacional competente.

II

La responsabilidad de los sujetos que actúan bajo un marco institucional estructurado (con estatus y roles asignados por quienes crean la institución inicua –a los que llamaremos estamento supraestatutario, por contraposición a los primeros– a los que hemos designado: estamento infrastatutario –) se atribuye y, concomitantemente, se restringe al estatuto correspondiente a cada uno de ellos. Habrá que atender a la iniciativa que dicho estatuto otorga y reconoce al sujeto, puesto que las acciones puestas o consideradas por el actor individual en el marco de dicho estatuto son suyas y le pertenecen. De ahí el porqué de que ha de responder por ellas. Pero eso es así fundamentalmente porque la

⁶ Sobre el alcance de la teoría de las llamadas «estructuras de pecado», vide: Nebel, M. *La categoría moral de pecado estructural. Ensayo de teleología sistemática*, Madrid: Trotta, 2011, pp. 356 y ss. Silva Sánchez, J. M., «Responsabilidad penal y/o responsabilidad estructural», en: *Indret Penal* n.º 3/11, 2011.

⁷ Nota común a toda estructura de pecado es la sustitución de la relación de poder (entendida como aquella cuya función es la organizar y hacer efectiva la voluntad de convivir y de actuar conjuntamente) por una relación de dominio e imposición (el ejercicio de una violencia que impone o mantiene la institucionalización inicua de la convivencia). En tal marco institucional, sólo algunos se hacen de los beneficios de la interacción (de todos), despojando a otros tantos de sus derechos fundamentales (en particular: de sus propiedades, libertades y de sus vidas): «se puede ver cómo una persona o un grupo de personas se aseguran, por medio de su estatuto, un control sobre el campo estructurado de la acción y cómo imponen, gracias a éste, finalidades contrarias al pleno desarrollo de la dignidad humana». NEBEL, M. *La categoría moral de pecado estructural...*, cit., p. 354.

⁸ Al respecto: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Madrid: Reus, 2018, *passim*.

realización del rol requiere (*prima facie*) cierta volición por aquello que se escoge y se hace en el interior de esta esfera de responsabilidad.

La señalada responsabilidad individual de estos ex niños soldados deberá presuponerse de modo general, si bien en el análisis de su imputación personal (voluntariedad como presupuesto de la reprochabilidad por culpabilidad) habrá de ponderarse según las oportunidades reales de accionar que le atribuía el estatuto correspondiente. Ello bien puede determinar (en atención a una casuística concreta) que un estatuto haya limitado a la persona hasta el punto de *que esta no viera oportunidades reales de optar por cómo desempeñar su rol*. Así, la autonomía individual se puede ver tan reducida por un campo estructurado de la interacción, que el sujeto carezca de una esfera de iniciativa relevante alguna, caracterizándose tales situaciones, bien por la compulsión (miedo insuperable, *duress*, estado de necesidad exculpante...), o bien por hallarse el sujeto en sus esferas psicológica y axiológica, fatalmente determinado a la intervención en el delito (inimputabilidad total o parcial por incapacidad general para motivarse conforme a las normas penales). Estos últimos supuestos, que, como veremos, no obedecen a la generalidad de los casos de ex niños soldados, constituyen la base empírica de las situaciones de inexigibilidad⁹. Aquí ya no hablamos (en términos penológicos) de una atenuación, sino de una situación de irresponsabilidad penal por tratarse de situaciones anormales que la persona media tampoco habría podido superar.

A su respecto, se concluye que se trata de una situación de inexigibilidad, conforme al parámetro normativo de no exigirle a nadie lo que la persona media no es capaz de superar o soportar (p. ej., el cumplimiento de la norma no implica comportamientos heroicos). La anormalidad motivacional no procede de una anormalidad endógena (permanente o transitoria), sino de una exógena: proviene de la situación en la que se halla inserta la persona (subsumida en el *estamento infraestatutario* de una estructura de pecado). Si bien, en ciertos casos extremos, puede suponer la inoculación de una escala axiológica inversa a la socialmente aceptada, de unos contravalores que se inculquen tan fuertemente en su joven psiquis que para dicho sujeto resulte extremadamente difícil comprender las razones éticas o morales (siquiera desde un punto de vista meramente utilitarista) que dan sentido a la antijuridicidad material de su proceder. Se trata de casos de alienación del sujeto sometido a una estructura inicua de tal magnitud, que no solo no experimenta ninguna contradicción entre

⁹ REYNOLDS, A. *Child Soldiers: Victims and Aggressors...* cit., p. 87. NORTJE, W./QUÉNIVET, N. *Child Soldiers and the Defence of Duress...* cit. 113 y ss. No Peace Without Justice /UNICEF Innocenti Research Centre, *International Criminal Justice and Children...* cit., pp. 70 y ss.

su rol y aquellos valores fundamentales que le definen como persona humana culturalmente vinculada a la sociedad, sino que pierde toda consciencia de la existencia de semejante contradicción. Como se ha dicho, la alienación más profunda y terrible (aquella denominada «endurecimiento del mal») es la de aquel que ni siquiera sabe que está alienado, o que se complace en la alienación¹⁰. Trasladado ello al ámbito de la teoría del delito, bien se ha sentenciado: «[u]n Derecho Penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la mayoría. Se llega así a la idea básica que suele surgir tras la noción de "no exigibilidad": las conductas heroicas no son exigibles»¹¹.

III

Ante situaciones en las que el campo estructurado de la interacción está tan reglamentado por el estamento supraestatutario (i.e.: aquellos que diseñan la institución, delimitan los diversos estatutos y correspondientes roles, todo ello en aras de la producción de delitos atroces), la propia función mimética¹² por parte del miembro infraestatutario se reduce a su mínima expresión (al menos, lo suficiente como para que sigamos hablando de volición o de una conducta humana sobre la que se configure un injusto merecedor de pena). Tal limitación de la función mimética es producto de los efectos de alienación y de sumisión llevados a su expresión más extrema («endurecimiento del mal»). Hablamos, pues, de un *determinismo* en sentido diferente al que corrientemente se le atribuye por la filosofía jurídica y las ciencias del comportamiento humano. Porque no se trata de analizar si el sujeto, a la hora de realizar su conducta, ostentó libre albedrío o, por el contrario, estuvo fatalmente dominado por factores exógenos que eliminaron su voluntad consciente. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, a la hora de resolver cómo desarrollar su conducta (dentro de un campo estructurado de la interacción), tuvo reales oportunidades de resolver cómo ejecutar en concreto dicho rol, o si, por el contrario, no contó con posibilidades de accionar de modo distinto al que accionó, puesto que solo podía cumplir con su rol de un modo muy concreto y delimitado (y no por él, sino por aquellos que se hallaban jerárquicamente por encima suyo).

¹⁰ BAUMAN, Z. *Modernidad y Holocausto* 9.^a edición, Madrid: Sequitur, 2019, pp. 191 y ss.

¹¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal, parte general* 10.^a ed., Buenos Aires: BdeF, 2011, p. 592.

¹² Es decir, la elección por el sujeto de cuál curso de acción llevará a cabo a efectos de cumplir con su rol.

Todo lo anterior conduce a una insoportable reducción de la motivabilidad respecto de la norma penal, que desemboca (normativamente) en el reconocimiento de una situación de inexigibilidad o de imposibilidad de imputación personal del injusto penal. Siendo la posición mayoritaria –tanto en los fundamentos de los fallos de los tribunales internacionales como en la doctrina sobre derechos humanos– considerar los casos de los ex niños soldados como los más paradigmáticos de alienación y compulsión extrema. Empero, un análisis normativo atemperado por la realidad empírica subyacente arroja necesariamente un resultado distinto. Lo dicho, con independencia de la legislación en materia de inimputabilidad por minoría de edad, respecto de aquellos delitos en los que haya intervenido siendo menor de edad.

IV

La razón que subyace a estos asertos radica en valorar una manifiesta incapacidad de los menores para oponerse al cumplimiento de las órdenes, así como en una insoportable compulsión provocada por los adultos integrantes de dichas milicias, a la hora de «reclutar» niños para sus filas en las distintas aldeas. Según las estadísticas oficiales¹³, al menos medio millón de niños actúan como combatientes en conflictos armados. Especialmente en el continente africano, donde bien podría superar –holgadamente– dicha cifra¹⁴.

Dentro de este marco, se ha argumentado: «Los autores sobre derechos humanos tradicionalmente no han percibido la necesidad de teorizar sobre la violencia de los niños y de los adolescentes, puesto que las acciones de estos jóvenes durante un conflicto armado han sido vistas o entendidas como el resultado de actos de comisión u omisión perpetrados por adultos (...). Los niños soldados son desnudados de todas sus facultades de libre albedrío, sobre la base de que sus decisiones de alistarse no se consideran ejercicios de libre y racional decisión. De allí que sus participaciones en los conflictos violentos sean vistas como consecuencia de la intercesión de conductas de adultos, cuyo propósito es –justamente– coaccionar, engañar, explotar o tomar cualquier

¹³ Informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) de 2002, citado por DRUMBL, M. «Child Soldiers: agency, enlistment, and the Collectivization of Innocence» en: Allette Smeulers, ed., *Collective Violence and International Criminal Justice. An Interdisciplinary Approach*, Amberes: Intersentia, 2010, p. 207.

¹⁴ SMEULERS, A./HAVEMAN, R. «International Crimes and Criminology: An Agenda for Future Research» en: *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Amberes: Intersentia, 2008, p. 495.

otro tipo de ventaja sobre estos jóvenes»¹⁵. Conforme a tales aseveraciones, se facilita la fundamentación de la responsabilidad de determinados líderes políticos o militares por el delito de alistamiento o de utilización de niños en hostilidades bélicas¹⁶. Mediante la consideración de los niños soldados como completamente inocentes, o autómatas o entidades carentes de todo libre albedrío y voluntad propia, se evita recurrir a construcciones dogmáticas de imputación basadas en la responsabilidad del superior, o en la figura del autor detrás del autor, lo que requeriría la prueba específica de lo que cada niño hizo y de qué modo lo hizo¹⁷.

Sin embargo, lo que aquí interesa valorar es hasta qué punto dichos extremos pueden marcar la psiquis y la voluntad de la persona, de modo que sigan influyendo en ellas una vez que alcanza la mayoría de edad. Más aún, ello se desprende de la propia fundamentación del primer fiscal general de la CPI. Así, Moreno Ocampo, durante el juicio a Lubanga, presentó a ex niños soldados –a los que hizo comparecer como testigos– como víctimas aterrorizadas, abducidas, dirigidas y forzadas a seguir órdenes; instruidas para matar y violar; en definitiva, personas «cuya niñez fue robada al forzarlos a matar y a violar... victimizándolos antes de que tuvieran la oportunidad de convertirse en adultos responsables capaces de tomar sus propias decisiones»¹⁸. Como emerge de tales aseveraciones, esos individuos pertenecientes al llamado estamento infraestatutario (como Lubanga *et al.*), mediante la estructura institucional que crean y el campo estructurado de la interacción en el que hacen operar a los sujetos a ellos sometidos, se *roban* la inocencia y una sana socialización conforme a valores, victimizándolos de por vida. Mas ello de un modo mucho más perverso, profundo y prolongado que lo que una mera compulsión pudiese generar (como en los casos del miedo insuperable). Me refiero, claro está, a la utilización de la propia dinámica de las estructuras de pecado, en las que el sujeto en ella inmerso paulatinamente comienza a experimentar una suerte de ceguera respecto de los valores sociales y principios éticos que caracterizan a su comunidad, y pasa a desempeñar su respectivo rol en aras de la

¹⁵ BOYDEN, J. «Contribution n.º 138», en: *Children, War and World Disorder in the XXIst. Century: a Review of the Theories and Literature on Children's Contribution to Armed Violence*, Londres: OUP, 2006, pp. 8 y ss.

¹⁶ TESL, caso Norman, Decisión Preliminar sobre la moción fundada en la falta de jurisdicción, SCSL-2004-14-AR 72 (e), AC, 31 de mayo de 2004. De igual modo: TESL, caso Fofana & Kondewa, SCSL-2004-14-T, TC, 2 de agosto de 2007.

¹⁷ Cfr. DRUMBL, M. «Child Soldiers...» cit., p. 216.

¹⁸ *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Confirmation of Charges Decision, ICC-01/04-ª-01/06, de 29 de enero de 2007, Moreno Ocampo Opening Statement, par. 30.

consecución de un delito atroz del que no se sentirá responsable, ni tan siquiera relacionado.

Claro que en la generalidad de los casos relativos a individuos pertenecientes al estamento infraestatutario de una estructura de pecado, tal ceguera o dificultad para apreciar el verdadero alcance de su conducta (su intervención en un delito atroz) puede superarse con cierto esfuerzo, puesto que el sujeto (en el común de los casos) no queda enteramente desconectado de los valores morales y éticos fundantes de la sociedad. Después de todo, la interacción social es previa al dominio ejercido por la estructura, la libertad resulta siempre anterior a cualquier relación de obediencia¹⁹. Pero en la casuística aquí analizada, de los ex niños soldados, dicha superación no siempre resulta tan sencilla: hablamos de personas que casi no han tenido contacto alguno con dichos valores sociales. Personas que, como hemos señalado, sólo han conocido una torcida realidad construida sobre contravalores que dan –siempre desde su distorsionada escala axiológica– un viso de normalidad y, a veces, hasta de justicia a semejantes comportamientos antijurídicos. Casos en los que una valoración fundada en la fórmula mixta que atiende a razones preventivas y al grado de libertad que ostentó el sujeto al intervenir en el delito, puede arrojar como resultado una exculpación por miedo insuperable o por *duress* (sin perjuicio de la cuestionable regulación del estado de necesidad exculpante, conforme al art. 31.1.d del estatuto de la CPI²⁰), o bien a una eximente incompleta, o bien a una atenuación de la pena²¹.

¹⁹ De ahí que la lógica de la imputación conforme a la *membership* (tal como se empleó en la jurisdicción de Núremberg bajo la Ley del Control Aliado n.º 10) guarde una lógica valorativa similar al régimen de la excepción que fundamenta la *actio libera in causa*: si bien el sujeto puede observar sesgos o limitaciones en su voluntariedad a la hora de intervenir en el delito –por efecto del campo estructurado de la interacción en el que se ve inmerso–, sí que fue plenamente libre al momento de asumir, con conocimiento de ello, un rol dentro de dicha organización o institución inicua.

²⁰ Eximente de muy difícil configuración en atención a los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por tan peculiar fórmula legal: a) actos cometidos para evitar o repeler una amenaza; b) de inminente muerte o c) inminente o ya efectiva lesión física grave, d) y que aquellos actos se valoren necesarios y razonables, e) para evitar o repeler tal amenaza. Como se aprecia, los elementos objetivos son un *mix* de presupuestos objetivos de legítima defensa (parámetros de necesidad en abstracto y en concreto derivados de la racionalidad), y de estado de necesidad justificante (parámetro de la necesidad). A lo que se suma un requisito de orden (solamente) subjetivo: que el sujeto que actúa bajo *duress* no tenga la intención de causar un daño mayor que el que busca evitar. Así, el presupuesto objetivo paradigmático del estado de necesidad, la proporcionalidad de males se convierte en una cuestión subjetiva, en una tendencia que deberá inferirse de su comportamiento pero que no deberá apreciarse objetivamente en ella.

²¹ Respecto a la posibilidad de verificar como circunstancia atenuante a una situación próxima a una situación de inexigibilidad (plena), en el ordenamiento jurídico español debemos remitirnos a la disposición del art. 21.6, que establece: «Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». Se trata de las llamadas atenuantes analógicas (esto es: circunstancias que son análogas a las expresamente reguladas por la ley). En las que, por «análoga significación», ha de entenderse una equivalencia en su significado, sin requerirse (a tales efectos) que exista un parecido externo respecto de alguna de las

V

La milicia de Joséph Kony –la «Armada de Resistencia del Señor» (LRA)– en Uganda del Norte, se caracterizaba por secuestrar niños en las distintas aldeas de la etnia Acholi, a los que, en algunos casos, han sometido a programas de control mental, que incluyen pasar períodos de hambruna e incomunicación, así como «pruebas de lealtad»: herir o matar a otras personas, generalmente hermanos o compañeros de juego de sus aldeas²². La vasta mayoría de niños reclutados en tales ejércitos o milicias no son objeto de técnicas compulsivas y agresivas, como las que caracterizan el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable, sino de un sutil juego de ingeniería social que busca destruirles todo nexo con las instituciones sociales profundas (que apenas estaban empezando a adquirir). En su lugar, se construye una *Weltanschauung* particular que obedece a instituciones societales que constituyen verdaderos antivalores respecto de las mentadas relaciones sociales naturales²³.

Así, tomando en consideración los datos emergentes de la Investigación sobre la juventud afectada por la guerra llevada a cabo en 2006 por UNICEF-Uganda respecto de la milicia de Joséph Kony (LRA) y sus prácticas de abducción de niños en las villas y aldeas del norte de Uganda –pertenecientes al grupo étnico Acholi–, podemos extraer los siguientes datos fácticos²⁴:

(i) más de un tercio de los niños y un sexto de las niñas de Acholiland fueron secuestrados por las fuerzas del LRA desde sus aldeas a sus campamentos. La mayoría de ellos permanecieron por breves períodos y regresaron a sus aldeas en cuestión de días. Sólo el 62% de las niñas y el 40% de los niños permanecieron más de dos meses en los campamentos, y tan sólo el 18,4% de los niños y el 13,9% de las niñas permanecieron por más de un año. Y, de los anteriores, sólo el 20% nunca regresó y se alistó definitivamente en las filas del LRA. La gran mayoría de los que regresaron, por su parte, lo hizo escapando por sus propios medios, al constatar que no estaban siendo vigilados ni sometidos a amenaza alguna.

circunstancias expresamente reguladas en la ley. Para determinar la referida «equivalencia de significado», se ha de atender al significado propio de las atenuantes: «... el disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena.

²² McDONNELL, F./AKALLO, G. *Girl Soldier: a Story of Hope for Northern Uganda's Children*, Chosen Books/Baker Publishing Group, 2007, p. 24.

²³ Respecto de la constatación de que la mayoría de los casos de reclutamiento de niños en las milicias africanas no obedece a situaciones de violencia o compulsión: Rosen, D. *Armies of the Young: Child Soldiers in War and Terrorism*, Nueva York: Rutgers, 2005, pp. 298 y ss.

²⁴ ANNAN, J./BLATTMAN, C./HORTOM, R. *The State of Youth Protection in Northern Uganda: Findings from the Survey for War Affected Youth*, UNICEF-Uganda, pp. 51 y ss.

(ii) Ahora bien, de aquellos menores que permanecieron por cierto tiempo: el 87% fue obligado a realizar tareas de trabajo pesado, como transportar pesadas cargas; el 23% fue obligado a pisotear o vilipendiar de cualquier otro modo los cadáveres de las víctimas; el 13% fue obligado a tomar parte en enfrentamientos armados; el 2% fue obligado a violar mujeres; el 20% fue obligado a lastimar a algún familiar o amigo, y al 8% se le ordenó matar a un familiar o amigo. Cuando el informe dice que se ordenó o se obligó, no hace referencia a qué tipo de circunstancias rodearon dichos actos de ordenar u obligar, a los efectos de determinar su gravedad²⁵. Aunque tales aspectos bien pueden explicarse por lo siguiente:

Del informe surge que, si bien los niños «abducidos» por las fuerzas del LRA fueron testigos de tremendas escenas de violencia, sólo una pequeña parte de ellos fue sometida a actos de violencia extrema u obligada a participar en delitos atroces²⁶. De dicha minoría, tenemos que los actos de violencia fueron exigidos por las milicias cuando el sujeto llevaba ya un tiempo relativamente extenso en sus filas (un año). Durante ese tiempo, las fuerzas del LRA iban generando en el sujeto (niños de entre ocho y quince años) los efectos de alienación y sometimiento propios de quien se halla sometido a una estructura de pecado (y señalados *supra*). Lo que en gran medida explicaría por qué recién cuando pasaba tal cantidad de tiempo se les exponía a esas «pruebas», así como el porqué de la elevada predisposición de los niños a cumplirlas. No sería tan relevante el modo en que se exteriorizaron las órdenes genocidas, puesto que las conductas de los menores no se explican como una reacción ante aquellas, sino por todo el proceso corruptor desplegado por la estructura del pecado.

Otro factor influyente en la idiosincrasia de cada individuo y que facilita la interiorización de las políticas de ingeniería social orientadas a la facilitación de delitos atroces (lo consustancial a estas estructuras de pecado) es lo que LÉVI-STRAUSS denomina el fenómeno del «bricolaje sociológico». Este fenómeno explica cómo dichas (contra)instituciones sociales se valen de un montón de «materiales» ontológicos, deontológicos, sociales, históricos, literarios, míticos, etc., que facilitan la comprensión e interiorización por parte de

²⁵ DRUMBL, M. «Child Soldiers...» cit., p. 222.

²⁶ Así se ha señalado: «Although any instance of this violence is tragic, the fact remains that only a small subset of all abductees were forced to commit violations of International Law», DRUMBL, M. «Child Soldiers...» cit., p. 224.

los receptores²⁷. Lo anterior se aprecia en tres instituciones (deformadas por la milicia de Kony): la *adopción o tutela* de los niños (*child fostering*); la institución del *pupilage* (*apprenticeship*), y los ritos de iniciación propios de sociedades secretas²⁸. Así, la adopción o tutela es una institución social muy extendida, especialmente en zonas de África occidental, dentro de una sociedad en la que los niños suelen hallarse huérfanos o abandonados por sus familias biológicas, o bien entregados a otras familias u organizaciones para que aporten sus fuerzas laborales a cambio de su subsistencia y cuidados. No es raro, pues, que las milicias acostumbren a emplear el lenguaje y las maneras propios de esta institución, más aún con la finalidad (efectiva) de reclutar soldados o mano de obra esclava. Procede así una política de ingeniería social propia del fenómeno del *bricolaje*: tomando una institución preexistente, su discurso y sus finalidades legitimantes, y degenerándola hacia un fin inicuo.

El *pupilage* resulta ser una institución vital en dichas partes del mundo, constituyendo muchas veces la única fuente para aprender un oficio o entrenarse en un arte o disciplina determinado. Dentro de ese marco, también se puede visualizar el proceder de estas milicias (especialmente en Sierra Leona y Liberia), que se constituyen como centros de preparación y entrenamiento, pero no respecto de un determinado oficio o arte, sino de la guerra. Se sustituye, asimismo, la figura del maestro por la del líder militar, observándose, además de lo indicado sobre el fenómeno del *bricolaje*, lo teorizado por MILGRAM acerca del «estado de agencia». Conforme al mismo, toda persona tiende naturalmente a reconocer a una autoridad (legítima a sus ojos), quien ordena la división del trabajo (esencial para la supervivencia humana) y, por ostentar mayor conocimiento, sabe lo que es mejor para el colectivo social. Así, toda orden emitida por dicha autoridad (tenida como legítima), tiende a ser acatada por el destinatario, ya que desobedecer supondrá un fuerte desgaste emocional y psicológico que no toda persona está dispuesta a asumir²⁹.

²⁷ LEVI-STRAUSS, C. *El pensamiento salvaje*, México D.F.: FCE, 2012. CIOMPI, L./ENDERT, E. *Gefühle machen Geschichte. Die Wirkung kollektiver Emotionen – von Hitler bis Obama–*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, pp. 62-66. LABAN-HINTON, A. *Why did they kill? Cambodia in the Shadow of Genocide*, Los Ángeles: University of California Press, 2005, p. 246.

²⁸ SHEPLER, S. «The Rites of the Child: Global Discourses of Youth and Reintegrating Child Soldiers in Sierra Leone», en: *Journal of Human Rights* N.º 4, 2005, pp. 197-211.

²⁹ No por casualidad, el experimento pergeñado por Milgram consistente en que un sujeto suministre (lo que él cree que son) electrochoques a un tercero, por el solo hecho de ser ordenado por quien asume la posición de un científico desarrollando un experimento para mejorar la memoria, ha venido arrojando en todas partes del mundo, desde la década de los sesenta del siglo pasado, más o menos las mismas cifras: más de un 65% de las personas estuvieron prestas a electrocutar a una persona inocente (con descargas aparentemente mortíferas), sin sentirse responsables por ello, y por el solo hecho de ser ordenado por un sujeto que no conocían de nada, pero que asumía (frente a ellos) la posición de científico o representante

A lo anterior, corresponde agregar los *ritos de iniciación* propios de las sociedades secretas. Así, el ingreso en las milicias suele servirse de estos ritos a los efectos de generar en los niños la idea del pasaje de la niñez a la adultez, pasando a considerarlos ya como parte indivisible del grupo. Así, la pertenencia a este tipo de grupo supone, a su vez, una ruptura con las instituciones sociales profundas. En el caso de los niños, se ve afectada directamente la escala axiológica personal que cada uno de ellos iba construyendo sobre las bases del «querer vivir todos juntos»³⁰ de las relaciones sociales naturales. De tal modo, el tipo de relaciones sociales se sustituye por relaciones de dominio, propias de las estructuras de pecado. Las relaciones sociales se conforman sobre la base de antivalores que –a su vez– opacan y dificultan, llegando incluso a anular el acceso a los valores correspondientes a la norma penal y su correlativa motivabilidad.

VI

Aquí, estas relaciones de dominio pasan a convertirse en los valores que interioriza el individuo (menor de edad), resultándole, por ello, extremadamente difícil la recepción de la norma penal y afectándose gravemente su capacidad (incluso cuando alcance la mayoría de edad) para motivarse conforme a ella. Por lo resultaría extremadamente injusto –y constituiría una violación flagrante al principio de culpabilidad en atención al de humanidad– reprochar a un ex niño soldado su acción injusta por no haberse motivado conforme a la norma (es decir: por no haber reconocido la escala axiológica subyacente a la norma penal primaria que, si bien se corresponde a la concepción social, para nada puede ser concebida del mismo modo por el sujeto y sus circunstancias de vida desde su infancia). HAAS explica que en el estado de necesidad existencial (exculpante), por efecto de la coacción de las circunstancias que rodea-

del saber científico. Al respecto, *vide*: MILGRAM, S. *Obedience to Authority. An Experimental View*, Chicago: Pinter & Martin, 1996, *passim*.

³⁰ Definición de la acción del individuo al formar parte de la sociedad, conforme ARENDT, H. *La condición humana*, Barcelona: Austral., 2020, pp. 338. Dado que la pluralidad (condición humana por la que todos somos lo mismo: humanos, y a la vez nadie es igual a ningún otro humano que haya existido, exista o existirá) es condición de la acción, ésta a su vez condiciona la conformación de la comunidad política. La acción no se limita a una (mera) condición de la pluralidad de seres humanos actuantes, sino que permite la creación de un espacio común, al descubrir la singularidad de los agentes e instituir un espacio de visibilidad para actuar y deliberar. Desde esta perspectiva, la acción observa tres dimensiones: revela la singularidad de los agentes; instituye el espacio público de visibilidad para que se exprese la vida política; y crea un entramado de relaciones humanas a pesar de los conflictos que existan entre los actores. Al respecto: BOTERO MARINO, J./LEAL GRANOBLES, Y. «Sujeto y acción en el pensamiento político de Hannah Arendt» en: *Signos filosóficos*, vol. 17 no.33, México D.F.: UAM, 2015.

ron la acción del individuo, se anula la norma de conducta jurídico-pública –aquella que obedece a la relación jurídica entre Estado y ciudadano, y que, a su vez, tiene por fin la tutela de una relación jurídico-privada (de los ciudadanos entre sí) cuyo principio rector es un derecho subjetivo³¹. De allí que, ante una situación de inexigibilidad del comportamiento conforme a la norma, sostiene Renzikowski, si bien se anula la norma de conducta jurídico-pública, «en cambio no se anula la relación jurídico-privada entre los ciudadanos»³².

En lo personal, entiendo que la norma penal primaria, efectivamente, rige entre-ciudadanos, y se funda no solo en derechos subjetivos, sino también en aquella situación jurídica subjetiva que da sustento al bien jurídico penalmente tutelado. Es ella quien determina la expectativa legítima que la víctima verá frustrada por el accionar del autor. Sin perjuicio de que, como toda norma legalmente establecida (tipo penal), observe una naturaleza jurídico-pública. La norma penal secundaria, por su parte, rige siempre verticalmente: el juez, destinatario de ella, representa al Estado e impone la pena al ciudadano infractor. Es esta la relación que no procede imputar en situaciones de verdadera inexigibilidad. Puesto que, en la medida en que el Estado ha sido omiso o estado ausente para evitar la caída del sujeto (en este caso) desde su niñez en manos de una organización de naturaleza tan inicua (incumbiéndole evitarlo en atención, entre otro, del principio de la Responsabilidad para proteger de las Naciones Unidas³³), no ostenta legitimidad para reprocharle (al menos *íntegramente* el disvalor de su conducta) a tal sujeto la defraudación de expectativas causada a otro u otros conciudadanos. Más aún, hay que recordar que las normas de conducta, aunque fundadas en la moral, no son imperativos categóricos kantianos –que ostentan un valor *per se stante*–, sino la imposición de deberes positivos y/o negativos, orientados a la tutela de las relaciones subjetivas subyacentes al tipo penal, y cuyo destinatario es la persona de carne y hueso (juicio singular y concreto).

De manera contundente, y en atención al principio de humanidad, ha sostenido nuestro Homenajeado: «[M]ás coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad. Este entendimiento «mixto empírico-normativo» de la culpabilidad –que no obliga a verificar positivamente en cada caso

³¹ HASS, V. *Kausalität und Rechtsverletzung, Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, pp. 76 y ss.

³² RENZIKOWSKI, J. *Norma e imputación*, Barcelona: Atelier, 2024, p. 286.

³³ BELLAMY, A./DUNNE, T. «R2P in Theory and Practice», en: Bellamy/Dunne, dir., *The Oxford Handbook of The Responsibility to Protect* Oxford University Press, 2016, pp. 25 y ss.

si se pudo actuar o no de otra manera (basta con «comprobar si no concurrían causas que le privaran de su libertad»)- se alinea plenamente con la lógica jurídica, apoyada (como la propia vida social) en la «recíproca atribución de libertad», y que asume como valor aceptado la libertad de elección del ser humano normal entre diversas opciones ante una situación dada. Además, en modo alguno impide, sino todo lo contrario, la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable «tratar igualitariamente lo que es desigual»³⁴. En igual sentido, sostiene Silva-Sánchez, la culpabilidad, como categoría sistemática, presenta una configuración mixta. Siendo la síntesis de consideraciones preventivistas y garantistas (igualdad, humanidad, condescendencia ante las debilidades humanas). «Por lo que no se trata de exigir de los ciudadanos demasiado, de no pretender hacer de ellos héroes ni santos, de atender a la desigualdad de sus situaciones individuales; pero, junto a todo eso, de tener presentes en todo caso las exigencias preventivas. De la permanente colisión y síntesis de uno y otro aspecto, resulta la concreta formulación, la configuración de los requisitos que condicionan la aplicación de las diferentes causas de exclusión de la culpabilidad³⁵».

VII

Será, justamente, en atención a dicha doble fundamentación (razón preventiva y razón garantista), y a la valoración social preponderante en el concreto momento de enjuiciar tales conductas, que terminarán dictaminando si se le exime (total o parcialmente) de responsabilidad a un ex niño soldado por (posteriores) intervenciones en delitos atroces, o si, por el contrario, se procede a reprochársele plenamente. Teniendo en cuenta siempre (desde el punto de vista valorativo fundado en la realidad empírica subyacente) que los efectos que un campo estructurado de la interacción provoca en el sujeto, no son los propios de una emoción (i.e.: un quiebre específico y reactivo en el fluir de su vida ordinaria), sino de una predisposición para la acción, que condiciona la manera en que el sujeto es capaz de delinear sus acciones futuras (i.e.: la función mimética). Configurando, así, un verdadero estado de resignación activo, en atención al cual el sujeto pretenderá dar una significación moral y ética a su

³⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «El principio de humanidad en Derecho Penal», en: Eguzkilore - Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología n.º 23, diciembre 2009, p. 211.

³⁵ SILVA-SÁNCHEZ, J. M. *Normas y acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, 2003, pp. 63 y ss.

actuación (acoplándose al discurso legitimante –y mendaz– de la institución inicua). Estado de resignación que podrá valorarse como una pérdida de claridad o nitidez en lo relativo al conocimiento de la norma penal y a la motivabilidad del sujeto respecto de lo prohibido o mandado por ella, dando lugar a una atenuación, o, por el contrario, podrá valorarse como una anulación o restricción severa de tal capacidad de conocer la norma penal concreta o bien de motivarse conforme a ella.

42. ¿CABE CONDENAR A UNA PERSONA JURÍDICA SIN INFRACCIÓN DE DEBERES DE VIGILANCIA CUANDO DELINQUE SU ADMINISTRADOR ÚNICO? COMENTARIO A LA STS 372/2025

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra¹

Uno de los numerosos temas por los que *José Luis de la Cuesta* se ha interesado a lo largo de su fructífera carrera académica ha sido la responsabilidad penal de las personas jurídicas². Con este breve trabajo, que se ocupa de un concreto problema relacionado con esta materia, me gustaría rendirle un afectuoso homenaje por su brillante trayectoria y, en particular, por sus valiosas contribuciones al debate sobre este tema y sobre tantas otras cuestiones.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está prevista en el Código Penal español desde hace más de quince años, aún son numerosos los jueces, abogados y fiscales que no están familiarizados con

¹ La publicación de este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto «El derecho penal de los grupos de sociedades» (Referencia: PID2023-147308NB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Las citas bibliográficas no son exhaustivas debido a las limitaciones de espacio.

² En particular, la obra DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.)/DE LA MATA BARRANCO (coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

su regulación. Ello seguramente se explica porque los casos que se plantean en la práctica no son todavía muy numerosos: baste en tal sentido con echar un vistazo al número de resoluciones dictadas anualmente por el Tribunal Supremo. Aún son muchos los temas relacionados con la responsabilidad penal corporativa que la Sala Segunda no ha tenido ocasión de abordar, en particular los relacionados con el contenido de los modelos de prevención de delitos.

El deficiente conocimiento de esta forma de responsabilidad penal explica la comisión no infrecuente de un error: *tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas de modo idéntico a la responsabilidad civil subsidiaria* del art. 120.4 CP, es decir, considerar que el vínculo objetivo de agencia entre persona física y jurídica es suficiente para castigar a la segunda³. A resultas de esta confusión, tanto en sus escritos de conclusiones provisionales como en sus conclusiones definitivas, las acusaciones a menudo se limitan a señalar que el acusado que cometió un delito dirigía, representaba o trabajaba para una persona jurídica, también acusada, pero sin especificar qué concreta medida de vigilancia se habría incumplido gravemente respecto de la presunta conducta delictiva. Por su parte, no es tampoco infrecuente que las defensas guarden silencio sobre este particular, no se sabe si por su desconocimiento de la materia o como una calculada estrategia cuando la persona jurídica acusada no contaba con ninguna medida de prevención de la que pudiera beneficiarse. Y, finalmente, a menudo este silencio se traslada a la sentencia, que condena a la persona jurídica por su vínculo con el acusado, pero sin dedicar una sola línea a justificar qué deficiencia se observa en el modelo de prevención.

¿Es aceptable una condena en tales circunstancias? La cuestión ha sido recientemente abordada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 372/2025, de 11 de abril (ponente Marchena Gómez)⁴, que se ocupa de un problema que se ha reiterado en otras resoluciones posteriores, a saber, la duda de si es aceptable una condena a una persona jurídica por delitos de su representante legal sin dedicar una sola línea a fundamentar la infracción de deberes de vigilancia.

³ Ello es así en el sistema federal de los Estados Unidos desde la famosa sentencia de 1909 *New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States* (U.S. vol. 212, p. 481 ss). Sin embargo, este modelo está claramente descartado en España, no solo por la literalidad del art. 31 *bis* CP, sino también por la jurisprudencia, inequívoca en este punto desde la STS 154/2016, de 29 de febrero (ponente Maza Martín), ES:TS:2016:613.

⁴ ES:TS:2025:1922.

II. LA STS 372/2025, DE 11 DE ABRIL

La Audiencia Provincial de Lugo, en su resolución de primera instancia ⁵, declaró probado que el acusado Jenaro, con dos condenas previas por estafa, actuando a través de Spyder Rent S.L., de la que era administrador, se presentaba como titular de un negocio de franquicias de alquiler de patinetes eléctricos y *quads*. La pareja denunciante coincidió con Jenaro en una feria y, tras ver los supuestos vehículos, decidieron hacerse con dos franquicias, acordando que para ello adquirirían a Spyder Rent seis *quads* y dos patinetes. A tal efecto los denunciantes suscribieron un contrato de *leasing* con una entidad bancaria por más de 94.000 euros y abonaron dicha cantidad a Jenaro cuando este les presentó las correspondientes facturas proforma. Sin embargo, como era su inicial propósito, el acusado incumplió el contrato y les entregó solo un *quad* y un número indeterminado de patinetes en mal estado, cuyo número de chasis no coincidía con el que figuraba en la citada factura, haciendo caso omiso de las posteriores reclamaciones de los denunciantes.

En virtud de estos hechos, la Audiencia condenó a Jenaro y a Spyder Rent como responsables de un delito de estafa agravada (art. 250.1.5 CP), imponiéndole una pena de prisión de cuatro años más accesorias al primero y una multa de más de 282.000 euros a la persona jurídica. Tal decisión fue recurrida por ambos ante el Tribunal Superior de Justicia ⁶, que confirmó dicha resolución. En ninguna de las dos sentencias se alude a la existencia (o no) de medidas de vigilancia respecto de la comisión de posibles delitos en la citada Spyder Rent: la resolución de la Audiencia se limita a citar, sin razonamiento alguno, los arts. 31, 31 *bis* y 251 *bis* del Código Penal; y, por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior ni siquiera alude a la cuestión, lo que invita a pensar que, muy probablemente, no fue alegada en el recurso de apelación por los recurrentes. Disconforme con tales decisiones, la mercantil recurrió en casación sin alegar la infracción de los citados preceptos, sino solo del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art 24.2 CP).

De los motivos de recurso, en su Sentencia la Sala Segunda solo estimaría el planteado por la persona jurídica, lo que no deja de ser llamativo teniendo en cuenta que no constan en las resoluciones anteriores alegaciones específicas cuestionando la acusación y condena de tal entidad. Ni siquiera está claro que en el recurso de casación la mencionada denuncia de una posible vulnera-

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.ª) 105/2022, de 2 de mayo (ponente Pérez Quintana), ES:APLU:2022:512.

⁶ Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 93/2022, de 4 de octubre (ponente Judel Prieto), ES:TSJGAL:2022:6843.

ción de la presunción de inocencia se basara en las razones de la condena a Spyder Rent. De acuerdo con su propia jurisprudencia, todo apunta a que el Tribunal podría haber obviado tratar semejante materia por falta de alegación en los recursos, pero prefirió abordarla ante el flagrante silencio de las dos resoluciones previas –y de las partes procesales– acerca de las razones fácticas y normativas en las que se había basado la condena a la persona jurídica. Ante los preocupantes déficits de formación en esta materia, la Sala Segunda parece haber asumido una función que podría calificarse de pedagógica y que también se advierte en las posteriores SSTs 768/2025 y 836/2025⁷.

En tal sentido se argumenta literalmente por el Tribunal Supremo que «la condena de esta persona jurídica se aparta de forma llamativa del cuerpo de doctrina jurisprudencial sentado por esta Sala, a la vista del art. 31 bis del CP, introducido con arreglo a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. El hecho probado no dedica una sola línea a definir el injusto en el que habría incurrido la entidad Spyder Rent S.L. Su condena se automatiza a partir de la previa conducta que se imputa a la persona física, a Jenaro en su condición de administrador de esa entidad. Tampoco se detiene en un análisis crítico de esta omisión el mismo Letrado que asume la defensa de ambos acusados».

Prosigue la Sala: «el régimen de heterorresponsabilidad que parece haber inspirado, en este caso concreto, el pronunciamiento condenatorio de la persona jurídica no se ajusta a la doctrina y jurisprudencia consolidada de esta Sala para afirmar la responsabilidad de los entes colectivos. En nuestro sistema penal nadie –ni siquiera una persona jurídica– puede responder en calidad de imputada por el hecho de otro. La culpabilidad sólo puede ser proclamada por el hecho propio, en el presente caso, por la falta de unos planes de prevención o cumplimiento que eviten el riesgo –como aconteció en el presente caso– de que sus directivos actúen al margen de la ley para obtener un beneficio directo o indirecto a la propia persona jurídica».

Según el Tribunal, la sentencia dictada por la Audiencia y avalada por el Tribunal Superior no se detiene en el análisis individualizado del fundamento jurídico de la responsabilidad de la persona jurídica Spyder Rent S.L. En tal sentido, «no basta fusionar lo que se imputa a Jenaro con lo que se atribuye a la persona jurídica. Los entes colectivos sólo responden por el hecho propio y, precisamente por ello, deben contar con una representación y defensa que haga

⁷ La cuestión se ha planteado en unos términos casi idénticos en la posterior STS 768/2025, de 25 de septiembre (ponente Palomo del Arco), ES:TS:2025:4223, en la que, en palabras de la Sala Segunda, «ningún defecto organizativo, se alega ni se acredita» (*sic*). Y también en la STS 836/2025, de 14 de octubre (ponente Martínez Arrieta), ES:TS:2025:4357, en la que «la persona jurídica es condenada por el mismo delito sin que el relato fáctico refiera su comportamiento».

realidad la vigencia del principio de contradicción. Y que esa defensa no sea asumida por el mismo profesional que se encarga de preservar los intereses de la persona física —en este caso, Jenaro— que con su comportamiento ha precipitado la responsabilidad de la persona jurídica».

Prosigue literalmente la Sentencia: «Son muchos los precedentes de esta Sala en los que hemos reivindicado para la responsabilidad de las personas jurídicas, expuestas a importantes sanciones económicas e incluso a su propia disolución, un adaptado cuadro de garantías que legitima el proceso justo que nuestro sistema constitucional reconoce a las personas físicas. Una abundante jurisprudencia ya consolidada ha proclamado que la fuente de la responsabilidad criminal de los entes colectivos no puede obtenerse a partir de un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial. Antes al contrario, esa responsabilidad ha de construirse a partir de un sistema de autorresponsabilidad basado en la constatación de un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Es la ausencia de planes de prevención la que puede determinar la comisión de un delito corporativo». Tras citar su doctrina, plasmada en otras resoluciones previas, concluye el Tribunal afirmando que, «en definitiva, la absoluta falta de descripción en el hecho probado de una elemental referencia al incumplimiento de los planes de prevención como fundamento de la responsabilidad de Spyder Rent S.L. impone la libre absolución de esta entidad».

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE SOSTENER LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN CASOS DE DELITOS DOLOSOS COMETIDOS POR EL ÚNICO ADMINISTRADOR

A diferencia de lo que afirma el Tribunal Supremo, existen algunos argumentos de peso para sostener que, en casos como el descrito, nada debería impedir sostener la responsabilidad de la persona jurídica. A tal efecto cabe esgrimir al menos dos argumentos, uno de naturaleza sustantiva y otro de carácter probatorio.

1. En casos como el relatado, el sujeto activo es el administrador único de la persona jurídica cuya responsabilidad se discute. En tal sentido, conviene recordar que el art. 31 *bis* CP distingue dos supuestos de responsabilidad de tales entidades: a) La que deriva de los hechos cometidos por sus «representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en

nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»; y b) La que surge de los delitos cometidos por quienes están «sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior». El citado precepto exige solo de modo expreso en el segundo supuesto que las personas físicas infractoras hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente «los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»⁸.

Esta regulación tiene una cierta lógica en el caso de los administradores y, en particular, del administrador único: no tiene mucho sentido negar la concurrencia del incumplimiento de deberes de vigilancia cuando el infractor es, precisamente, quien debe cumplir en primer término la función de vigilar al resto de personas que trabajan en la compañía. El mero hecho de que «el vigilante» haya cometido el delito permite presumir que concurre una infracción del deber de vigilar, entre otras razones porque es difícil de imaginar, en sociedades mercantiles de pequeñas dimensiones y con un único administrador, medidas de control aplicables a posible delitos de estafa cometidos por el propio representante. En tal sentido, conviene precisar que, en cualquier estructura humana, *los deberes de vigilancia no pueden encadenarse de manera infinita*, sino que deben encontrar su inicio y su fin precisamente en aquella persona u órgano que tiene el deber originario de vigilar los riesgos propios de la actividad corporativa. Ciertamente, en aquellos supuestos en los que el órgano de administración es colegiado cabe plantear la cuestión de si existen deberes recíprocos de vigilancia y si, por ejemplo, la compañía debe responder por posibles delitos cometidos por un consejero que, de manera unilateral, ha eludido las medidas de control⁹. Sin embargo, en el caso de entidades con un único representante legal parece fuera de discusión que, si este delinque de manera dolosa, no tiene sentido buscar a otro vigilante por encima para preguntarse por posibles infracciones de un deber de control.

De hecho, como ya manifestó el propio Tribunal Supremo en su Sentencia 583/2017¹⁰, «es patente que en una empresa cuyos únicos administradores

⁸ Afirma en tal sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en De la Mata Barranco *et al.*: *Derecho Penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Dykinson: Madrid, 2024, p. 187, que en esta primera vía de imputación «la infracción del deber de supervisión no figura expresamente como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, ya que en principio el hecho de que el delito lo cometiesen sus máximos órganos en ejercicio de sus funciones y en beneficio de esta ya permite atribuírselo al ente colectivo, sin necesidad de más requisitos». Coherentemente añade este autor (*ibidem*, p. 188), que «en la primera vía la acusación no debe demostrar la falta de supervisión, vigilancia o control, ya que lo que se reprocha a la persona jurídica es el delito cometido por sus órganos dirigentes y no la falta de supervisión sobre ellos».

⁹ Una cuestión a la que se respondió afirmativamente en la SAN 23/2024, de 8 de octubre (ponente Murillo Bordallo), ES:AN:2024:5221.

¹⁰ 19 de julio (ponente del Moral García), ES:TS:2017:3210.

cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes».

2. Desde el punto de vista probatorio, en el presente caso podría agregarse que *el hecho de que la empresa no alegara en ningún momento haber contado con un modelo de prevención de delitos permite constatar la inexistencia de este*. Semejante afirmación no supone necesariamente una inversión de la carga de la prueba o una presunción contra reo, sino la aplicación implícita de una regla de experiencia a partir de un indicio de peso, como es el silencio de la entidad acusada con respecto a la existencia del citado modelo. Así sucede, sin ir más lejos, con otras eximentes, como el trastorno mental o la intoxicación: la mayoría de las sentencias no dicen absolutamente nada de estos temas porque se entiende, con arreglo a la experiencia, que si la defensa del sujeto acusado no ha alegado nada al respecto es porque no se encontraba en ninguna de tales excepcionales situaciones.

Ciertamente, no sería compatible con la presunción de inocencia afirmar que las eximentes deben ser probadas por las defensas; pero sí que cabe exigir a estas que satisfagan al menos dos cargas: a) Invocar la excepcional concurrencia de la eximente alegada; y b) Aportar algún elemento que haga verosímil dicha alegación o, al menos plantearla, en una fase procesal en la que pueda practicarse prueba al respecto. Por este motivo, debe fracasar la alegación por la defensa de que concurre un trastorno mental en su cliente por primera vez en el trámite de conclusiones definitivas, en apelación o en casación, cuando nada se ha alegado sobre el tema en la fase de instrucción o antes del juicio oral. En relación con las medidas de vigilancia y control respecto de la posible comisión de delitos, la experiencia invita a pensar que, si la empresa acusada hubiera contado con ellas, habría alegado su existencia en algún momento procesal anterior en el tiempo y que, si nada se dijo al respecto, es porque tales medidas sencillamente no existían.

En refuerzo de las anteriores ideas cabe mencionar la STS 298/2024, en la que se sostiene, a propósito de esta eximente, que «la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la

empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento»¹¹. En palabras del mismo Tribunal, «si se acusa a una empresa por hechos cometidos por un directivo; y su dirección letrada, muy cualificada, como en este caso confirma el altísimo nivel de sus escritos, adopta una postura abstencionista, estratégicamente abstencionista, y se limita sin más a decir que no se ha probado la inexistencia de un programa de cumplimiento adecuado, se deduzca que no se contaba con ese protocolo. Si fuese de otra forma se hubiese aportado o se hubiese hablado de él. La condena por conducción sin permiso o por tenencia ilícita de armas –volvemos a ejemplos– no necesita ineludiblemente un documento oficial acreditativo de que no se cuenta con esas licencias: basta con constatar que el acusado no arguye ser poseedor de las mismas».

IV. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CASOS DE DELITOS COMETIDOS POR EL ADMINISTRADOR ÚNICO

También son poderosos los argumentos que permiten sostener en casos de esta naturaleza que la persona jurídica no debe ser condenada.

1. Desde el punto de vista sustantivo, y aunque es cierto que la letra a) del art. 31 *bis* 1 CP no contiene mención alguna a un eventual incumplimiento de medidas de supervisión, vigilancia o control, en el segundo apartado del mismo precepto se afirma que en el citado supuesto de la letra a) *la persona jurídica puede quedar de todos modos exenta si se dan una serie de condiciones*, como adoptar y ejecutar con eficacia modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención;

¹¹ De 8 de abril (ponente del Moral García), ES:TS:2024:1932.

y que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano citado ¹².

El hecho de que el Código Penal haya previsto la exención de responsabilidad cuando se cumplan todos estos elementos permite entender que el incumplimiento de alguna de tales medidas es una condición *sine qua non* para poder condenar a una persona jurídica. De hecho, esta es la tesis que se desprende de la famosa sentencia plenaria del Tribunal Supremo 154/2016, en la que se afirmó que el incumplimiento de los deberes de vigilancia es un elemento básico del tipo penal de la responsabilidad corporativa. Lo contrario supondría aceptar que el sistema español admite supuestos de heterorresponsabilidad en el castigo de las personas jurídicas, lo que ha sido expresamente rechazado no solo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina mayoritaria ¹³.

2. Precisamente por el anterior motivo, *la carga de la prueba del citado incumplimiento corresponde a las acusaciones* y, si estas no logran tras el juicio que tal circunstancia –la ausencia de medidas o el incumplimiento de alguna de ellas– figure en el relato de hechos probados, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo, del mismo modo que no puede apreciarse un delito o una circunstancia agravante si en el relato fáctico no constan aquellos elementos fácticos necesarios para su aplicación. En tal sentido, condenar a una persona jurídica cuando los hechos probados no dicen nada sobre tal extremo supondría también una vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

V. ¿CUÁL ES LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA?

Una vez analizados los argumentos a favor y en contra de las posiciones expuestas, procede seguidamente tomar partido. A tal efecto conviene prestar

¹² Según DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en *Derecho Penal económico*, p. 178, en este punto el Código Penal contiene «una cláusula que permite exonerar a la entidad si se demuestra que la persona jurídica había adoptado previamente unos elevados estándares de control sobre sus propios dirigentes ('modelos de organización y control' diligentemente supervisados por un órgano de vigilancia dotado de los poderes adecuados) y que el delito fue cometido eludiendo esos controles».

¹³ Por todos, CIGÜELA SOLA, J. / ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., en Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, 2.ª ed., Atelier: Barcelona, 2023, p. 86, quienes afirman que «la persona jurídica debe siempre poder eludir la sanción si se acredita el cumplimiento de su deber de cuidado; también cuando el hecho lo comete una persona física de alta posición en la empresa». En línea similar FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 5, 2024, pp. 99-100.

atención a aquellos elementos que pueden eximir de responsabilidad a la persona jurídica cuando quien comete el delito es su único representante. En concreto, la condición que consiste en que «el órgano de administración ha[ya] adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» (art. 31 *bis* 2. 2.^a CP). Si se analiza con detenimiento, este enunciado impone dos deberes a los miembros del órgano de administración que pretendan beneficiarse de la presente eximente, a saber, adoptar un modelo de prevención y ejecutarlo con eficacia. En aquellos casos en los que *es el administrador único el que ha cometido un delito doloso cabe dar por sentado que este no ha ejecutado con eficacia las medidas de vigilancia o control que, eventualmente, pudiera haber adoptado con anterioridad*. No es que en estos supuestos se esté rechazando un modelo basado en la necesaria concurrencia de un defecto de organización o en la autorresponsabilidad, sino que tal déficit va implícito a la condena del administrador único cuando, por añadidura, este no alega siquiera haber delegado tales funciones en un órgano autónomo.

Además, en estos casos falta también el cuarto requisito del art. 31 *bis* 2 CP, esto es, el consistente en que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. En sociedades pequeñas, representadas por un único administrador, es poco habitual que la entidad cuente con un órgano específico dedicado a la prevención de delitos, siendo lo corriente que dicha función sea directamente asumida por el órgano de administración, como permite expresamente el art. 31 *bis* 3 CP. En tal circunstancia es evidente que, si el administrador comete un delito doloso, necesariamente se habrá producido un ejercicio insuficiente de las funciones de vigilancia que le corresponde desempeñar a él mismo. Se trata, en realidad, de la infracción de deberes de autocontrol.

Consecuentemente, deberían ser elementos suficientes para condenar a una persona jurídica con arreglo al marco legal vigente los tres siguientes¹⁴: 1) Que el acusado sea administrador único de una sociedad mercantil; 2) Que haya cometido un delito doloso que reúne los requisitos exigidos por el art. 31 *bis* CP (cometido por cuenta o en nombre y en beneficio de la persona jurídica); y 3) Que su defensa no ha alegado en ningún momento del procedimiento

¹⁴ No lejos de esta conclusión parecen estar posiciones como la de DOPICO GÓMEZ ALLER, J., en *Derecho Penal económico*, p. 186.

la existencia de un modelo de prevención o una delegación de las funciones de vigilancia a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control¹⁵. No obstante, dada la práctica identidad entre el hecho de la persona física y de la jurídica, estos casos deberán ser candidatos prioritarios a la modulación de la pena de multa prevista en el art. 31 *ter* 1 CP.

Cuestión distinta, aunque estrechamente relacionada, se plantea en aquellos supuestos en los que, concurriendo las tres circunstancias citadas, el tribunal sentenciador no dedica una sola línea de su resolución a justificar la suficiencia de la prueba de cargo sobre este punto o a motivar el juicio de subsunción respecto de la ausencia del modelo de prevención¹⁶. Estos son evidentes déficits de motivación de la sentencia, tanto en sus aspectos probatorios como sustantivos, que deberían acarrear su nulidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), un derecho fundamental que la jurisprudencia reconoce a las partes acusadoras, en tanto que estas también tienen derecho a conocer las razones por las que sus pretensiones han sido desestimadas. En cuanto a los primeros déficits (probatorios) existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que, apoyándose en previas resoluciones del Tribunal Constitucional, considera que debe declararse la nulidad de la resolución y su devolución al tribunal de instancia cuando la motivación de la prueba sea inexistente o claramente insuficiente, pero no quepa excluir la razonabilidad de las imputaciones formuladas por la acusación (así, por ejemplo, STS 167/2014¹⁷ citando, entre otras, la STC 12/2011¹⁸). Y, en cuanto a los déficits sustantivos, es especialmente numerosa la jurisprudencia referida a la individualización de la pena¹⁹.

¹⁵ Este último requisito es necesario por cuanto no cabe descartar, aunque no sea frecuente, que el único administrador haya delegado funciones en un órgano de vigilancia verdaderamente autónomo. En tal sentido, son interesantes las consideraciones de NIETO MARTÍN, A.: «Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia italiana: el caso Impregilo»: *Almacén de Derecho* (2015), <https://almacendederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo>.

¹⁶ En tal sentido, en la STS 958/2010, de 10 de noviembre (ponente Jorge Barreiro) se distingue entre la Motivación fáctica, relativa a la explicitación de los procesos intelectuales que han llevado a la Sala sentenciadora a efectuar una determinada valoración de la prueba y la «Motivación jurídica, relativa a la traducción jurídico penal de los hechos declarados probados tanto en relación a la calificación jurídica de los hechos y grado de desarrollo, como a la participación de las personas que en ellos hubiesen intervenido y circunstancias que pudieran concurrir» (subrayado en el original).

¹⁷ 27 de febrero (ponente Varela Castro).

¹⁸ 28 de febrero (ponente Delgado Barrio).

¹⁹ Un amplio resumen, con cita de numerosos precedentes, en BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, J.R.: «Tutela judicial efectiva y motivación suficiente», *Boletín de la Real Academia de Córdoba*, 172 I (2023), pp. 251-254. Según la jurisprudencia, señala este magistrado, procede imponer la pena mínima «únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador *ad quem* la individualización de la pena».

En el caso comentado sucede, sin embargo, que ni las acusaciones pública ni particular fueron especialmente diligentes en el ejercicio de sus derechos, al no haber propiciado con sus alegaciones sobre este concreto punto, ya fuera en el juicio oral o en los posteriores recursos, un pronunciamiento expreso de la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia. No parece en tal circunstancia que le corresponda al Tribunal Supremo remediar la pasividad de dichas acusaciones acordando una eventual nulidad que nadie le ha pedido²⁰, con los efectos que tal consecuencia tendría para los derechos del acusado, en particular a un proceso sin dilaciones indebidas. Por tanto, la solución adoptada en el concreto caso puede considerarse correcta, pero ello no obsta a entender que, si se hubiera motivado adecuadamente la resolución por la Audiencia, podía haberse condenado legítimamente a la persona jurídica considerando solamente acreditado que el administrador único cometió una estafa ante el absoluto silencio de la defensa de la persona jurídica sobre la existencia de medidas de vigilancia.

²⁰ Hay que tener en cuenta que el art. 240.2 LOPJ dispone que «en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

43. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PENAL: UNA RELACIÓN QUE DEBE ESTAR MEDIADA POR LA CONSTITUCIÓN¹

MARCELO A. RIQUERT

Doctor en Derecho, UNMDP. Máster en Derecho Penal, U. Salamanca (España). Director del Área Departamental Penal, Facultad de Derecho de la UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

I. INTRODUCCIÓN

Los descubrimientos que cambian en modo radical la vida de la humanidad se han acelerado dramáticamente. El hombre primitivo comenzó a moldear utensilios en arcilla y para que llegara la rueda pasaron alrededor de 23.000 años. Mucho más acá en el tiempo, el VHS, el DVD o el Blu-Ray como formatos que cambiaron los modos de acceder a películas o música cayeron en obsolescencia en poco más de una década. La red social Facebook, que aparece en 2004, hoy es caracterizada como algo que usan «los viejos». Los avances en las interfaces cerebro-computadora llevan a plantear la existencia de neuroderechos y sus posibles usos fraudulentos en tiempos que no están tan lejos a preguntarse por la necesidad de tipificar neurodelitos².

¹ Este trabajo profundiza algunas ideas expuestas en la conferencia titulada «*Inteligencia artificial y derecho penal: límites para una interacción constitucional*», brindada en el «Congreso Internacional de Derecho Penal y Criminología: Ciberespacio y criminalidad en el siglo XXI», org. por la UN del Oeste en la CABA los días 3 y 4 de julio de 2025.

² Sobre el particular puede consultarse la reciente obra de Sueiro, C.C.: «Neuroderechos y neurodelitos. Impacto de las neurociencias y la inteligencia artificial en el sistema penal», Hammurabi, Bs.As., 2024.

Si antes de la revolución que viene percibiéndose desde la irrupción como fenómeno masivo de la IA generativa (cuyo punto de partida podría situarse en setiembre de 2022, con la primera versión disponible gratuitamente para el público del ChatGPT desarrollado por OpenIA), la tecnología no solo no había eliminado al delito sino que, en todo caso, lo sofisticó, el nivel de tal sofisticación dio un salto enorme con las posibilidades potenciadas por el arribo de la IA. Y no es todo, porque no terminamos de asimilar el paso anterior y ya en 2025 comenzamos a ver el avance de la llamada IA «agéntica», que es caracterizada como un paso evolutivo de gran trascendencia. Se la suele señalar como un punto de inflexión, el pasaje de la IA entendida como una herramienta, a la IA concebida como un colaborador digital.

Se diferencia de los modelos tradicionales porque no responde a instrucciones específicas sino que, por diseño, actúa con autonomía, persigue objetivos y se adapta al entorno sin supervisión humana directa y constante. Incluso puede darse la operación de múltiples agentes que realizan subtareas coordinados con miras a la obtención de un resultado final. No genera contenidos a partir de un «prompt» sino que usa el contenido para aprender, planificar y ejecutar, sin necesidad de indicaciones en secuencia paso a paso. Entre sus características más importantes está no solo la autonomía, sino la adaptabilidad y capacidad de orientarse en función de objetivos como podría ser el optimizar la agenda reorganizando compromisos para obtener espacio temporal apto para un viaje, reservando automáticamente los vuelos y el alojamiento³. Es claro, todo esto importa una redefinición acerca de cómo pueden operar las organizaciones⁴ y las personas, y cómo se toman decisiones con las consecuencias y complejas atribuciones de responsabilidad. Es más, no debiera soslayarse que algunos de los especialistas más encumbrados en materia de IA han asociado a la proliferación de estos «agentes» como determinantes para los hipotéticos escenarios catastróficos vinculados a la IA general (IAG) o superinteligencia. De allí que se postule la necesidad de contar con regulaciones que impidan que las empresas construyan modelos de agentes sin demostrar antes que resulten seguros (baste pensar en el caso de sistemas de armas autónomos tomando decisiones letales sin intervención humana)⁵. Sobre el final, se volverá sobre la cuestión de la regulación como un imperativo inelu-

³ Puede profundizarse sobre el particular en la nota titulada «¿Qué es la IA agéntica?», en <https://www.ibm.com/mx-es/think/topics/agent-ai> (fecha de consulta: 13/10/2025).

⁴ Se encuentran referencias a su uso en ámbitos como la banca, la salud, o la manufactura y logística, haciendo tareas como monitorear transacciones, evaluar riesgos, validar cumplimiento y generan reportes automatizados; coordinar diagnósticos o maximizar la logística hospitalaria y comunicación con pacientes.

⁵ Cf. ÁLVAREZ LARRONDO, F: «IA ¿amenaza o solución?», *El Ateneo*, Bs.As., 2025, pp. 243/245.

dible. Y no cualquiera. Sino una que se ajuste en forma clara al respeto de los derechos fundamentales.

Este mínimo recordatorio de algunos datos es suficiente para dejar en claro que la relación que une a la tecnología con el derecho no es fácil o sencilla. Estamos condenados a ir por detrás de la novedad y, ante la necesidad de considerarla, se abre un ineludible interrogante: ¿se trata sólo de adecuar el derecho a los cambios, de validarlos, o se trata de recordar que hay límites previos que deben ser respetados? Y los proyectos e instrumentos que surgen, sea en uno u otro sentido, también se suceden rápidamente y obligan a una actualización acelerada y constante. Si nos remitimos a novedades normativas trascendentes en apenas el último año y medio puede verse que, a nivel mundial, en diciembre de 2024 se ha abierto a la firma el primer Convenio sobre Cibercriminalidad de Naciones Unidas, fruto de una larguísima discusión, con sus 68 artículos dedicados a cuestiones fundacionales, procesales y de cooperación; en el nivel regional, también en 2024 aparece el primer Reglamento/Ley sobre Inteligencia Artificial europeo⁶; en el plano local, a fines de 2023 se consagró la llamada «Ley Olimpia»⁷, que vino a modificar la Ley 26485 de «Protección integral de la Mujer»⁸, incorporando todo lo relativo a la violencia de género «digital»⁹.

II. UNA DESCRIPCIÓN MÁS REALISTA DE LA IA

El tema en abordaje son los posibles límites a las intersecciones entre la IA y el derecho penal. En la ocasión, influido por la crítica mirada de la reconocida académica australiana Kate Crawford¹⁰, quien hace hincapié en dirigir la mirada no sólo hacia la usual presentación de la IA como algo etéreo, inmaterial, que está en «la nube», sino hacia la habitualmente ignorada u omitida dimensión física de lo que, dice Crawford, no es «artificial» ni «inteligente», sino corpóreo, material, hecho de recursos naturales, combustible, mano de

⁶ Sobre su posible impacto en el derecho penal español puede consultarse el trabajo de DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: «El Derecho Penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial», en *Revista Ius Criminale*, Colex, La Coruña, España, N.º 1, 2024, pp. 83/107. Versión digital disponible en: <https://revistas.colex.es/index.php/iuscriminale/article/view/299/415>

⁷ Es la Ley 27736 sobre Violencia de Género Digital, pub. en el BO del 23/10/2023.

⁸ Pub. en el BO del 14/4/2009.

⁹ Ver en extensión en RIQUERT, M.A.: «Nuevas tecnologías y derecho penal», *Erreius*, Bs.As., 2025, capítulo IV, pp. 187/241.

¹⁰ CRAWFORD, K.: «Atlas de Inteligencia Artificial. Poder, política y costos planetarios», FCE, CABA, 2022.

obra, infraestructuras, logística, historias y clasificaciones. La nombrada enfatiza que la IA como la conocemos depende por completo de un vasto grupo de estructuras políticas y sociales, y que debido al capital que se necesita para construirla a gran escala y los modos de ver que optimiza, los sistemas de IA son diseñados para servir a intereses dominantes ya existentes ¹¹.

Breve digresión: esto se da en un momento en que tales intereses son por los que, conforme refiere Byung-Chul Han, se ha verificado el pasaje del capitalismo industrial al capitalismo de la información. En obra también reciente el filósofo surcoreano señala que la democracia occidental tal como la conocemos está pasando a transformarse en una verdadera «infocracia» y, tarea para repensar por los penalistas, aquellas explicaciones sobre el poder punitivo de Foucault, cuando nos describió el «régimen de la disciplina» ¹², deben volver a procesarse cuando ya no se trata de la explotación de cuerpos y energía, cuando el factor de poder ya no es la posesión de los medios de producción, sino que se trata de la explotación de la información y datos, es el acceso a estos el factor de poder y, por eso, es un «régimen de la información». Las personas no son más ganado laboral sino datos y ganado consumidor. Por decirlo sintéticamente, la cárcel panóptica es reemplazada por el Smartphone, por el teléfono inteligente, como instrumento de vigilancia y sometimiento ¹³. Es, a no dudarlo, la nueva «prisión digital».

En nuestro medio, reconocidos difundidores tecnológicos como Sigman (neurobiólogo) y Bilinkis aportan razones adicionales en orden a la confirmación del aserto. En efecto, llaman la atención sobre la «ilusión del libre albedrío» en un mundo donde el teléfono celular ya no funciona de manera pasiva sino que está programado para tomar sus propias decisiones, no porque sea inteligente (que no lo es) sino porque otros lo utilizan como mecanismo de manipulación de nuestra conducta y pensamiento: el uso que le damos está influenciado por los intereses de un tercero, mediatizados a través de algoritmos. Esto pone sobre la mesa, con la irrupción de la IA, el problema de quién toma las decisiones. Nos dejamos arrastrar por algoritmos que invaden lo más profundo del deseo y la motivación, que generan adicción. Creemos que somos quienes determinamos nuestras preferencias y anhelos, pero muchas ve-

¹¹ CRAWFORD, en «Atlas...», p. 29.

¹² En particular, en FOUCAULT, M.: «Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión», Siglo XXI, 22.º edición en castellano, Madrid, 1994 (1.ª edición en francés, 1975).

¹³ Para ampliar: HAN, B.Ch., «Infocracia», Taurus, Bs.As., 2022; Riquert, M.A.: «Inteligencia artificial y derecho penal», *Ediar*, Bs.As., 2.ª edición, 2024, pp. 57/62.

ces solo hacemos o deseamos ideas que nos han implantado. Como dijo Steve Jobs: «*Muchas veces, la gente no sabe lo que quiere hasta que se lo enseñás*»¹⁴.

En esta línea, Daniel Montero Zendejas llama la atención sobre que los retos actuales del derecho no son solamente salvaguardar la privacidad o los ataques a los datos personales por *hackers*, ni el desarrollo de la ciberseguridad para frenar delitos informáticos y más tarde cibernéticos, sino que se incorpora como imprescindible el visualizar el efecto de la revolución del «síndrome zombi digital», es decir, estar conectado en línea todo el tiempo pero nunca vivir realmente una vida plena y saludable que esté desconectada del mundo digital. Aclara que el síndrome se califica de «zombi», en el sentido del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a saber, «...*Atontado, que se comporta como autómatas*»¹⁵. El nombrado concluye que el «síndrome zombi» es lo más representativo de la era digital, lo que se está diseñando entre mente-máquina para albergar el cambio en que el hombre pierda sus más entrañables sentimientos y dé paso a la conformidad, sumisión e ignorancia¹⁶. No es algo de generación espontánea sino que sucede por diseño. En este sentido, son múltiples los modos en que se logra que no podamos retirar el celular de nuestra mano y la vista de su pantalla. Entre otros, podría mencionarse desde estrategias psicológicas y comerciales, hasta diseños de interfaz y experiencia de usuarios, pasando por notificaciones y estímulos constantes, así como el uso de datos y algoritmos que requieren constantes actualizaciones, aprenden de las preferencias del usuario y le muestran contenidos que se vinculan con sus intereses y hábitos para mantener la conexión activa.

La idea de la prisión digital importa ciertamente una afflictividad directa casi inexistente en comparación con la clásica que, además, sigue siendo utilizada con enorme y creciente intensidad, manteniéndose en el centro de la pulsión político-mediática¹⁷. No es necesario detenerse a fundar el aserto. No se

¹⁴ SIGMAN, M./BILINKIS, S.: «Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano», *Debate*, Bs.As., 2023, p. 154.

¹⁵ MONTERO ZENDEJAS postula que internet, a través de las redes sociales, podcast, bots, metadatos, metaverso y un sinnúmero de aplicaciones en las plataformas tradicionales y emergentes como el ChatGPT, están generando este síndrome cuyos síntomas manifiestos son que la población más desfavorecida de estrategias de desarrollo se convierte en verdadero zombi. La imaginación, razonamiento, reflexión, lectura, entre otras habilidades inherentes al ser humano, se pierde y, en su lugar, prevalece el conformismo, la mediocridad, la aceptación incondicional a lo impuesto por las redes y, sobre todo, la muerte a la creatividad en su expresión más amplia (en «Hacia un derecho cuántico punitivo frente al fenómeno del zombi digital», en *Derecom* (<http://www.derecom.com/derecom/>), n.º 35, Nueva época, Octubre 2023-Abril 2024, pp. 3/4. Versión digital disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9352236.pdf>).

¹⁶ MONTERO ZENDEJAS, en «Hacia...», p. 15.

¹⁷ Sobre el particular puede verse RIQUERT, M.A.: «La famosa «puerta giratoria»: ¿cómo funciona en la realidad? (a propósito de cuánto se usa la prisión en Argentina y Latinoamérica en general)», en «Revista de Derecho Penal y Criminología», *La Ley*, Bs.As., Año XV, n.º 6, julio de 2025, pp. 199/221.

trata de la privación de libertad, muchas veces en condiciones atentatorias contra los derechos humanos en vastas regiones del planeta. En todo caso, la afectación de la libertad se materializa de otro modo. Básicamente, aquella se trata de una suerte de metáfora de una sociedad hipertransparente, vigilada y auto-expuesta.

La prisión digital es una herramienta de control psicopolítico a través de la vigilancia permanente en una transparencia forzada tecnológicamente sin que, insisto, la restricción de libertad se evidencie para quienes participan de ella en la creencia de que están en su pleno goce. Es que justamente esa creencia, esa ilusión, es la que termina garantizando, perfilamiento mediante, el nuevo modelo de control. Entonces, un interrogante en el que debieran volcarse esfuerzos de esclarecimiento es ¿cómo se redefine la libertad en una sociedad donde el control invisible es omnipresente? No solo eso, en un capitalismo de la información donde un gran negocio es el mercado de futuros conductuales, donde se anticipan y orientan comportamientos sin que el ciudadano perciba con claridad el proceso de degradación de tal condición a que está siendo sometido por medio de una incitada participación voluntaria, ¿estamos frente a una nueva modalidad de derecho penal del enemigo, ahora, «digital»? Finalmente, el sistema de garantías tradicional ¿puede ofrecer una resistencia teórica y práctica frente a esta forma de dominación? Es fácil percibir que se trata de preguntas de difícil respuesta. Por supuesto, este escenario necesita una explicación que excede el espacio disponible para el merecido homenaje al profesor De la Cuesta Arzamendi.

Retomando el análisis sobre la IA de Crawford, sintetiza la postura diciendo que «...la IA es un certificado de poder», llamándonos la atención acerca de la IA como una «industria de extracción», a que no se pierda de vista que la creación de sistemas de IA contemporáneos depende de la explotación de los recursos energéticos y minerales del planeta, de la mano de obra barata y los datos a escala¹⁸. No es una fuerza espectral o computación incorpórea. No tiene nada de abstracto: es una idea, una infraestructura, una industria, una forma de ejercer poder y una manera de ver. Es la manifestación, nos dice Crawford, de un capital muy organizado, respaldado por vastos sistemas de extracción y logística, con cadenas de suministros que abarcan todo el planeta, al que, en el camino, están alterando significativamente¹⁹.

¹⁸ En «Atlas...», p. 38.

¹⁹ En «Atlas...», p. 42.

La columna vertebral de la IA son los minerales, en particular, la minería del litio²⁰ y otros dieciocho minerales de «tierras raras» (como los poco conocidos lantano, cerio, praseodimio, samario, europio o gadolinio, entre otros). Para entender la intensidad de la explotación baste pensar que un celular lleva unos 8,5 gramos de litio, mientras que la batería de un Tesla S requiere 63 kilos del mismo material. Si se agrega el masivo consumo de energía eléctrica y que cuando se hace referencia a la computación avanzada se omite su impacto en la huella de carbono, los combustibles fósiles o la contaminación, se explica la construcción del mito de que todo se trata de «la nube», metáfora que sugiere algo que flota y es parte de una industria natural y verde. Se ofrece una mítica imagen pública de compromiso ambiental (sustentabilidad y algoritmos «verdes»), mientras se requieren colosales cantidades de energía para hacer funcionar la infraestructura computacional de los servidores de las grandes compañías como Amazon o Microsoft²¹. En síntesis, la IA es una «megamáquina», un conjunto de enfoques tecnológicos que depende de infraestructuras industriales, cadenas de suministros y mano de obra extendidas por todo el mundo, con un alto costo, pero que se mantienen en un segundo plano²². Un modo de bajar esos costos es en la mano de obra: aunque a los empleados se los llame «asociados», el trato que reciben no es de tales y su labor se registra y monitorea chequeando hasta su estado emocional para maximizar la eficiencia. Enseguida volveré sobre las apps para monitorear emociones en distintos contextos.

III. ¿REGULAR O NO REGULAR? MODELOS ALTERNATIVOS

La ideología de «extracción de datos» en el campo de la IA se ha llevado a una escala gigantesca ya que los datos son la base de su éxito y rentabilidad. Se va pasando de la metáfora de los datos como «recursos naturales» esperando a ser descubiertos, de datos sensibles de personas a «bienes comunes» respecto de los que no interesa la privacidad, a su consideración como «capital»

²⁰ Valga recordar que nuestro país es el cuarto productor mundial de litio. En el llamado «triángulo del litio», que se conforma junto a Chile y Bolivia, están alrededor del 65% de los recursos mundiales de litio, que se extrae principalmente de los salares de la Puna. Fuente: noticia «*Litio en Argentina: el motor de la nueva fiebre minera y qué falta para despegar*», en diario «La Nación», edición del 3/3/25, versión digital disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/litio-en-argentina-el-motor-de-la-nueva-fiebre-minera-y-que-falta-para-despegar-nid03032025/>

²¹ CRAWFORD, en «Atlas...», p. 74.

²² CRAWFORD, en «Atlas...», p. 85.

acumulable con el que se obtienen ganancias²³ (el mencionado capitalismo de la información). En cómo y qué se hace con los datos en las apps de IA hay varias intersecciones de interés penal.

En 2021, en Europa se llamó la atención sobre el particular señalando que la IA ofrece posibilidades y riesgos extraordinarios, que no es un fin en sí misma sino un instrumento al servicio de las personas y que el objetivo debe ser aumentar el bienestar, capacidad y seguridad humanos²⁴. En lo específico, advertía que su uso en el ámbito del DP se basa en la promesa no siempre cumplida de reducir la criminalidad. Por esa época, al sistematizar los problemas fundales y procesales en la relación entre la IA y el DP, identifiqué cuatro grandes núcleos: tecnología de predicción criminal (por ejemplo, vigilancia policial predictiva y herramientas de reconocimiento facial); agentes autónomos o artificiales (con los inconvenientes para determinar cuestiones de participación criminal cuando, por caso, el sistema de conducción autónoma de un automotor funciona mal y se provoca un daño); gestión judicial (en particular, el apoyo a decisiones sobre la base de valoración de riesgos); y, producto de la pandemia sanitaria del COVID-19, el incremento de la cibervigilancia y el control social²⁵.

Al comienzo mencioné como novedad normativa que el Parlamento Europeo –tras profusa discusión e interconsulta– ha aprobado en 2024 la propuesta de «Reglamento de Inteligencia Artificial», una verdadera «Ley de Inteligencia Artificial» (RIA/LIA), pionera en el mundo²⁶. Es decir, se ha tomado el correcto camino de la regulación y se lo ha hecho con un enfoque basado en el riesgo, que define en cuatro clases de uso de los sistemas de IA: 1) aquellos que producen un riesgo inaceptable; 2) un alto riesgo; 3) un riesgo limitado y, finalmente, 4) uno mínimo o sin riesgo. En el último caso solo se fomentan códigos de conducta o ética para que las empresas adhieran; en el segundo y tercero deben implementarse controles de distinta intensidad que incluyen tareas de prueba, documentación, transparencia y notificación. Básicamente, se trata de la adopción de sistemas de gestión riesgo, prácticas adecuadas en la

²³ CRAWFORD, en «Atlas...», pp. 147 y 149.

²⁴ En la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales.

²⁵ Cf. RIQUERT, M.A.: «*Inteligencia artificial y derecho penal*», Ediar, Bs.As., 1.ª edición, 2022.

²⁶ Se trata de la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de «Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))». El Consejo Europeo hizo su aprobación el 13 de junio y el texto fue publicado en el Diario Oficial de la UE el 12 de julio de 2024. Su entrada en vigor ha comenzado el 1 de agosto, siguiendo pasos escalonados que terminarán dentro de dos años, en agosto de 2026.

gestión de datos, supervisión por parte de personas físicas y otorgamiento de un nivel adecuado de precisión y ciberseguridad²⁷.

En el primer caso, riesgo inaceptable o intolerable respecto de los derechos fundamentales (en Argentina hablaríamos de derechos reconocidos y garantizados constitucionalmente), se ha dispuesto directamente la prohibición (art. 5), vigente desde febrero de 2025. Así, por ejemplo, en el inc. e) de la norma citada, se prohíbe *«la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión»*. Es importante resaltar las prohibiciones porque, se verá, hay una serie de novedades locales concretadas por vía de decretos o resoluciones ministeriales en las que se habilita la realización de aquello que en Europa se ha prohibido.

Es reconocido fuera de discusión los posibles conjuntos de datos sesgados y algoritmos injustos, así como que una de las explicaciones para que ello ocurra son las políticas de clasificación, una práctica central de la IA y que es a través de la que se determina cómo se reconoce y produce la «inteligencia» de las máquinas que pueblan desde los laboratorios hasta la industria tecnológica. La extracción, medición, etiquetado y ordenamiento de datos con que los sistemas se entrenan son lo que generan resultados discriminatorios dentro de categorías como la raza, la clase, el género, la discapacidad o la edad²⁸. Adscribir un dato a una categoría es una manera de cosificar el fenómeno sacándolo de una masa indiferenciada. Una jerarquizada base de imágenes como «ImageNet» las tiene organizadas en 21841 categorías, en las que todo es simplificado, achatado y etiquetado para lo que, lejos de la pretensión de objetividad, lo que hay es un ejercicio profundamente ideológico que privilegia y puebla algunas categorías en desmedro u omisión de otras posibles²⁹.

No puede soslayarse que algunos métodos de aprendizaje automático incursionan en distinciones vinculadas con la sexualidad o la criminalidad que, claro, se apoyan sobre categorizaciones profundamente relacionales y determinadas socialmente, que son contextuales y cambiantes según el momento y lugar. Por lo tanto, es evidente no son fijas ni traspasables a cualquier sitio en

²⁷ Cf. YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I.: «La inteligencia artificial en el proceso penal: eficiencia versus garantías», en *Ius et Scientia*, Universidad de Salamanca, Vol. 10, N.º 2, 2024, p. 84. Versión digital disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/27006/23871>

²⁸ Así, CRAWFORD, en «Atlas...», p. 194. La nombrada hace un muy interesante paralelo con la craneometría del frenólogo Samuel Morton, quien a mediados del siglo XIX había reunido más de mil cráneos (hoy en el museo Penn de Filadelfia), a partir de cuyo estudio y mediciones procuraba justificar la conclusión de la superioridad caucásica.

²⁹ CRAWFORD, en «Atlas...», p. 213.

cualquier oportunidad. Y entonces los sistemas de aprendizaje automático construyen respuestas sobre base de categorías fijas clasificando cosas que son relacionales por lo que son pasibles de críticas tanto científicas como éticas³⁰.

En línea con esto, valga retomar la referida LIA europea del año 2024, que dentro de las actividades prohibidas, en el art. 5.c) prevé: «La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA con el fin de evaluar o clasificar a personas físicas o a grupos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos enteros de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos de personas que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este;...».

Siendo evidente que las clasificaciones son necesarias para el entrenamiento y desarrollo de las IA, no cualquier tipo de aquellas es admisible. Y es preciso que, las herramientas que se nos ponen a disposición, sean miradas con sentido crítico. Muchos de los sistemas de predicción de emociones se apoyan en la labor que desde los años sesenta desarrolló el famoso psicólogo estadounidense Paul Ekman, quien con los años se transformó en una celebridad mediática, siendo presentado como el lector de rostros más famoso del mundo y llegó a hacerse una serie televisiva basada en su capacidad de detectar mentiras («Lie to me»)³¹. Estos sistemas se usan en aeropuertos, centros de educación y empresas de selección/contratación de empleados. Sin embargo, se olvida toda la controversia en torno a la premisa de que el estado interior emocional de alguien puede evaluarse con precisión analizando un rostro³².

Otra vez, lo relativo al reconocimiento de emociones mediante sistema de IA es abordado por la autoridad europea y en la mencionada LIA de 2024 se ha limitado excluyéndolo de los ámbitos laborales y educativos. En efecto, entre las prohibiciones del art. 5, en el inc. f) se ha previsto a «... la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté

³⁰ CRAWFORD, en «Atlas...», p. 222.

³¹ Creada por Samuel Baum y protagonizada por Tim Roth, fueron 48 capítulos en tres temporadas (2009/2011).

³² CRAWFORD, en «Atlas...», pp. 233, 237 y 264.

destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad;...».

Vale la pena insistir en que con un aura de objetividad, por tratarse «solo de matemáticas», se esconden sesgos intencionales y no intencionales de la práctica policial en los sistemas de vigilancia predictiva (por ejemplo, Predpol, desarrollado por el Departamento de Policía de la ciudad de Los Ángeles en colaboración con la Universidad de California), que generan un bucle de retroalimentación y provocan una vigilancia más acentuada sobre grupos como migrantes, indocumentados, pobres y comunidades afroamericanas y latinas³³. Es decir, acentúan la selectividad vigente sobre los grupos más vulnerables. Algo similar pasa con los controvertidos sistemas de apoyo a decisiones judiciales por valoración de riesgos (por ejemplo, COMPASS)³⁴. Esto conecta con otra de las prohibiciones de la LIA europea, que en el art. 5, inc. d), incluye: «... la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de un sistema de IA para realizar evaluaciones de riesgos de personas físicas con el fin de evaluar o predecir la probabilidad de que una persona física cometa una infracción penal basándose únicamente en la elaboración del perfil de una persona física o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad; esta prohibición no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para apoyar la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que ya se base en hechos objetivos y verificables directamente relacionados con una actividad delictiva;...».

IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

El detalle sobre las prohibiciones europeas, reitero, es importante porque estamos viendo en nuestro país que por vía de «softlaw» (decretos y disposiciones ministeriales), sin pasar por el Congreso nacional pese a involucrar acciones que pueden comprometer derechos de raigambre constitucional, se estaría caminando en el sentido inverso al deseable (justamente, por no prohibirlas o habilitarlas sin necesarios controles que aseguren no se los afecte)³⁵.

³³ CRAWFORD, en «Atlas...», pp. 300/301.

³⁴ Sobre el particular puede ampliarse en RIQUERT, «*Inteligencia artificial...*», pp. 211/220.

³⁵ Con mayor extensión en RIQUERT, M.A.: «Nuevas tecnologías y derecho penal», *Erreius*, Bs.As., 2025, pp. 77/116.

Me refiero, por ejemplo, a la Res. 428/2024 del Ministerio de Seguridad, cuyo art. 2.º inc. «o», habilita a la policía a realizar labores preventivas en el ciberespacio respecto de cualquier delito del que se pueda obtener noticia a través de tal medio. Es decir, ciberpatrullaje con uso de fuentes abiertas (art. 3.º inc. b), para todo. Y en reiteradas ocasiones he señalado que no estoy en contra de tal actividad investigativa, que considero necesaria y útil, sino que por tratarse de algo que importa escudriñar en aspectos de la vida social de los ciudadanos debe tener límites precisos para no incurrir en desvíos que, por caso, terminen coartando la libertad de expresión. En la misma resolución, el art. 3.º inc. e), permite el uso del «agente revelador tecnológico» conforme los términos de la Ley 27319. Y esto también es muy delicado y mereciera mayores discusiones y precisiones porque, dejando de lado la pretensión de novedad que deriva de la inclusión «tecnológico», no se trata de nada realmente nuevo³⁶ y es antigua la discusión en torno a que no es lo mismo un agente encubierto que uno revelador o provocador, y el tipo de provocación constitucionalmente admisible se vincula con distinciones acerca de la doctrina de la celada legal o el entrapamiento, que tienen una vertiente objetiva y otra subjetiva, sin que haya vuelto a ser considerada por la CSJN desde el leading case «*Fiscal c/Fernández*», hace más de tres décadas (la sentencia es del 11/12/1990)³⁷. Unos meses más tarde, por Res. 1253/2024 del MS, se creó la «Unidad Especial de Agentes Encubiertos» en la Dirección Nacional de normativa y relaciones con los poderes judiciales y los ministerios públicos.

A su vez, la Res. 710/2024 de la misma autoridad ministerial, crea en su ámbito una «Unidad de Inteligencia Artificial aplicada a la Seguridad» (UIAAS), entre cuyas funciones (art. 4.º) se especifican las siguientes: reconocimiento facial en tiempo real mediante cámaras de seguridad (inc. «c»); que tiene posterior correlato en la Res. 1234/2024 del MS, por la que se aprobó el «Protocolo Unificado para el Reconocimiento y Comparación Facial»); usar algoritmos para predecir futuros delitos (inc. «d»); procesar grandes volúmenes de datos para crear perfiles de sospechosos (inc. «e»); analizar redes sociales para detectar amenazas potenciales, identificar movimientos de grupos delictivos o prever disturbios (inc. «j», cuya amplitud es perfectamente

³⁶ Como destaca Zaffaroni, «*Instituciones procesales demolidas hace siglos son presentadas por los medios de comunicación masivos del actual momento de dominio mundial del capital financiero transnacional, como verdaderas novedades (testigos secretos, agentes provocadores, jueces sin rostro, informes policiales como prueba, extorsiones judiciales, confesiones policiales, por no hablar de tortura moderada), o sea que, elementos inquisitoriales, premodernos, se presentan como innovaciones posmodernas*» (ZAFFARONI, E.R.: «Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945», *Ediar*, Bs.As., 2017, p. 278).

³⁷ En extenso: RIQUERT, «Nuevas tecnologías...», pp. 137/188.

compatible con el uso del ciberpatrullaje para reprimir manifestaciones de protesta social). No es todo, este año, el mes de junio, por Dec. 383/2025 se aprobó el nuevo «Estatuto de la Policía Federal Argentina», cuyo art. 6.º inc. 8, en conexión con el antes citado inc. «e», establece como una facultad de la PFA el registrar y calificar a las personas dedicadas habitualmente a una actividad que la policía debe reprimir; mientras que vinculado al inc. «j», agrega la misión de hacer inteligencia criminal (arts. 5 inc. 3 y 6 inc. 2 del decreto; 5 inc. 3 del Estatuto) habilitando su acceso a bases de datos públicas y pudiendo solicitar acceso a privadas (art. 6 inc. 5 del decreto; mismo número e inciso del Estatuto).

Es que el nuevo marco general de actuación previsto es la investigación «proactiva» de los delitos federales y complejos, la desarticulación de organizaciones criminales y la protección del Estado (arts. 1 y 5 inc. 1.º del decreto; 1 del Estatuto). Es decir, enfatizando que no es necesaria la previa orden por autoridad judicial o del MPF. De allí el amplio haz de facultades habilitadas en su art. 6.º, entre las que destacan (porque son merecedoras de real control y seguimiento), las siguientes: hacer inteligencia criminal y análisis de la información (inc. 2); recabar información y asegurar prueba para «luego» presentarla al MPF o jueces para facilitar el «inicio» de una investigación (inc. 3); relacionarse con la comunidad, instituciones y organizaciones de la sociedad civil con el fin de prevenir delitos (inc. 6); detener sin orden judicial por hasta diez horas si presume delito y la persona no acredita la identidad (inc. 7); realizar, sin necesidad de autorización judicial, tareas de prevención del delito en espacios públicos digitales (redes sociales, sitios web públicos y otras fuentes abiertas), conforme pautas y principios rectores dictados para dichas actividades por la autoridad competente, respetando la protección de datos personales, libertad de expresión, intimidad y privacidad (inc. 11).

Esta última, muy específica al acontecer en el ciberespacio, no puede dejar de crear preocupación si se atiende al modo diferencial en que se valoran por la autoridad pública los discursos con relevancia típica que en redes sociales día a día circulan. Las conductas comunicativas odiosas del sector oficial son ignoradas, las de origen y sentido contrapuesto pueden dar lugar a formación de causas, detenciones, etc. Sin desconocer las facultades inherentes al poder administrador para organizar cómo diseña y ejecuta su labor específica, cuando se trata de medidas que pueden afectar la calidad de «ciudadanía», el ejercicio de los derechos constitucionales, debiera no perderse de vista la conveniencia de que discutan y legislen en sede natural para establecerles límites, que es la del Congreso.

V. COLOFÓN

Cierro postulando que, en mi modesta opinión, no hay dudas de que debe consagrarse una regulación en materia de IA y que, en lo relativo con sus intersecciones con el derecho penal, debe hacérselo sin olvido de que este interviene, con límites, después (no antes) del delito. La mentada resolución del Parlamento Europeo de 2021 recordaba lo que vulgarmente serían verdades de Perogrullo pero, en los tiempos que corren, es aconsejable repetir cual si fuese un mantra: debe tratarse de una regulación que le diga que no al derecho penal de autor, que también niegue al estado de policía, que evite todo rastro de peligrosismo y, final, aunque sea técnicamente posible, que proscriba la vigilancia masiva ilimitada. Es que la razón de eficacia no puede legitimar el abandono del sistema de garantías que se ha tardado siglos en construir y que ha demandado el derrame de la sangre de muchos.

Podría decirse que aquella conclusión de privilegiar al derecho penal liberal del documento europeo previo ha sido felizmente recogida en el posterior y de allí que aquellos sistemas de IA que provocan riesgos intolerables respecto de los derechos fundamentales hayan sido prohibidos. Entonces, desde la verificación de lo que está sucediendo, debemos partir del reconocimiento de que, por ejemplo, el uso de sistemas de IA como herramienta de apoyo al ejercicio de la función jurisdiccional es un camino que ya se viene transitando en forma irreversible. Siendo así y estando claro que su uso puede poner en peligro principios basales de reconocimiento constitucional sobre los que descansa la noción del debido proceso penal, torna ineludible la obligación de ocuparse en delimitar con precisión y por vía normativa cuáles son los requisitos para su empleo en las distintas etapas del proceso sin que aquellos sean afectados. Aquí parece apropiado recordar que, hace unos años, Fernando Miró Llinares advertía que la incorporación de cualquier tecnología debe estar basada en algo volitivo y no sólo en lo posibilístico. Por eso, la incorporación de la IA al ámbito judicial penal y a la actividad policial no debe hacerse simplemente porque podamos, sino porque gracias a ello se mejore la práctica de la justicia penal³⁸.

En nuestro medio, los mencionados decretos y resoluciones ministeriales pondrían en evidencia que no estamos teniendo esto tan claro y es de esperar que se revierta la dirección que se insinúa como de una permisividad que, por

³⁸ MIRÓ LLINARES, F.: «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Madrid, 3.ª Época, n.º 20, julio de 2018, p. 127. Versión digital disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/26446/20937>

cierto, es preocupante³⁹. Y lo es porque resulta difícil pensar que el Estado siga siendo el último garante de los derechos si pierde todo control sobre decisiones que se tomen por sistemas automatizados.

Para finalizar, sin pesimismo sino con realismo, si todo el panorama que a grandes rasgos se fuera esbozando ofrece los inmensos desafíos descriptos, por delante la situación no puede sino complejizarse. Imposible soslayar que el año pasado, a fines de 2024, uno de los grandes gurúes de la IA, Raymond Kurzweil, estimó que para 2029 alcanzaremos la IA general (IA), es decir, la «superinteligencia» que tendrá capacidad de aprender por sí misma y realizar tareas para las que no fue desarrollada, y que para 2045 se alcanzará la «singularidad»: el punto en la inteligencia no biológica superará a la humana y tomará conciencia de sí misma. El CEO de OpenIA, Sam Altman, no solo cree que será antes sino que, además, con la IAG estaremos en posesión de una herramienta que podría acelerar drásticamente el descubrimiento científico, la innovación, y dirigirnos hacia la abundancia y la prosperidad. Frente a tamaño tecno-optimismo del fundador de una empresa que en menos de una década viene provocando cambios hasta hace poco percibidos como lejanas probabilidades, me resulta inevitable pensar en la famosa película dirigida y coescrita por James Cameron en 1984, Terminator, en la que imaginó que en el futuro no tan lejano una red de defensa de IA conocida como Skynet, creada por Cyberdyne Systems, desarrolla una consciencia autónoma y, al decidir que la raza humana era una amenaza, inició una guerra nuclear global para extinguirla.

Aquel nuevo paradigma, que algunos por rango etario no sabemos si alcanzaremos a ver, luce inquietante e invita a tratar de intentar el camino al revés del que venimos acostumbrados a recorrer: que los juristas (y los historiadores, sociólogos y filósofos, entre otros) anticipen los cambios y operen generando regulaciones antes que los problemas se manifiesten.

³⁹ Corroborando que hay buenas razones para la preocupación, se ha tomado conocimiento de que se presentó una solicitud de acceso a la información pública en abril de 2025 y las autoridades ministeriales decidieron no responder, por lo que un año después de su creación no es posible conocer detalles sobre las tareas que llevó adelante la Unidad, con qué tecnología, cuánto personal tiene asignado y qué presupuesto tiene a su cargo. También se noticia que poco después de la publicación de la Res. 710/2024, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Vía Libre y Revista Crisis presentaron solicitudes de acceso a la información para saber más sobre la unidad, recibiendo en todos los casos respuestas vagas con el argumento de que se estaban definiendo detalles (fuente: nota «A un año de su creación, el gobierno oculta qué función cumple la Unidad de Inteligencia Artificial del Ministerio de Seguridad», en diario «Perfil», edición del 8/7/2025, versión digital disponible en <https://www.perfil.com/noticias/politica/a-un-año-de-su-creacion-el-gobierno-oculta-que-funcion-cumple-la-unidad-de-inteligencia-artificial-del-ministerio-de-seguridad.phtml>).

44. DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA, CONFLICTOS DE INTERESES EN EL ÁMBITO PÚBLICO Y DERECHO PENAL*

LUIS ROCA DE AGAPITO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

El Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi es un referente, no sólo a nivel nacional, sino también internacional, en multitud de aspectos relacionados con el derecho penal, la Política Criminal, la Criminología y la Victimología. Podemos decir que es un penalista polifacético. Uno de esos ámbitos en los que resulta obligado leerle o escucharle con atención es la lucha contra la corrupción¹. Él ha abogado por un «enfoque integral»² en su lucha y reclama una auténtica política criminal anticorrupción que añada, junto al tradicional enfoque penal, centrado exclusivamente en el hecho concreto y en quien lo realiza (el delito y el delincuente), un análisis de un tercer nivel (el de la delincuencia), que sería algo más que la mera suma de los hechos particulares e indivi-

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2022-138770OB-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE, titulado *Derecho Penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)*, cuya IP es Paz Mercedes de la Cuesta Aguado (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria).

¹ El Prof. De la Cuesta es autor, ya individualmente o en coautoría, de numerosos trabajos científicos sobre el fenómeno de la corrupción, tanto en el ámbito de la función pública, como en el del sector privado. Me remito a su CV publicado en la página web del Instituto Vasco de Criminología (<https://www.ehu.eus/es/web/ivac/jose-luis-de-la-cuesta-arzamendi>). Ahí figura un listado de todas sus publicaciones ordenado por materias, y hay un apartado que recoge sus trabajos de investigación sobre corrupción.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley* n.º 8153 (20 septiembre 2013), Ref. D-315; *idem*, «Un fenómeno complejo precisado de una política criminal integral: la corrupción», *LH-Quintero Olivares* (2018), pp. 819 ss.

duos. «Ciertamente –dice–, una adecuada política penal, centrada en la apropiada tipificación de los hechos delictivos y el aseguramiento de su más efectiva (y no aleatoria) persecución y proporcionada sanción es de todo punto imprescindible. Pero la contención del fenómeno de la corrupción, en cuanto tal fenómeno, requiere mucho más. Precisa de una adecuada política criminal que, partiendo de la más completa investigación de sus dinámicas y causas estructurales, integre de manera interdisciplinar los esfuerzos anteriores en el marco de un completo programa de lucha contra la corrupción y sus conocidos factores de riesgo». Y continúa: «... aspectos como el fomento de esa indispensable cultura social de tolerancia cero contra la corrupción y el fraude, tanto en el ámbito de lo público como en lo privado, deben combinarse con otros tipos de intervenciones dirigidas a asegurar la calidad del gobierno, la transparencia, la restricción y el control de los márgenes de discrecionalidad... y, en general, la conducta ética en los servicios públicos y corporativos, la formación, la limpieza y la transparencia de la vida política y administrativa..., así como con el refuerzo de los indispensables mecanismos de pesos y contrapesos dirigidos a evitar la contaminación de intereses...».

En este punto es donde quisiera detenerme, y en lo que sigue, como humilde homenaje a tan insigne penalista, deseo plantear la posibilidad de que el Derecho Penal pueda intervenir para poner límites al fenómeno de las llamadas puertas giratorias, *revolving doors* (en inglés), *amakudari* (en japonés, que significa «descenso del cielo») o *pantouflage* (en francés)³, que nunca deja de estar en el candelero y últimamente, por diversas razones, lo es aun más.

I. EL CONFLICTO DE INTERESES COMO PRESUPUESTO DE CASOS DE CORRUPCIÓN

Como dice el Prof. De la Cuesta: «el término corrupción hace tiempo que rompió los límites de los abusos de poder o irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de

³ Resulta interesante el origen del término francés. La palabra «pantoufle» (sandalia) designaba en el argot de la Escuela Nacional de Administración francesa, también conocida simplemente como ENA, a la renuncia a la carrera pública al finalizar los estudios. Los egresados de la ENA tenían la obligación de trabajar para el Estado durante una década. La ENA fue creada en 1945 y era responsable de asegurar la selección y capacitación de los altos funcionarios estatales franceses. Tal ha sido el poder de la ENA que se ha llegado a hablar de una «enarquía». Fue disuelta por el presidente Emmanuel Macron en 2021 (por cierto, antiguo alumno de la ENA), siendo reemplazada por el Institut National du Service Public. Normalmente era la empresa que contrataba al estudiante al final de sus estudios en la ENA la que pagaba al Estado la *pantoufle*.

una ventaja indebida, para alcanzar ya toda forma de aprovechamiento de una posición pública (o en general, de poder) para fines ilegítimos normalmente de carácter privado»⁴. En este sentido, cabe afirmar que la corrupción adopta una morfología muy diversa, aunque podríamos agruparla entorno a tres tipos de conductas: el ejercicio abusivo de funciones públicas por parte del funcionario, como los casos más graves de corrupción (p.ej., el cohecho o la malversación); la influencia sobre otros funcionarios (así, el tráfico de influencias); y el conflicto de intereses. En efecto, la integridad de los cargos y empleados públicos puede ser puesta en tela de juicio por la existencia de conflictos de intereses que mal gestionados pueden dar lugar a casos de corrupción. Debo aclarar que entiendo la integridad no como una dignidad u honorabilidad en el cargo, sino como la coherencia y la congruencia entre los valores y principios que guían la actuación de los empleados públicos y su concreto desempeño.

Para hacer frente a estos conflictos de interés, la legislación incorpora diferentes mecanismos y diseña diversos procedimientos que de una manera más o menos directa persiguen evitarlos y tratan así de prevenir la corrupción. Entre estos mecanismos preventivos se encuentra el régimen de incompatibilidades y abstenciones de los empleados públicos, y para garantizar que éste no se rebaje a una mera recomendación ética, el Derecho ha previsto diversas sanciones para el caso de su incumplimiento. Es cierto que el ejercicio privado de actividades incompatibles con el desempeño de un cargo público se puede producir de diversas formas, y no todas tienen por qué ser constitutivas de delito, sin embargo, en los casos más graves sí que, en mi opinión, deben dar lugar incluso a una respuesta penal.

De hecho, en el Derecho comparado existen preceptos que sancionan penalmente los conflictos de intereses en que puedan incurrir los funcionarios debido al ejercicio de una actividad profesional o de asesoramiento incompatible, como, por ejemplo, los arts. 432-12 *Code pénal* francés, 245 *Code pénal* belga, 323 *Codice penale* italiano⁵, 18 *U.S. Code* § 208, o el 421 CP colombiano. Incluso, algunos también han tomado la decisión de intervenir penalmente aunque se haya cesado ya como funcionario, como el art. 432-13 *Code pénal* francés o el 18 *U.S. Code* § 207.

Pero vayamos por partes, el presupuesto que está en la base de estos preceptos es la existencia de un conflicto de intereses entre los particulares del

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *Diario La Ley* n.º 8153 (2013).

⁵ El art. 323 CP italiano ha sido derogado por la Ley n.º 114 de 2024 (la llamada Ley Nordio). Se ha cuestionado la inconstitucionalidad de esta derogación por infracción del art. 97 de la Constitución italiana y por violar las obligaciones supranacionales y europeas de criminalizar el abuso del cargo. Sin embargo, la sentencia n.º 95 de 3 de julio de 2025 de la Corte Constitucional italiana lo ha rechazado.

funcionario y los generales de la Administración. El funcionario, en una especie de desdoblamiento de la personalidad, al realizar las conductas previstas en estos preceptos se guía por la consecución de unos intereses personales, mientras que la Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.3 CE). Es por ello por lo que en todos los *Códigos de conducta de los empleados públicos* que existen, se establece que éstos deben actuar con imparcialidad (*vid.* los aparts. 2 y 5 del art. 53 del Estatuto Básico del Empleado Público).

En mi opinión, en la base de aquellas figuras delictivas, incluido también nuestro art. 441 CP español, se encuentra un concepto amplio de conflicto de intereses, que se aparta en buena medida del concepto que figura en el art. 11 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Y ello es así en dos sentidos. Por un lado, el ilícito penal no se da sólo cuando el funcionario tenga que decidir sobre el asunto, y por otro, porque el conflicto no se limita a cuando afecte a intereses económicos.

A este respecto cabe destacar que el Parlamento Europeo ha presentado una enmienda a la *Propuesta de Directiva de lucha contra la corrupción* en virtud de la cual se pretende incluir un concepto amplio de conflicto de intereses, lo cual obligaría, si finalmente se aprueba, a una adaptación de nuestra normativa. Así, se añade un apart. 6a en el art. 2 relativo a las *Definiciones*, según el cual «conflicto de intereses supone una situación en la cual el ejercicio objetivo e imparcial de las funciones de un funcionario público está comprometido por razones familiares, o relativas a su vida emocional, afinidad nacional o política, interés económico o cualquier otro interés personal directo o indirecto».

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES

En el aprobado recientemente *Sistema de Integridad de la Administración General del Estado*⁶ se afirma que resulta de vital importancia prevenir las situaciones de conflicto de intereses, porque es «crucial para mantener la

⁶ *Vid.* la Resolución de 5 de febrero de 2025, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de enero de 2025, por el que se aprueba el Sistema de Integridad de la Administración General del Estado (BOE n.º 38, de 23 de febrero de 2025, pp. 2023 s.). En dicha Resolución se dispone la publicación de su anexo a través del Portal de la Transparencia de la Administración del Estado (<https://transparencia.gob.es>).

transparencia, la reputación y la imparcialidad del sector público, así como la credibilidad de los principios del Estado de Derecho... Esto es esencial para mantener la confianza del público en la integridad y la imparcialidad de los organismos y las funcionarias y funcionarios públicos, así como en los procesos de toma de decisiones que están al servicio de los intereses generales»⁷. Sin embargo, comparto la opinión de José Luis de la Cuesta, para quien el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción no se encuentra en el deber de fidelidad o lealtad por parte del funcionario para con la entidad de la que forma parte, ni tampoco en el prestigio o dignidad de la Administración, base de la confianza de los ciudadanos en ella, sino que «es la propia función pública, en cuanto tal, su correcto ejercicio de forma independiente e imparcial»⁸.

En efecto, así debe ser. En particular, en lo que se refiere al sistema de incompatibilidades de los empleados públicos cabe advertir la presencia de un conjunto de obligaciones que obedecen básicamente a tres tipos de razones. En primer lugar, hay una serie de normas que tratan de garantizar el rendimiento y la atención en el desempeño del cargo⁹. En segundo lugar, existen otras normas que lo que tratan de garantizar es que el ejercicio de actividades privadas no «comprometan [la] imparcialidad e independencia» de los empleados públicos¹⁰. Y, por último, dentro de ese conjunto de normas habría otras que tratan de garantizar la transparencia o gobierno abierto¹¹. Así pues, todo este conjunto de disposiciones sobre incompatibilidades y conflictos de intereses pretende preservar la eficacia, la imparcialidad y la transparencia de los em-

⁷ Vid. *Sistema de Integridad de la Administración General del Estado*, p. 74, trayendo a colación la Comunicación de la Comisión Europea relativa a *Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero* (2021/C 121/01).

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Eguzkilore* n.º 17 (2003), p. 10.

⁹ Del «estricto cumplimiento de sus deberes» habla la Exposición de Motivos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. También se referirían a ello los aparts. 8 y 10 del art. 53 EBEP, por ejemplo, y también serían normas de este tipo los arts. 10 y 11 aparts. 2 y 7 RD 598/1985, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de incompatibilidades.

¹⁰ Así lo afirma también la EM de la Ley 53/1984. Esto mismo prevén los aparts. 2 y 5 del art. 53 EBEP. Vid. asimismo el art. 11 aparts. 3 y 5 RD 598/1985.

¹¹ La razón última de la existencia de ciertas obligaciones de registro y de publicidad para los funcionarios públicos sería, según expresa la EM de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la de «permiti[r] una mejor fiscalización de la actividad pública, [contribuir] a la necesaria regeneración democrática, [promover] la eficiencia y eficacia del Estado y [favorecer] el crecimiento económico». Pero una cosa es esa *ratio legis* y otra lo que se trata de proteger con estas obligaciones, que es sencillamente la transparencia de los empleados públicos. Así figura entre los principios y reglas que conforman el *Código de Conducta* de los empleados públicos (art. 52 EBEP), que además informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de éstos. Asimismo, también se incluye entre los *Principios de buen gobierno* que obligan a los altos cargos del Estado (art. 26 Ley 19/2013).

pleados públicos. Pero, cabe plantearse, si estos intereses pueden justificar la intervención penal frente a ataques contra ellos.

«Como en tantos otros ámbitos de la vida –dice el maestro donostiarrá–, tampoco respecto de la corrupción puede el Derecho Penal ser el único parámetro no ya de lo social o políticamente admisible, sino incluso de la pura respuesta a la ilegalidad. Como instrumento de último recurso, al Derecho Penal no le corresponde responder a cualquier infracción de la legalidad, si no sólo ocuparse de los comportamientos más gravemente atentatorios de los bienes jurídicos más trascendentales; es más, por su propia naturaleza y conforme al principio de subsidiaridad no debería aplicarse allá donde otros instrumentos jurídicos (como el Derecho administrativo o corporativo) pueden con sus normas y sanciones específicas garantizar suficientemente el respeto y protección de aquellos bienes»¹².

De los distintos bienes jurídicos que podemos ver detrás de esas normas sobre incompatibilidades y conflictos de intereses sólo la afectación a la imparcialidad u objetividad merece sanción penal. Los demás bienes deben protegerse, por supuesto, pero no alcanzan la suficiente ofensividad o lesividad como para merecer la respuesta penal. Así, la transparencia, si se concibe como un bien a proteger, creo que es puro simbolismo. Tiene que ver sobre todo con aparentar honradez, con eso que se repite tantas veces de que la mujer de César no sólo debe ser honesta, sino también parecerlo. O dicho en otros términos, tendría que ver con el prestigio de la Administración pública o con la confianza de los ciudadanos en el correcto desempeño de la función pública. Sin embargo, estos intereses no pueden ser objeto de protección penal. Lo importante para el Derecho Penal no debe ser eso, sino si se afecta al correcto desempeño de las funciones públicas. La transparencia más que un bien jurídico es una medida de prevención situacional de posibles conflictos de intereses. Su propósito es sencillamente incrementar la percepción del riesgo de detección de aquellos que no cumplen con el deber de abstención en caso de conflicto de intereses, así como de incrementar posibles sentimientos de vergüenza o de culpabilidad en el infractor.

Tampoco la eficiencia o rendimiento tiene la suficiente entidad como para ser objeto de protección penal. Lo que hay detrás de esas normas sobre incompatibilidades es una cuestión interna de la Administración. Trata de garantizar que los funcionarios trabajen bien, nada más. Tiene que ver sencillamente con un incumplimiento contractual, que se puede resolver mediante una respuesta disciplinaria. Si esos intereses se elevan a la categoría de bien jurídico protegido penalmente, se estaría incurriendo en una mera configuración *ad intra* de

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *Diario La Ley* n.º 8153 (2013).

los deberes del cargo, que, desde mi modesto punto de vista, no tiene cabida en la CE/1978.

Por otra parte, la intervención penal resulta necesaria para proteger la imparcialidad/objetividad, porque no son suficientes otros mecanismos para garantizarla, en particular el Derecho administrativo sancionador. A mi modo de ver, la necesidad de la intervención penal resulta más que evidente si tenemos en cuenta los niveles de corrupción que se han alcanzado en los últimos tiempos¹³. Pero lo que resulta más sangrante aun es que los mecanismos administrativos que se han implantado para tratar de evitar conflictos de intereses están fallando. Y es que la regulación vigente está más orientada al cumplimiento formal de los deberes de información que al aseguramiento de la calidad de la información facilitada. Nunca se ha cuestionado verdaderamente la actividad profesional o de asesoramiento de los altos cargos en empresas privadas, no ya después del período de espera de dos años que contempla el art. 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, sino incluso dentro de dicho período, lo cual, claramente, compromete la objetividad de la Administración¹⁴. El Proyecto de Ley n.º 121/000046, de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés (BOCG, Serie A, n.º 46-1, de 7 de febrero de 2025, pp. 1 ss.), que se encuentra en tramitación parlamentaria, en su Disp. Final 1.ª, pretende modificar el art. 19 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, diciendo que «la Oficina de Conflictos de Intereses actúa con plena autonomía e independencia funcional en el ejercicio de sus funciones...»,

¹³ Baste con referirse al *Índice de Percepción de la Corrupción* que publica periódicamente la organización *Transparencia Internacional*. En 2024 España habría bajado cuatro puntos y diez puestos con respecto a 2023, obteniendo una calificación de 56 puntos y descendiendo al puesto 46 (disponible en <https://transparencia.org.es>).

¹⁴ Esto ya había sido puesto de relieve por el Tribunal de Cuentas en el Informe n.º 1152, de 27 de abril de 2016. Pero es que la situación sigue siendo igual de grave en la actualidad. Como ha denunciado el *Informe GRECO* correspondiente a la 5.ª ronda de evaluación [GrecoEval5Rep (2018) 5], adoptado 21 de junio de 2019, «la Oficina de Conflictos de Intereses ha emitido 525 autorizaciones posteriores para la reincorporación al sector privado (algunos altos cargos solicitaron autorización para varios puestos simultáneos en el sector privado durante el período de reflexión) y solo ha rechazado 11 solicitudes» (n.m. 100). «Con un índice de autorización del 98% en más de una década y muy pocas sanciones por el incumplimiento de los requisitos de las puertas giratorias, surgen dudas sobre si esta situación es el resultado de situaciones no incompatibles o más bien un sistema laxo de autorizaciones y la necesidad de un control más eficaz por parte del organismo de supervisión» (n.m. 101, negrita añadida). Por eso, entre las recomendaciones que se formularon al final de dicho Informe se encontraba el «diseñar una estrategia de integridad para analizar y mitigar las áreas de riesgos de conflicto de intereses y de corrupción para el personal con altas funciones ejecutivas» y «conectar los resultados de dicha estrategia a un plan de acción para su aplicación» (recomendación ii), así como «reforzar sustancialmente el régimen de asesoramiento, supervisión y ejecución en materia de conflicto de intereses de los altos cargos, en particular mediante el aumento de la independencia, la autonomía, las competencias y los recursos de la Oficina de Conflicto de Intereses» (recomendación ix). Pero lamentablemente, en el 2.º *Informe de cumplimiento correspondiente a la 5.ª ronda de evaluación* [GrecoRC5(2023)8], publicado el 16 de abril de 2025, se constata que «no ha habido cambios en las normas que rigen la independencia y autonomía de la OCI», por lo que «concluye que la recomendación ix sigue parcialmente implementada» (n.m. 67).

pero en mi opinión las cosas siguen más bien igual. La OCI seguirá figurando adscrita a la Secretaría de Estado de Función Pública. Habría que dotarla de más recursos y de capacidad para investigar, y que sea auténticamente independiente. Lo mismo hay que decir de todos los organismos autonómicos que se han creado con el mismo propósito y de las funciones de control que les corresponden a los Secretarios de los Ayuntamientos en esta materia.

Lo ideal sería que el sistema administrativo regulador fuese verdaderamente eficaz, pero en su defecto, tendrá que ser el sistema de justicia penal quien asuma la tarea de proteger la imparcialidad, descubriendo y persiguiendo conductas que atenten contra ella. Y a tal fin cuenta con excelentes órganos especializados en ello, como la Fiscalía Anticorrupción, las brigadas de la Policía de delincuencia económica o la Unidad, de reciente creación por el RD 1100/2024, de 29 de octubre, de la Fiscalía General del Estado de Delitos contra la Administración Pública, y por supuesto, la propia Judicatura. No obstante, no estaría de más dotarles de más recursos.

En atención a todo lo expuesto, se puede concluir que la intervención penal en esta materia está justificada, porque lo merece, porque es necesaria y porque es capaz de proteger la imparcialidad de los funcionarios y, por ende, la objetividad de la Administración.

III. CONFLICTO DE INTERESES Y DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

Con esto llegamos a la cuestión de la importancia que tiene prevenir conflictos de interés como forma de garantizar una redistribución de la riqueza. No parece que haya que insistir mucho en que una redistribución de la riqueza, a través de una equitativa política de ingresos y de gastos en los presupuestos públicos, es una verdadera forma de promover la libertad, la igualdad y la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y si fuese necesario, habrá que recurrir incluso al Derecho Penal para contribuir a su tutela.

El conflicto de intereses entre el ámbito público y el privado puede surgir fácilmente por haber desarrollado una actividad profesional privada con anterioridad al acceso a la función pública, también puede aparecer, como es lógico, porque se lleve a cabo durante el desempeño de la función pública, e incluso se puede producir igualmente después de haber cesado en el ejercicio de las funciones públicas.

La actividad profesional pretérita puede cuestionar la imparcialidad del empleado público y por eso surge el deber de abstenerse/excusarse (art. 23.2 letra e) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Paralelamente al deber de abstención se prevé también el derecho de recusación de los interesados (art. 24 Ley 40/2015), pues no en vano el correlato de la imparcialidad de los funcionarios y de la objetividad de la Administración es la igualdad de los ciudadanos ante ella.

Con posterioridad al desempeño de la función pública también puede aparecer un conflicto de intereses, pues existe la posibilidad de que se utilice la información conseguida a través de un empleo público, incluidos los contactos personales y profesionales, para ponerla al servicio de la industria o de una empresa concreta de cara a negociaciones políticas, contrataciones públicas y otras relaciones con las entidades del sector público. Asimismo, se afirma que el fenómeno de las puertas giratorias, además de afectar a la función pública, implica también una distorsión de la competencia, ya que resulta criticable que determinadas empresas privadas puedan aprovecharse en exclusiva de los conocimientos, informaciones y contactos que poseen gracias al desempeño de un oficio público. Incluso en el peor de los casos, puede suceder que ministros u otros altos cargos otorguen ventajas a un sector, industria o empresa concreta, pensando en obtener contratos o empleos lucrativos después de abandonar la Administración pública. Es perfectamente imaginable que funcionarios públicos negocien futuros empleos en el sector privado mientras aún se encuentran ejerciendo un cargo público. Por eso, se prevén limitaciones al ejercicio de actividades privadas durante un cierto período de tiempo posterior al cese. Sin embargo, este tipo de conflicto de intereses quedan fuera del ámbito de tipicidad penal de muchos países, como en España, por la sencilla razón de que ya no se reúne la cualidad para ser sujeto activo del delito: ser funcionario o servidor público. Pienso que esto debería cambiarse.

Aunque hay quien pueda ver algo positivo en lo que comúnmente se conoce como puertas giratorias, sin embargo, el nombramiento de ejecutivos de empresas para ocupar cargos públicos y puestos claves en el gobierno, y a la inversa, la colocación de políticos en los consejos de administración de las grandes empresas ¹⁵ abre la posibilidad de que la elaboración de políticas y la aplicación de las normas se inclinen hacia esos sectores empresariales para darles ventajas. Y es que el pastel es lo suficientemente jugoso como para no querer intervenir en su reparto.

¹⁵ Si indagamos un poco, no mucho, podemos encontrar ejemplos verdaderamente muy llamativos de puertas giratorias en las grandes empresas españolas. Por citar tan sólo algunos, en *Endesa*: Aznar, Solbes, Salgado, Acebes, Martín Villa, de Guindos, Pío Cabanillas, Blesa, Miquel Roca, Coscubiela; en *GasNatural*: Felipe González, Calvo Sotelo, Cristina Garmendia, Narcís Serra; en *Iberdrola*: Ángel Acebes, García Tejerina, Fátima Báñez, Manuel Marín, Carmona, Braulio Medel; en *Telefónica*: Zaplana, Rato, Narcís Serra, Trinidad Jiménez, Urdangarín, Fernando de Almansa, Ortúzar; en *Repsol*: Croissier, Marcelino Oreja, Imaz; o el caso de *Enagás*, que resulta paradigmático, pues su actual Consejo de Administración está plagado de políticos y expolíticos como José Montilla, Ana Palacio o José Blanco.

Un ejemplo de lo que en mi opinión constituyen este tipo de decisiones políticas influenciadas por el fenómeno de las puertas giratorias puede ser el mecanismo del déficit tarifario de finales de 2006 o también el llamado peaje de respaldo, más conocido como el «impuesto al sol», establecido en 2015 y derogado en 2018¹⁶. En España, existió un impuesto por utilizar la luz del sol. El Defensor del Pueblo se pronunció en contra de su implantación¹⁷. Sin embargo, el Ministerio de Industria, entonces ocupado por José Manuel Soria, hizo caso omiso, lo cual probablemente supuso un drástico frenazo a la penetración de las renovables en España y a demandas con indemnizaciones millonarias que todavía se dilucidan en tribunales internacionales.

IV. CONCLUSIONES

Así se podría seguir poniendo múltiples ejemplos, pero es momento ya de formular unas conclusiones:

- 1.^a El conflicto de intereses está detrás de muchos casos de corrupción.
- 2.^a El Derecho Penal debe intervenir para prevenir dichos conflictos en aras de proteger la imparcialidad y la objetividad de la Administración.
- 3.^a El delito de actividades incompatibles con la función pública del art. 441 CP es insuficiente para hacer frente a este tipo de ataques.
- 4.^a Sería conveniente introducir un delito que castigue el ejercicio de una actividad profesional privada de un modo que sea incompatible con la función pública que se esté desempeñando o se haya desempeñado en el pasado reciente.
- 5.^a Al hilo del Proyecto 121/000046, de febrero de 2025, de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés, creo que debería considerarse delito quien realice una actividad de influencia, según se define en el art. 4 de esa Ley, durante un período de 5 años posteriores al cese.
- 6.^a Se podría añadir un párrafo 2.º al art. 441 CP en el que se castigase tales conductas, incluyendo también al particular (tanto persona física, como persona jurídica) que hubiese contratado en estos casos al funcionario.

¹⁶ Establecido por el RD 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo (BOE n.º 243, 10 octubre 2015, p. 94874 ss.).

¹⁷ *Vid.* la Recomendación del Defensor del Pueblo de 4 de julio de 2014, sobre el establecimiento de un peaje a la producción de energía eléctrica de autoconsumo.

45. LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE EN PRISIÓN: ¿ES POSIBLE HOY?

CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

Estas líneas están dedicadas al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, cuya mirada jurídica, profundamente humana, ha estado siempre atenta a las realidades de mayor vulnerabilidad, también a la de las personas privadas de libertad. Haberle conocido desde los inicios de mi vida académica, gracias a sus estrechos lazos de colaboración con la UCLM, y haber tenido la oportunidad de aprender de él, ha sido para mí un verdadero privilegio.

Cuando abordamos el estudio de la cárcel y de las penas que en ella se cumplen, nos referimos a la de prisión –a la que también se llega desgraciadamente por deudas, a través de la responsabilidad personal subsidiaria– y lamentablemente desde hace ya 10 años a la de prisión permanente revisable. Esa es la población penitenciaria que tenemos en el imaginario cuando vemos las cifras que regularmente presenta el Ministerio del Interior.

Pero como penalista dedicada especialmente al estudio de las penas y de su ejecución, tengo que confesar mi sorpresa al conocer que también a estas casas singulares que son las cárceles se está destinando actualmente a personas condenadas a cumplir una pena de localización permanente. A fecha de 12 de

septiembre de 2025¹, 98 personas se encontraban en centros penitenciarios dependientes de la Administración General del Estado cumpliendo una pena de localización permanente. Este número fue mayor en los años precedentes (datos ofrecidos a 31/12): 101 en 2024, 152 en 2023, 207 en 2022. Sorprendente es también que su tipología delictiva es muy diversa. No son sólo delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico –que veremos podría ser explicable tras la reforma del hurto en 2010 pero sólo hasta 2015–, sino también por delitos (¿y faltas?) de violencia de género y de otra naturaleza. Respecto al lugar de su cumplimiento, también llama la atención que no esté siendo –ya que es– en Centros de Inserción Social, sino también en centros penitenciarios «cerrados»².

Pero... ¿Por qué se están cumpliendo penas de localización permanente dentro de las prisiones?

II. NACIMIENTO DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE COMO UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD «ALTERNATIVA» AL CUMPLIMIENTO DENTRO DE LA PRISIÓN

El nacimiento de la pena de localización permanente coincide con la salida del catálogo de penas de la de arresto de fin de semana, ante el fracaso de su gestión al no dotar de medios e infraestructura adecuada para su ejecución efectiva. Así, tan sólo 8 años después de su previsión en el Código penal del 95, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, dictaba su muerte efectiva justificada, según recoge la Exposición de Motivos, ya que la «aplicación práctica no ha sido satisfactoria».

Si bien común a ambas es su categorización como penas privativas de libertad, una diferencia esencial relativa a su propia naturaleza es que mientras que el arresto de fin de semana implicaba la total privación de libertad, eso sí, en un tiempo limitado y de cumplimiento separado al de las personas condenadas a penas de prisión, la pena de localización permanente nace como una pena de «semidetención», que «obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o poste-

¹ Según los datos que, previa solicitud, me fueron facilitados por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Coordinación Territorial de la SGIP a fecha de 18/09/2025.

² En datos ofrecidos por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Coordinación Territorial de la SGIP a 6/10/2025, 42 personas estaban en CIS (Victoria Kent en Madrid, y Matilde Cantos Fernández), 29 en centros cerrados (Albolote, Arrecife de Lanzarote, Las Palmas, Madrid VI en Aranjuez) y 27 en «otros centros penitenciarios y CIS».

riormente en auto motivado» (art. 37 CP). Y esta diferencia es determinante para la selección de su lugar de cumplimiento: para el arresto de fin de semana en un centro penitenciario o en un depósito municipal³; para la localización permanente en un lugar distinto a la prisión, como subraya la Exposición de motivos de la LO 15/2003: «la configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios». Es más, el legislador del 2003 nos recuerda que la nueva pena de localización permanente tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario, con el plus que comporta el desarrollo de la tecnología.

No obstante, la redacción alternativa que planteó el legislador al añadir al domicilio «o lugar determinado fijado por el juez en sentencia» planteó dudas sobre si un Juez podría acordar su cumplimiento en un centro penitenciario o incluso en un depósito municipal. En contra de esta opción se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003⁴ y la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre⁵.

Esta distinción en su esencia y correlativo lugar de cumplimiento –no el de la prisión– guarda coherencia con las tres vías de aplicación que el legislador del 2003 diseñó para la localización permanente y que se mantienen en la actualidad.

La primera es su previsión como pena principal para infracciones penales leves. Originariamente vinculada, como pena alternativa a la multa, a un número importante de faltas, actualmente es la pena principal prevista, de manera alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad o a la

³ En su redacción original el art. 37 de la LO 10/1995 preveía el cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana «durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado», aunque si las circunstancias lo aconsejaban y previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podía ordenar que se cumpliera «en otros días de la semana o, de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales».

⁴ Que señaló que «la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario».

⁵ «Los Sres. Fiscales rechazarán tal opción, pues la misma desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral (en este sentido se admite incluso la ejecución fraccionada o discontinua)».

multa, para los delitos de amenazas leves (art. 171.7), coacciones leves (art. 172.3) o injurias o vejaciones leves (art. 173.4) cuando, en todos estos casos, se dirijan contra una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP. Por ello en estos tres preceptos se aclara que su cumplimiento será en domicilio diferente y alejado al de la víctima. Habla de domicilio: no de prisión. Son en todo caso delitos leves para los que no está prevista la pena de prisión, lo que es coherente con la configuración de esta pena como pena leve (art. 33.4 h) CP).

La segunda es su previsión como pena alternativa a la de prisión cuando el Juez se ve obligado a aplicar la sustitución de penas imperativa contemplada en el art. 71 del CP⁶. Si por aplicación de las reglas de determinación de la pena procede imponer una prisión inferior a 3 meses, el CP obliga a la sustitución de ésta por la multa, por trabajos en beneficio de la comunidad o por la de localización permanente, aun cuando estas penas no estén previstas como principales en el delito de que se trate. En el caso de la localización permanente, la conversión será la de un día de localización permanente por cada día de prisión. Ninguna lógica tendría obligar pues a sustituir una pena de prisión inferior a tres meses, porque quieres evitar la entrada en una cárcel de un condenado a una pena corta, por una localización permanente que va a cumplirse en un centro penitenciario.

La tercera de las vías también tiene sólo su razón de ser si se parte de que su cumplimiento debe ser fuera de la prisión. Así, el art. 53.1 CP prevé que la localización permanente sea un sustitutivo de la prisión –también el trabajo en beneficio de la comunidad– en los casos de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa siempre que se trate de un delito leve⁷. No tendría sentido que si el impago de multa conlleva un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas –y consecuentemente su cumplimiento en prisión–, se concrete que para los delitos leves podrá cumplirse mediante localización permanente si también va a suponer su entrada en un centro penitenciario.

Es curioso que, a medida que se ha extendido su duración, se ha reducido el número de infracciones penales en las que aparece anudada como pena. Si la LO 15/2003 la limitó a una duración de 1 a 12 días, la LO 10/2010 estableció

⁶ Introducida en la reforma del CP por la LO 1/2015, en sustitución de la remisión que hacía hasta entonces el art. 71 CP a las reglas de la sustitución de las penas privativas de libertad, en las que, desde la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el art. 88 preveía la posibilidad de la sustitución de las penas de prisión de hasta un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, de no exceder de 6 meses, también por localización permanente.

⁷ Faltas, hasta la reforma de este art. 53 por la LO 1/2015.

la horquilla temporal que perdura hasta hoy: de 1 día a 6 meses (art. 37.1 CP). Sin embargo, en su clasificación de las penas en función de su naturaleza y duración, el CP la categoriza sólo como pena leve, con una duración entre 1 día y 3 meses. Si para los delitos en los que está prevista como pena principal su horquilla temporal se establece en 5 a 30 días, en los casos de sustitución imperativa de penas inferiores a 3 meses tampoco la localización permanente superará este último límite. En cambio, precisa el legislador en el art. 53 que cuando se cumpla la responsabilidad subsidiaria por impago de multa mediante localización permanente no regirá la limitación en su duración establecida en el art. 37.1 CP.

Consecuentemente, el ya derogado Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecieron las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se limitó respecto a esta pena a desarrollar la competencia del establecimiento penitenciario donde la persona penada tuviera su residencia para la definición del plan de ejecución –que entre otros parámetros debía referirse al lugar de cumplimiento, entendiendo por tal el domicilio u otro lugar con indicación de población o término municipal (art. 13)–, su seguimiento y control y la emisión de un informe final tras su cumplimiento.

III. LA REFORMA DEL 2010 O EL FRAUDE DE ETIQUETAS: EL REGRESO DE LOS ARRESTOS DE FIN DE SEMANA A TRAVÉS DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE PARA LAS FALTAS DE HURTO

La primera reforma que experimenta la pena de localización permanente es siete años después, de la mano de la LO 5/2010, de 22 de junio. Y lo hace en varios planos. El primero es el de su extensión, ampliando su duración⁸. En segundo lugar, en cuanto a su control, introduce la posibilidad de que el Juez o Tribunal puedan acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo para garantizar su cumplimiento efectivo. Por otro lado, en su dimensión como alternativa, en palabras del legislador en

⁸ Estableciendo el art. 37.1 que la localización permanente tendrá una duración de hasta 6 meses. De 1 día a 3 meses se recoge como pena leve, y de 3 meses y un 1 día a 6 meses como pena menos grave (art. 33.7).

su Exposición de Motivos, le otorga un mayor protagonismo ante la «secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión en el sistema español», confiriéndole una mayor extensión y contenido en el marco de la sustitución de las penas privativas de libertad⁹.

En su dimensión de pena principal, argumentando que esta pena podía ser un instrumento adecuado en los supuestos en los que estuviera prevista como pena principal para combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas que generaban una especial inseguridad ciudadana, introduce en el art. 37 CP la previsión de que, «en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado». En un denodado intento de justificar este cambio de naturaleza de la pena de localización permanente, a la que le quita la condición de pena de semidetención para convertirla en una pena privativa de libertad de posible cumplimiento en prisión, el legislador argumenta que «se trata de ofrecer una mayor dureza en la respuesta frente a la reiteración de la infracción que sea al tiempo compatible con la naturaleza leve de la sanción» al tiempo que defiende que así se evita «el efecto desocializador del régimen de cumplimiento continuado que caracteriza a la pena de prisión propiamente dicha». Sin mentar a los desaparecidos arrestos de fin de semana, el legislador propicia de esta manera, y por la puerta de atrás, su reingreso a nuestro sistema de penas en un claro fraude de etiquetas.

Ahora bien, el legislador de 2010 justificó la restricción de este régimen excepcional de cumplimiento en centro penitenciario a las faltas reiteradas de hurto¹⁰. Lo hizo por un doble motivo: «por una parte, se trata del supues-

⁹ Incorporando a la ya desaparecida figura de sustitución de las penas de prisión del art. 88.1 CP, cuando no excedieran de 6 meses, además de por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, por la pena de localización permanente, aunque la Ley no previese estas penas para el delito que se tratase, estableciendo como regla de conversión un día de prisión por un día de localización permanente. Y de haber sido el reo condenado por un delito relacionado con la violencia de género, esa localización permanente debía ser en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. Este precepto fue suprimido por la LO 1/2015.

¹⁰ Preveía el art. 623.5, derogado por la LO 1/2015, que: «Serán castigados con localización permanente de 4 a 12 días o multa de 1 a 2 meses: 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 37.1».

to que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es el que a día de hoy realmente requiere la adopción de esta medida. Por otro, la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario». Eso sí, al menos previó un impacto limitado, pues su duración se estableció en la horquilla de 4 a 12 días, lo que más bien parece esconder otra finalidad, más allá de la lógica preventivo-general negativa, como fue la de garantizar que esa delincuencia concebida como más «molesta» no se encontrase en las calles durante los fines de semana.

Su reconversión en una pena de cumplimiento en prisión, lo que confronta no sólo con el espíritu de la localización permanente, sino también con el texto penal y su coherencia interna, obligó a diseñar un itinerario de ejecución penitenciaria. Lo recogió el nuevo Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, a día de hoy vigente. Al revés que el RD 515/2005, el del 2011 ya no declara competente a la Administración penitenciaria para el diseño del plan de cumplimiento y el control y seguimiento de todos los penados a localización permanente, sino sólo para los casos en los que haya recaído resolución judicial que acuerde que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario¹¹ (art. 12). Para ellos y en un único artículo, el RD esboza una serie de normas referidas al régimen penitenciario, en cuanto al ingreso y duración¹², el centro penitenciario de cumplimiento¹³, el tiempo fuera de la celda¹⁴, los objetos

¹¹ Ese plan de ejecución se comunicará al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad, entregándole también una copia al penado (art. 13.2).

¹² El cumplimiento será los sábados, domingos y días festivos (art. 13.1). Se establece que el ingreso tendrá lugar el sábado o día festivo inmediatamente anterior entre las 9 y las 10 y la permanencia será ininterrumpida hasta las 21 del domingo (o del día festivo inmediatamente posterior). No se admitirá al penado que se presente transcurrido el horario de ingreso o, en él, pero evidenciando un estado psicofísico incompatible con el normal cumplimiento de la pena o concurriendo circunstancias que lo obstaculicen notoriamente –de lo que se levantará acta y se remitirá al órgano jurisdiccional competente– (art. 13.4).

¹³ Será en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado y, si hay varios en la misma localidad, el que determine la Administración penitenciaria (art. 13.1).

¹⁴ El penado cumplirá la localización permanente en la celda asignada, procurándosele un disfrute de un mínimo de 4 horas diarias fuera de la misma (art. 13.5).

autorizados ¹⁵, sus obligaciones ¹⁶, acudiendo al comodín de prever una cláusula de cierre en la que se prevé que, en defecto de lo establecido en este artículo, se aplicarán los preceptos de la LOGP y RP que no se opongan a la naturaleza de la pena ni a sus condiciones de cumplimiento ¹⁷, lo que, además de generar inseguridad jurídica y mostrar la falta de atención en su regulación ¹⁸, evidencia el carácter punitivo, como pena de «prisión» —si bien circunscrita a un cumplimiento de fin de semana— a la que se ha dotado a la localización permanente. El arresto de fin de semana entra al CP por la puerta de atrás como la localización permanente en la prisión. Su regulación recuerda demasiado a la no tan escueta que recogía el ya derogado RD 690/1996, de 26 de abril, para los arrestos de fin de semana ¹⁹. De cumplimiento en viernes, sábado y domingo (36 horas), al menos se preveía la posibilidad de existir varios centros penitenciarios, ser preferente el cumplimiento en el CIS más próximo, algo no recogido expresamente en el RD 2011 ²⁰.

¹⁵ Tendrá derecho a disponer, a su costa, de un pequeño reproductor de música o radio en su celda, libros, prensa y revistas impresas de pública circulación. No podrá en cambio recibir comunicaciones, visitas ni paquetes. La tenencia de ropa y efectos personales en la celda se limita a la que sea normal para su uso durante el tiempo de permanencia en el centro —lo que se determinará en las normas de régimen interior— (art. 13.5 y 7).

¹⁶ El penado debe respetar las normas de régimen interior, mantener la celda en buen estado (limpiándola antes de desalojarla), adoptar medidas de higiene personal, tener un buen comportamiento y acatar las instrucciones y órdenes que reciba (art. 13.6).

¹⁷ Recogida en el art. 13.10. También es indeterminada la previsión de que el penado estará sometido al régimen general del establecimiento, en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de esta pena y su forma de ejecución (art. 13.8).

¹⁸ Lo que al final lleva a tener que desarrollarlas vía Instrucción 11/2011 de la SGIP sobre «Pena de localización permanente en centro penitenciario», con los problemas de legalidad que plantea el recurso a un instrumento no normativo de autorregulación interna de la Administración.

¹⁹ En cuanto a su régimen de cumplimiento, se estableció que fuera en celda individual y en régimen de aislamiento, con absoluta separación del resto, pudiéndola abandonar para disfrutar de los períodos de paseo (art. 17). Entre sus derechos se establecía también disponer de radio o televisión a su costa y acceder a los servicios de biblioteca y economato (art. 18). Y como deberes igualmente el respeto de las normas de régimen interior, el mantenimiento en buen estado de la celda (efectuando labores de limpieza y aseo antes de desalojarla), someterse a las medidas de higiene personal y mantenimiento de un buen comportamiento y acatar las instrucciones u órdenes que recibiera (art. 19). Durante ese tiempo no sería clasificado ni tampoco podría recibir visitas, comunicaciones o paquetes, salvo que su cumplimiento fuera ininterrumpido, pudiendo tener entonces una comunicación semanal de 40 minutos con familiares y allegados, recibir un paquete por semana y efectuar llamadas telefónicas conforme a lo establecido en el RP (art. 21). Se preveía que estuviera sometido al régimen disciplinario general de establecimiento (art. 22). E igualmente se remitía a la LOGP y al RP como régimen supletorio general (Disposición final primera).

²⁰ Lo que expresamente prohíbe la Instrucción 11/2011 de la SGIP: «quedan excluidos los CIS, por ser establecimientos destinados al cumplimiento en régimen abierto o en semilibertad, en cualquiera de sus modalidades, ajenos en todo caso a las normas generales del cumplimiento de esta modalidad de pena privativa de libertad. A pesar de ello, en la práctica evidencia que sí se están utilizando para el cumplimiento de la pena de localización permanente.

IV. EL ¿«OLVIDO»? DEL LEGISLADOR DEL 2015: EL DEBIDO REGRESO DE LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE FUERA DE LOS MUROS DE LA PRISIÓN

También la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015 introdujo algunas novedades en la pena de localización permanente. En ese proceso de destipificación de algunas de las antiguas faltas y reconfiguración de muchas de ellas en delitos leves, se justifica en la Exposición de Motivos el recurso a la localización permanente, junto a los trabajos en beneficio de la comunidad, en los delitos de violencia de género y doméstica «con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa»²¹. A ello se sumó la desaparición de la sustitución de penas contemplada en el art. 88 CP, reduciendo así las vías de aplicación de esta pena en el marco de las alternativas.

Pero sin duda la más relevante es una omisión: la no previsión en ningún delito de la Parte Especial castigado con la localización permanente de que, en caso de reiteración, pueda ser cumplida esta pena en fines de semana en centro penitenciario. Para el delito para el que este supuesto excepcional se pensó ya no hacía falta: en la conversión de la falta de hurto del antiguo art. 623 al delito leve del art. 234.2, el legislador penal le asigna la pena de multa de 1 a 3 meses, no la de localización permanente. Y de concurrir alguna de las circunstancias del tipo agravado del art. 235 –donde se contempla esa reiteración a través de la reincidencia²²– ya aparece la pena de prisión de 1 a 3 años. Además, la reforma operada por la LO 9/2022, de 28 de julio establece la imposición de la pena del delito de hurto del 234.1 (prisión de 6 a 18 meses) aunque la cuantía no exceda de 400 euros, si el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por 3 delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico y el montante acumulado de las infracciones fuera superior a esa cantidad.

De esta manera, aunque el art. 37 CP mantiene su redacción en la regulación general de esta pena previendo la posibilidad de que la pena de localización permanente pueda ser excepcionalmente cumplida en centro penitenciario condicionada a que esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción «y siempre que así lo disponga ex-

²¹ En consecuencia, y como pena principal, la prevé para las amenazas leves (art. 171.7), coacciones leves (art. 172.3) e injurias o vejaciones injustas leves, en todos ellos siempre que la víctima sea una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

²² En su circunstancia 7.º: «Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo».

presamente el concreto precepto aplicable», en ninguno de los tres delitos de la Parte Especial en los que esta pena aparece como principal se prevé expresamente esta posibilidad²³. Al revés, en los tres se habla expresamente de domicilio, señalando que debe ser siempre «en domicilio diferente y alejado del de la víctima». Y en ningún caso el art. 37 CP abre la puerta a que pueda preverse ese cumplimiento en centro penitenciario cuando se llega a la localización permanente por la vía de la sustitución de la pena (art. 71.2) o de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53)²⁴.

En consecuencia, y a partir de la reforma del 2015, ninguna persona condenada tras la entrada en vigor de esta reforma a la pena de localización permanente podría ser derivada a un centro penitenciario para su cumplimiento.

V. LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE NO SE PUEDE CUMPLIR EN UN CENTRO PENITENCIARIO PERO... ¿POR QUÉ SE SIGUE CUMPLIENDO?

La reforma de 2015 eliminó la única vía abierta por el legislador en 2010 para el cumplimiento de la pena de localización permanente en un centro penitenciario. Aunque siga prevista esta posibilidad en el art. 37 CP, exige que expresamente deba referirlo el delito que la contenga como pena principal y los tres delitos a los que está asignada no lo hacen. ¿Por qué, entonces, once años después, sigue habiendo personas en prisión cumpliendo penas de localización permanente? Con la información disponible, podemos plantear varias hipótesis.

La primera hipótesis sería que las personas que actualmente están cumpliendo pena de localización permanente en un centro penitenciario fueron condenados por el hoy derogado art. 623 CP por hurtos reiterados cometidos en el período en el que tal previsión estuvo en vigor, entre el 23 de diciembre de 2010 y el 1 de julio de 2015. Sin embargo, esta hipótesis se encuentra con dos objeciones. Pasados ya casi 11 años, la primera viene de las propias reglas

²³ También la FGE en su Consulta 1/2016, al referirse la reforma del 2015, señala: «la opción de cumplimiento en centro penitenciario desaparece con la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas» trataba en cuatro títulos separados las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. Con ello ha quedado derogado el art. 621.1 CP (falta reiterada de hurto). Sin embargo, permanece en el art. 37 CP la previsión de la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario».

²⁴ No es la única disonancia entre la regulación general de la pena contenida en el art. 37 y el resto del articulado del Código penal en el que la misma aparece. Así, la reforma del 2015 la elimina como pena menos grave en el catálogo del art. 33, previéndola solo como leve –de 1 a 3 meses– cuando el art. 37 establece que su duración será de hasta 6 meses.

de prescripción de las penas. Las penas leves –la localización permanente de 1 día a 3 meses– prescriben al año (art. 133 CP) y el tiempo de prescripción sólo quedará suspenso durante el período de suspensión de la ejecución de la pena o durante el cumplimiento de otras penas, cuando lo estén haciendo de forma sucesiva (art. 134 CP). Pero, además, los datos facilitados por la SGIP apuntan a que hay otras tipologías delictivas, entre las que destacan los delitos relativos a la violencia de género.

La segunda hipótesis es que estén entrando en prisión personas a cumplir penas de localización permanente que son resultado de la aplicación de la sustitución de penas de prisión inferiores a 3 meses o de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa en el caso de penas de prisión inferiores a 6 meses. Ello explicaría la diversidad de delitos que refieren los datos facilitados por la SGIP respecto de las localizaciones permanentes cumplidas en centros penitenciarios. En todo caso, ambas opciones contradirían el tenor del art. 37 CP que subordina la posibilidad del cumplimiento de la localización permanente en un centro penitenciario a que trate de una pena prevista como pena principal y a que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable. Pero también llevarían al absurdo de acabar destinando a prisión a una persona a cumplir una pena de localización permanente que aparece, vía art. 71 CP, porque el legislador no quiere que haya penas de prisión inferiores a 3 meses y obliga a sustituirlas. Lo mismo en cuanto a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, donde la posibilidad de cumplirla a través de una localización permanente se recoge en el art. 53 CP como una alternativa a su cumplimiento en prisión cuando se trate de delitos leves.

Por esta misma razón también sería contraria a derecho la tercera de las posibles explicaciones, la de que la referencia alternativa que plantea el art. 37 al domicilio del penado, «o en lugar determinado fijado por el Juez o posteriormente en auto motivado», sea un centro penitenciario, en una suerte de interpretación extensiva de los jueces reforzada por la posibilidad legal contemplada entre 2007 y 2015 para el hurto reiterado. Esto explicaría los datos ofrecidos por la SGIP en cuanto a tipología delictiva en la que aparecen, además de los delitos contra el patrimonio (y orden socioeconómico), los delitos (¿y faltas?) de violencia de género. Es en los delitos de amenazas leves, coacciones leves e injuria o vejaciones injustas de carácter leve en los únicos tipos penales en los que desde la reforma del 2015 se contempla la localización permanente como pena principal. Esta pena a su vez es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, que debe ser aceptada por el penado. De no serlo y no ser suspendida conforme a lo previsto en los arts. 80 y ss. CP, la única vía es la imposición de la localización permanente.

Pero expresamente en estos tres delitos se señala que la pena de localización permanente debe ser «en domicilio diferente y alejado de la víctima». Y por domicilio no puede entenderse un centro penitenciario sin violentar claramente el principio de legalidad.

La última de esas hipótesis, por casos conocidos la más plausible –y convergente con las anteriores–, llegaría por la vía del cumplimiento sucesivo en los casos en los que, ya en la misma o en distinta ejecutoria, la persona tenga que cumplir tanto pena de prisión (ya se trate de principal o por una responsabilidad subsidiaria por impago de multa) como pena de localización permanente. En tanto son dos penas privativas de libertad, no pueden cumplirse acumulativamente, sino que su cumplimiento será sucesivo: tal y como establece el art. 75 CP, la de mayor gravedad, prisión, primero, y después la localización permanente. Y, ya contando con el consentimiento del interno (o incluso solicitado por él), y con el del órgano judicial competente, el resultado es que se prolongaría su estancia en prisión para el cumplimiento en ella de los días de localización pendiente pendientes, en lugar de realizarla una vez fuera de prisión en su domicilio.

Se puede decir que en algunos casos se trataría de una interpretación por parte de la Administración –aunque a menudo visada por los jueces– entendida «pro reo», para propiciar que, cuando la persona privada de libertad salga definitivamente de prisión, lo haga sin esa pena también privativa de libertad todavía pendiente de cumplir. La misma filosofía está detrás de la práctica habitual del cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad a la vez que el cumplimiento de la pena de prisión dentro de las cárceles mediante la realización de talleres. Sin embargo, mientras que en este caso esta interpretación podría encontrar cobertura en el entendimiento de que son penas de cumplimiento simultáneo y no requieren de cumplimiento sucesivo, en el caso de la localización permanente es una clara interpretación contraria al principio de legalidad, pues no encuentra cobertura alguna en la normativa penal. En la práctica implica, subrepticamente, la reintroducción del arresto de fin de semana, pero ya no de manos del legislador, sino de los jueces que así lo disponen o autorizan y de la Administración que lo propicia o lo ejecuta. Y, además, limitado a los casos en los que la persona condenada, a menudo con insuficiente conocimiento de su situación jurídica, ya se encuentra en prisión. No en el resto. La localización permanente se convertiría así de facto en una ampliación de la privación de libertad, pero sólo para aquellos que están ya en ella privados de la misma por otras causas, con todas las implicaciones que ello tiene en cuanto a los principios de igualdad y de legalidad.

En conclusión, la pena de localización permanente, en su triple dimensión de pena principal o pena resultado de la sustitución (art. 71) o de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53), no puede ser cumplida en un centro penitenciario desde 2015. No estando prevista esta opción expresamente en ningún tipo penal, una decisión judicial que así lo estableciera o lo permitiera estaría quebrantando el principio de legalidad. De esta manera, ya sea motivado por desconocimiento de la norma penal y su reforma, ya por una interpretación extensiva, ya por una interpretación entendida como «pro reo», se estaría convirtiendo una pena de localización permanente en una pena de prisión, aunque de corta duración, de cumplimiento similar a los desaparecidos arrestos de fin de semana, con un mayor contenido punitivo que la que debe tener la localización permanente y sin cobertura legal alguna en el Código penal.

46. JUICIO CLÍNICO HUMANO Y DECISIÓN AUTOMATIZADA. REFLEXIONES SOBRE EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA MEDICINA ASISTIDA POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN
Doctora en Derecho
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

En la presente contribución se van a exponer una serie de consideraciones acerca de la relevancia que tiene la supervisión humana y el criterio de la persona inteligente y sensata en la determinación del deber objetivo de cuidado mediante los sistemas de inteligencia artificial (en adelante IA) en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa¹. Los sistemas de IA en las actividades médico-quirúrgicas se encuentran muy alejados de los fundamentos de la Medicina basada en la evidencia científica al operar mediante el análisis de grandes volúmenes de datos con el fin de efectuar recomendaciones o proponer decisiones. Es imprescindible reconocer el valor de la información que

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la biomedicina», número de referencia PID2022-136743OB-I00, Proyectos de Generación de Conocimiento 2022, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y la Unión Europea-FEDER Una manera de hacer Europa, cuyos IPs son los Dres. Asier Urruela Mora y Emilio Armaza Armaza. Asimismo, desarrolla uno de los objetivos de investigación del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 28/04/2023).

¹ Véase más ampliamente en RUEDA MARTÍN, M. A: «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico quirúrgica curativa a la luz de los avances de los sistemas de inteligencia artificial», en *InDret* 1.2025, pp. 178 y ss.

proporcionan los sistemas de IA con medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados, pero también es necesario determinar cómo debe intervenir la supervisión humana en ellos para que puedan surtir los efectos favorables sobre los pacientes. En las denominadas situaciones «típicas» de una actividad médico-quirúrgica curativa, que tienen en común una serie de elementos, factores y circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia determinan el deber objetivo de cuidado mediante la denominada *lex artis*, definida como el conjunto de reglas generales de carácter técnico o procedimientos, máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias², de modo que el profesional médico o sanitario que en su actuación se ha sometido a la *lex artis* no habrá infringido por regla general el deber objetivo de cuidado³. La determinación del cuidado objetivamente debido, según la opinión dominante, exige partir como presupuesto lógico de la previ-

² Véanse, entre otros, ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 26; el mismo: *El médico ante el derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, pp. 69 y ss.; el mismo: «El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente», en Romeo Casabona, C. M. (ed.): *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Comares, 2005, p. 17; ROMEO CASABONA, C. M./SOLA RECHE, E./HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en Romeo Casabona, C. M. (coord.): *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXII Coloquio de Derecho Europeo*. La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992, La Laguna: Universidad de La Laguna, 1993, p. 106; HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia inconsciente*, Granada: Comares, 2001, p. 149; ORBEN, S.: *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, Colonia, Berlín, Múnich: Carl Heymanns, 2004, p. 9; MARTÍN LEÓN, A.: «Lex artis y protocolos médicos», en Morillas Cueva, L./Suárez López, J. M. (dirs.): *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 467 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./BLANCA CRUZ, M. J.: «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», en Morillas Cueva, L./Suárez López, J. M. (dirs.): *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 155 y ss.; ABRALDES, S.: *El principio de la confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, Santa Fe-Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2010, pp. 181 y 182; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V./TORRES CADAVID, N.: «La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes: Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años», en Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Guérez Tricarico, P./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. J. (eds.): *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, volumen 2, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019, pp. 1212 y ss.; SEOANE, J. A.: «Lex Artis», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen XXXVIII, 2022, pp. 277 y ss.

En la doctrina alemana, véanse ESER, A.: § 223 en Schönke, A./Schröder, H. (eds.): *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29.^a ed., München: C.H.Beck, 2014, n.º 35; Sternberg-Lieben, D./Schuster, F.: § 15 en Schönke, A./Schröder, H. (eds.): *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., München: sC.H.Beck, 2019, n.ºs 212 y ss.; WOLTERS, J.: «§ 223» en WOLTER, J./HOYER, A. (Hrsg.), Band IV: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10 Auflage, Carl Heymanns, n.º marginal 59.

³ Véanse ROMEO CASABONA, C. M.: «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», en Romeo Casabona, C. M. (ed.): *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Comares, 2005, p. 209; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona: J. M.^a Bosch, 2001, p. 311.

sibilidad objetiva⁴, ya que es preciso tener en cuenta todos los resultados objetivamente previsibles que se pueden derivar al realizar una acción en la vida social, para cuya evitación el Derecho establece adoptar una diligencia o un cuidado con carácter general⁵. Este principio resulta también evidente en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa como ya expuse en investigaciones anteriores⁶. Recordemos que la averiguación del juicio de previsibilidad objetiva de un resultado en la realización de una actividad médico-quirúrgica implica tener en cuenta los siguientes elementos, partiendo de la formulación propuesta por *Traeger* y *v. Hippel*⁷: se coloca una persona inteligente en la posición del médico/autor, en el momento del comienzo de la acción y tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico) junto con la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico) y el saber experimental del médico/autor, esto es, los conocimientos que sobre las técni-

⁴ Véanse, entre otros, WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1964, p. 71; el mismo: «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte», en Welzel, H. (ed.): *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 326; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 167. Con razón afirma Hirsch que «la previsibilidad sirve originariamente para proporcionar la concreta contrariedad al cuidado debido de una acción en relación con el objeto material protegido por el tipo... En cualquier caso, la previsibilidad objetiva... es por consiguiente un elemento constitutivo de la contrariedad al cuidado debido»; véase HIRSCH, H. J.: «Sobre lo injusto del delito imprudente», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 216; ROMEO CASABONA, «El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente», pp. 16 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 278; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 285; GIL GIL, A.: *Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 240 y ss.; DE VICENTE REMESAL, J./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: «El médico ante el Derecho Penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo», en Núñez Paz, M. A./García Alfaraz, A. I./Pérez Álvarez, F. (coords.): *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Aquilafuente, 2007, p. 154.

Véase, no obstante, una crítica al recurso de la previsibilidad objetiva por carecer de un potencial crítico para llevar a cabo una valoración real del suceso, entre otros, en DUTGGE, G.: en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 4 Auflage, München: Verlag C.H. Beck, n.º 108; el mismo, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, pp. 355 y ss.; PERIN, A.: *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giudizio*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, pp. 217 y ss.

⁵ Véanse, por ejemplo, en este sentido ENGISCH, K.: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Neudruck der Ausg. Berlin 1930, Scientia, Aalen, 1964, pp. 283 y ss.; CEREZO MIR, *Curso*, II, 6.ª ed., p. 168.

⁶ Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», en *InDret*, n.º 4, 2009, pp. 19 y ss.

⁷ Sobre la evolución histórico-dogmática de la formación del juicio de previsibilidad, hasta llegar a la formulación del juicio de previsibilidad objetiva, véase la exposición crítica de GIMBERNAT, E.: *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 30 y ss.

cas, efectos, etc., posea el médico que actúa en ese caso concreto y que dispone *para salvar la vida del paciente o restablecer su salud*⁸. Las novedades que aportan los sistemas de IA al juicio de la previsibilidad objetiva se centran en el saber nomológico y en el saber experimental del médico/autor, ya que dichos sistemas de IA proporcionan desde un punto de vista científico una mejor atención médica en general al paciente, al acelerar el procesamiento de estos datos con el fin de extraer patrones de tomas de decisiones y lograr una mayor precisión diagnóstica y de tratamiento. En efecto y por ejemplo, las imágenes radiológicas, las preparaciones de anatomía patológica y los registros médicos

⁸ Sobre las bases del juicio de previsibilidad objetiva en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, pp. 67 y 69.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara n.º 35/2005, de 10 marzo que señala: «en efecto la imprudencia penalmente relevante exige los siguientes requisitos: 1.º) La previsión o previsibilidad del resultado no querido por el sujeto; se parte de la ausencia de dolo, voluntad o intención de producir un resultado delictivo, ya que de existir esa voluntad estaríamos ante el delito doloso de aborto, art. 144, pero no ante el delito de aborto por imprudencia grave art. 146. Es decir que estaríamos ante la intervención de forma descuidada o imprudente ha podido prever la posibilidad de que el resultado, aun no querido, se podría producir. 2.º) Es necesario, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado. En este sentido, en todas las profesiones existen más normas de cuidado que consisten en la adecuación de las conductas a la profesión en concreto de que se trate, la doctrina habla de deber interno (que es el que obliga a advertir la presencia del peligro) y deber externo que consiste en la obligación de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado ya advertida. 3.º) Igualmente se precisa que se haya causado un resultado que sea constitutivo de infracción penal. Quizás sea el requisito que presenta mayores dificultades para constatar en su caso concreto, probada la actuación descuidada, es la relación de causa-efecto de ésta y el resultado, pues puede suceder que pese a la existencia del descuido el resultado producido en el paciente no es achacable a éste, pues para fundamentar una responsabilidad penal no es suficiente que una conducta sea causa material o física del resultado sino que es preciso la existencia de imprudencia en la significación subjetiva y normativa que tiene la imprevisión de lo previsible con la infracción de la norma de cuidado. Es decir que no basta con que exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado será mera relación de causalidad, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para la realización del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes, sino que es preciso que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, debiendo demostrarse, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el cuidado objetivamente debido, ya que mientras aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado el cuidado objetivamente, el Tribunal o Juez debe absolver en virtud del principio «in dubio pro reo». 4.º) Por otra parte tampoco debe olvidarse que el juicio de previsibilidad objetiva debe llevarse a cabo colocándose el Juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente más las conocidas por el autor –saber ontológico– y la experiencia común de la época sobre los cursos causales así como el saber experimental excepcional del autor –saber nomológico–; además, la determinación del cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsible de la acción y sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera «ex ante» como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción –causalidad adecuada– será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo de delito de acción imprudente, y sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata, mientras que el ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas –«lex artis»– que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión».

electrónicos de los pacientes se actualizan a partir de sistemas de aprendizaje automáticos con entradas/datos que tienen capacidad para, por una parte, inferir predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos y virtuales; y, por otra parte, para derivar modelos y/o algoritmos que ayudan en el proceso de diagnóstico y tratamiento de los pacientes⁹. De los sistemas de IA se puede inferir un conocimiento nomológico más preciso y un saber experimental del médico/autor superior, de modo que se concreta más adecuadamente la producción de resultados lesivos objetivamente previsibles derivados de una actividad médico-quirúrgica. Ello supone una elevación del nivel de diligencia o cuidado necesario exigida por el Derecho para evitar la producción de dichos resultados.

Asimismo, en el proceso de diagnóstico y tratamiento de los pacientes desarrollados mediante sistemas de IA debe destacarse particularmente la supervisión humana como un elemento consustancial en la definición de la pauta de cuidado por varios motivos. En primer lugar, en la recolección de datos es importante determinar cómo se han conseguido, qué datos se van a utilizar, con qué fin y por cuánto tiempo, quién tiene acceso a los mismos y cómo se aseguran. En segundo lugar, en el procesamiento de datos es relevante entender cómo funciona el sistema de IA, quiénes tienen acceso al mismo, medidas de seguridad, etc. En tercer lugar, en la fase de los resultados es preciso analizar si los resultados son de calidad, si muestran algún impacto negativo en los derechos y si justifican la utilización de los sistemas inteligentes¹⁰. El personal facultativo debe examinar cada uno de estos planos para que el resultado ofrecido por el sistema de IA pueda cumplir la finalidad asignada en el diagnóstico o en el tratamiento de patologías, de modo que tiene que valorar, por un lado, las indicaciones presentadas en relación con un caso clínico específico. Pero, por otro lado, también debe estudiar la adecuación extrínseca del modelo adoptado respecto del caso clínico¹¹. El fundamento jurídico de esta exigencia —la necesidad de supervisión humana— se encuentra en el artículo 14.1 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen

⁹ Véanse ÁVILA-TOMÁS, J. F./MAYER-PUJADAS, M. A./QUESADA-VARELA, V. J.: «La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina I: introducción, antecedentes a la IA y robótica», en *Atención Primaria*, vol. 52, Issue 10, 2020, p. 82.

¹⁰ Véanse estas novedades puestas de relieve por VALLS PRIETO, J.: *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, Pamplona: Aranzadi, 2021, p. 108. Asimismo, véase en profundidad, LAZCOZ MORATINO, G.: «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», disponible en <https://www.aepd.es/documento/premio-emilio-aced-2022-guillermo-lazcoz.pdf>.

¹¹ Véase PERIN, A.: «Estandarización y automatización en medicina. El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia», en *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, Volumen 8, número 1, 2019, pp. 10 y 11.

normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (en adelante Reglamento de Inteligencia Artificial), y se modifican determinación actos legislativos de la Unión ¹², que atribuye a la conducta humana la misión de prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que puedan surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utilice de acuerdo con su finalidad prevista o en condiciones de uso indebido razonablemente previsible, sobre todo cuando tales riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en el Reglamento de Inteligencia Artificial. En consecuencia, en relación con los sistemas de IA aplicados en las actividades médico-quirúrgicas, según el apartado 4.º del mencionado artículo 14, el personal facultativo deberá:

a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;

b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;

c) interpretar correctamente la información de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;

d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere;

e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura.

Tampoco puede olvidarse que el presupuesto lógico del deber objetivo de cuidado sólo pueden ser los resultados cuya producción aparezca objetivamente previsible ¹³ a partir de la realización de una determinada clase de acciones finalistas que creen el riesgo típico susceptible de realizarse en el resultado ¹⁴.

¹² Publicado en el DOUE núm. 1689, de 12 de julio de 2024, con la referencia DOUE-L-2024-81079.

¹³ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6.ª ed., p. 167.

¹⁴ Véase RUEDA MARTÍN: en *InDret*, n.º 4, 2009, pp. 18 y ss.

La voluntad de la acción es, pues, decisiva para formular el juicio de previsibilidad objetiva al ser la pregunta que está en la base de este juicio, una relativa a los resultados cuya producción puede prever un espectador objetivo a partir del modo de realización y los medios empleados para la ejecución de una *clase* de acciones finalistas. El juicio de previsibilidad objetiva tiene, por lo tanto, también en su base una acción finalista de modo que si queremos determinar si una acción es peligrosa y en qué medida lo es, no es posible abstraer la parte subjetiva de la acción¹⁵. En la realización de este juicio de previsibilidad objetiva deben incluirse todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico), es decir, debemos tomar en consideración no sólo las condiciones en las que se ejercita la actividad médico-quirúrgica (en un medio rural o urbano), los medios disponibles para efectuarla entre los que se pueden encontrar los sistemas de IA y su adecuación para conseguir el correspondiente fin terapéutico, de diagnóstico, etc., sino además todos los conocimientos precisos que tenga el facultativo sobre su paciente y que deberán incluirse en el correspondiente sistema de IA. Debe subrayarse la importancia de la valoración autónoma del personal facultativo acerca de la fiabilidad y de la corrección de la indicación proporcionada por el sistema de IA¹⁶. En la determinación de la pauta de cuidado en la actividad médico-quirúrgica como han señalado con carácter general, Obregón Fernández/Lazcoz Moratino, es preciso que el facultativo tenga una serie de conocimientos de carácter jurídico, ético, técnico y específico en el ámbito en el que opere el sistema de IA. El conocimiento del marco jurídico se vuelve fundamental para posibilitar que el facultativo pueda analizar si el funcionamiento del sistema de IA aporta beneficios para preservar o mejorar la salud de los pacientes porque sacan a la luz dinámicas o procesos que rigen las funciones del cuerpo humano o variables que explican cómo operan según las características de las personas. Esta valoración siempre será previa a la ejecución de la tarea. Respecto al conocimiento técnico, se exige que el facultativo conozca las especificaciones técnicas, las funciones generales y críticas, los efectos, las limitaciones, así como la predictibilidad y fiabilidad del sistema de IA. Estos conocimientos, junto con otros elementos, es lo que le permitirá alcanzar la conciencia contex-

¹⁵ Véase un desarrollo más extenso en RUEDA MARTÍN, M. A: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona: J. M.ª Bosch, 2001, pp. 183 y ss. Véase también GRACIA MARTÍN, L.: «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 6, 2004, p. 14.

¹⁶ Véase PERIN: en *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, número 1, 2019, p. 20.

tual y situacional. En efecto, con esta información, el facultativo podrá deliberar y decidir realizar o no realizar una intervención o modificar los parámetros del proceso, pudiendo llegar a anularlo. En cuanto al origen de la información, no se aprecian inconvenientes en que pueda provenir del mismo sistema de IA o se apoye en otras fuentes como pueden ser la experiencia del facultativo o de otras personas del equipo sanitario¹⁷. Si se lleva a cabo este juicio y en una clase de intervenciones médico-quirúrgicas resultan objetivamente previsibles ciertas complicaciones según un determinado porcentaje de frecuencia, entra dentro de los deberes de cuidado del personal facultativo adoptar aquellas medidas preventivas necesarias para evitar su producción¹⁸. Los algoritmos basados en la IA permiten diagnosticar y tratar patologías con mayor rapidez y eficacia. Es importante que los facultativos usen la tecnología de la información moderna para ofrecer un cuidado médico estándar en su práctica profesional adaptado a las características de cada paciente, y en este sentido los sistemas de IA constituyen un complemento del juicio clínico del personal facultativo, pero no lo pueden reemplazar¹⁹.

También debemos reconocer que la incorporación de los sistemas de IA puede implicar un notable incremento de las exigencias que recaen sobre el personal facultativo al requerirle una constante actividad de puesta al día, revisión y validación, por lo que cabe plantearse si las grandes expectativas depositadas en la IA en general y para el ejercicio de la Medicina en particular, se

¹⁷ Véanse OBREGÓN FERNÁNDEZ, A./LAZCOZ MORATINO, G.: «La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 42, 2021, pp. 17 y 18.

¹⁸ Véase expresamente ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, p. 92. Parece llegar a esta conclusión TORRALBO MUÑOZ, B.: «Posibles modificaciones en la imprudencia médica por la introducción de la IA. Un ejercicio de prognosis», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 58, 2022, pp. 142 y ss.

¹⁹ Véase CHUANYI, M.: «e2-06: Razón de probabilidades y razón de momios en la toma de decisiones médicas», en Papadakis, M./McPhee, S. J./Rabow, M. W./McQuaid, K. (dirs.): *Diagnóstico clínico y tratamiento*, 62 ed., McGraw Hill Lange, 2023; INGLADA GALIANA, L./CORRAL GUDINO, L./MIRAMONTES GONZÁLEZ, P.: «Ética e inteligencia artificial», en *Revista Clínica Española*, volumen 224, n.º 3, 2024, pp. 182 y 183; LEE, P./BUBECK, S./PETRO, J.: «Benefits, limits, and risks of GPT-4 as an AI chatbot for medicine», en *New England Journal of Medicine*, volume 388, n.º 13, 2023, pp. 1233 y ss.; JUNG OH, Y./ZHANG, J./FANG, M. L./FUKUOKA, Y.: «A systematic review of artificial intelligence chatbots for promoting physical activity, healthy diet, and weight loss», en *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, volumen 18, 2021; FINLAYSON, S./SUBBASWAMY, A./SINGH, K./BOWERS, J./KUPKE, A./ZITTRAIN, J./KOHANEI, S./SARIA, S.: «The clinician and dataset shift in artificial intelligence», en *New England Journal of Medicine*, July 15, 2021, pp. 283 y ss; SAHNI, N. R./CARRUS, B.: «Artificial Intelligence in U.S. Health Care Delivery», en *New England Journal of Medicine*, July 27, 2023, pp. 348 y ss.; SHIBUE, «Artificial intelligence and machine learning in clinical medicine», en *New England Journal of Medicine*, Jun 22, 2023; p. 2398.

En el ámbito judicial, véanse en el mismo sentido ESPINOSA, P./CLEMENTE, M.: «La percepción de la toma de decisiones a través de inteligencia artificial cuando se produce daño a las personas», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 44(ext), 2023, pp. 8 y 9.

pueden ver disminuidas y con ello frustradas hasta cierto punto²⁰. Desde mi punto de vista no, porque la necesidad de una actividad constante de puesta al día, revisión y validación sólo subraya la relevancia que tiene la supervisión humana en el uso de los sistemas de IA para ofrecer en el ámbito médico-quirúrgico curativo un cuidado médico estándar en la práctica profesional adaptado a cada paciente, de modo que debe insistirse en que los sistemas de IA constituyen un complemento del juicio clínico del personal facultativo, pero no lo pueden reemplazar. Además, Romeo Casabona y Lazcoz Moratinos concluyen acertadamente que al enfrentarnos a tecnologías en continuo desarrollo y perfeccionamiento, las máximas de experiencia desempeñarán una relevante función a la hora de señalar el cuidado debido, que apelará fundamentalmente a la figura ideal de la persona inteligente y sensata y ayudará a determinar el margen de automatización asumible en cada situación y la relación progresiva de esta prevención a medida de que se refuerce el perfeccionamiento del sistema de IA en cuestión y que sea más confiable²¹.

Ahora bien, la *lex artis* no es siempre y en todo caso la única fuente para determinar el cuidado objetivo en la actividad médico-quirúrgica curativa. En el desarrollo de las actividades médico-quirúrgicas se pueden presentar situaciones muy diversas y complejas que es necesario determinar, para poder establecer el límite social de los medios y modos de ejecución de una actuación médico-quirúrgica valorada como socialmente útil. En la valoración de estas situaciones se parte, en primer lugar y como hemos explicado, de supuestos semejantes o «típicos» caracterizados porque tienen en común una serie de elementos, factores o circunstancias a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado²². Pero, por otro lado, también hay que destacar la existencia de supuestos «atípicos» caracterizados porque alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos «típicos» y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación. En tales supuestos la *lex artis* no es válida para determinar el deber objetivo de cuidado²³. Incluso la vinculación al deber objetivo de cuidado en estos casos «atípicos» puede

²⁰ Véanse ROMEO CASABONA, C. M./LAZCOZ MORATINO, G.: «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», *Inteligencia Artificial en el campo de la Salud. Un nuevo paradigma: aspectos clínicos, éticos y legales*, Colección de bioética y derecho sanitario, Fundación Merck Salud, 2021, p. 88.

²¹ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINO, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», p. 88. Estos autores aluden al «hombre sensato y responsable».

²² Véase más ampliamente en RUEDA MARTÍN: en *InDret* 1.2025, pp. 178 y ss.

²³ Véanse ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», p. 107; PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, pp. 225 y ss.

requerir hasta un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada para los casos «típicos» en función de unas determinadas circunstancias.

A mi juicio, en tales situaciones «atípicas» hay que recurrir a la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social que se coloca en el lugar del médico para enjuiciar la corrección de la conducta realizada por dicho médico, de manera que *infringirán el cuidado objetivamente debido aquellas acciones de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata*²⁴. En esta valoración la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social también debe aprehender las valoraciones extrasistemáticas de la conducta como las proporcionadas por el criterio de la adecuación social y que se centran en la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de la utilidad social que consiste en mejorar o restablecer la salud de un paciente, determinados bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad corporal se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica en esa situación atípica. Estas valoraciones extrasistemáticas deben tenerse en cuenta no sólo en las situaciones típicas, sino además en las situaciones atípicas en las que sobreviene alguna circunstancia distinta de las que configuran una situación típica inicial. Seguidamente dicha figura también tiene que determinar si la acción concreta desarrollada se adecua al límite objetivo al que han de ajustarse tanto los medios utilizados como los modos de ejecución de la acción finalista, en función de los resultados objetivamente previsibles típicos de dicha acción y en función del resultado de la ponderación de intereses en torno a la utilidad social de la actividad médico-quirúrgica y al desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el nuevo caso concreto. Si la persona inteligente y sensata no se habría abstenido de realizar dicha intervención en el caso concreto, la acción médico-quirúrgica realizada no infringirá, por tanto, el cuidado objetivamente debido. De este modo el personal facultativo puede apartarse de la *lex artis* establecida cuando aparez-

²⁴ Véase la propuesta efectuada por CEREZO MIR, *Curso*, II, 6.ª ed., pp. 168 y 169, quien sigue el modelo original propuesto por WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1969, pp. 132 y 133; el mismo, «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte», p. 326. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», p. 211 utiliza la expresión «profesional prudente». Sin embargo, como ha indicado convincentemente ABRALDES si en la determinación del cuidado objetivamente debido se utiliza la figura del hombre prudente o respetuoso del Derecho se incurre en una repetición de principios: «podría alegarse que puede verse en la prudencia una alusión al cuidado debido, y con ello se estaría razonando en círculo: respetaría el cuidado debido un hombre prudente, cuya caracterización de prudente respondería, precisamente, a la observancia del cuidado debido. Es por ello que el sector de la doctrina propulsor de este modelo ha encontrado, acertadamente en mi opinión, un criterio fundamental delimitado por estas dos pautas, cuales son la inteligencia y sensatez»; véase ABRALDES, *El principio de confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, pp. 132 y 133.

ca como insuficiente o ineficaz para la situación concreta, pero siempre que exista la necesidad de tal proceder²⁵.

El criterio de determinación del cuidado objetivamente debido en estas situaciones atípicas y que se centra en la valoración efectuada por una persona inteligente y sensata no es incompatible con el criterio de determinación del deber objetivo de cuidado, conformado por el juicio de previsibilidad objetiva del resultado y por la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, atendiendo todos los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación²⁶, porque una persona inteligente y sensata no se abstendría de realizar una acción determinada que, según la ponderación de todos los intereses y circunstancias que concurren comúnmente en las situaciones típicas, sea considerada socialmente útil y correcta con carácter general en la *lex artis*. Nos encontramos ante dos criterios complementarios²⁷, que sirven para determinar el cuidado objetivamente debido en situaciones diversas: el criterio que alude a la ponderación de intereses se centra en los denominados casos semejantes o típicos, que tienen en común una serie de elementos a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado. Sin embargo, el criterio que alude a la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social debe utilizarse en dicha determinación en otro tipo de situaciones como, por ejemplo, en los supuestos atípicos, es decir, en aquellos en los que alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos típicos y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación.

Entonces, ¿cómo pueden influir los sistemas de IA en la determinación del deber objetivo de cuidado en las mencionadas situaciones «atípicas»? Podemos concluir que con la lógica computacional de la IA en el ámbito de la Medicina desarrollada a través de la utilización de grandes volúmenes de datos –incluso no estructurados a diferencia de los métodos estadísticos clásicos– y algoritmos, en la determinación del deber objetivo de cuidado la distinción entre situaciones «típicas» y «atípicas» no parece tan relevante ya que los sistemas de IA proporcionan herramientas más adecuadas para profundizar en la

²⁵ Véanse GARCÍA BLÁZQUEZ, M./CASTILLO CALVÍN, J. M.: *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica: aspectos legales y médico-forenses*, 3.ª ed., Granada: Comares, 2011, p. 261.

²⁶ Véase RUEDA MARTÍN: en *InDret*, n.º 4, 2009, pp. 19 y ss., 23 y ss.

²⁷ Gil Gil, sin embargo, concluye que son un mismo criterio cuando indica que «el resultado de esta ponderación es lo que conocemos por «lo que haría el hombre inteligente y sensato de la misma profesión u oficio» que en realidad se refiere al hombre inteligente y sensato que emprende esa concreta actividad y que en cada situación de la misma respeta todas las normas objetivas de cuidado que la regulan». Véase GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, pp. 281 y 282.

investigación del caso concreto por parte del personal facultativo. Como los sistemas de IA se encuentran en constante desarrollo y perfeccionamiento, el recurso a la persona inteligente y sensata que personalice los conocimientos derivados de la práctica común ayudará a determinar los límites de los sistemas de IA asumibles en cada situación concreta ya sea «típica» o «atípica»²⁸. En relación con la atribución de responsabilidad penal por una imprudencia en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica, la observancia del personal facultativo de los resultados arrojados por un sistema de IA implica una presunción solo relativa de «pericia», «prudencia» o «diligencia», en la medida en que haya sido correctamente elegido y aplicado²⁹. Por otro lado, en la línea expuesta por Romeo Casabona y Perin con carácter general, el incumplimiento de las indicaciones ofrecidas por un sistema de IA no puede ser en ningún caso decisivo a efectos de la valoración judicial acerca de la responsabilidad del personal facultativo, puesto que, en ocasiones, la vinculación al deber de cuidado requiere precisamente un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada, para recurrir al criterio de lo que haría la persona inteligente y sensata en una situación semejante³⁰. Los elementos que deberán ser analizados para determinar la posible atribución de responsabilidad penal del personal facultativo son, por una parte, la corrección o incorrección de la información proporcionada por el sistema de IA y/o, en su caso, la respectiva valoración efectuada por la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social; y, por otra parte, la supervisión efectiva o su ausencia del facultativo. Si se constata una inobservancia del deber objetivo de cuidado, el siguiente paso es valorar la gravedad de la imprudencia con base en el grado de supervisión dispensada por el facultativo. Cuanta menos supervisión, mayor gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado³¹. Se ofrecen suficientes garantías

²⁸ Véanse ROMEO CASABONA/LAZCOZ MORATINO, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», p. 88. Véanse también PERIN, «Estandarización y automatización en medicina», pp. 14 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.: «La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos», en Romeo Casabona, C. M./Rueda Martín, M. A. (eds.): *Derecho Penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial*. Volumen II: Inteligencia artificial y responsabilidad penal, Granada: Comares 2023, pp. 65 y 66.

²⁹ Véase respecto de la *guideline*, los protocolos o guías clínicas PERIN, «Estandarización y automatización en medicina», pp. 8 y 9. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/TORRES CADAVID, «La responsabilidad penal médica por conductas imprudentes: Evolución de la jurisprudencia española en los últimos años», p. 1214 apuntan que de momento son insignificantes en número las sentencias en las que se puede ver una remisión a los protocolos o guías clínicas como medio para determinar la norma de cuidado.

³⁰ Véase PERIN, «Estandarización y automatización en medicina», pp. 8 y 9 con referencias bibliográficas respecto de ROMEO CASABONA, aunque se habla del «profesional prudente».

³¹ Véase la distinción entre imprudencia grave y menos grave en la STS n.º 169/2023, de 9 marzo (ECLI:ES:TS:2023:1210): «Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual. La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes».

en términos de seguridad al personal facultativo para que pueda actuar dentro de márgenes adecuados de libertad (de método y tratamiento) ante la evolución del conocimiento científico, las posibilidades terapéuticas, y la necesidad de individualizar las estrategias terapéuticas ante casos clínicos particulares³².

tes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal. En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave –y su relación con la grave–. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa. La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia –la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave–. La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora. Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna. En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos. Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir). Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad».

³² Véase PERIN, «Estandarización y automatización en medicina», pp. 8 y 9.

47. ESTAFAS INFORMÁTICAS Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

MARÍA ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ

Magistrada. Profesora titular de Derecho Penal en excedencia

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad informática ha experimentado en los últimos años un crecimiento exponencial, como muestran los datos estadísticos. Y entre las modalidades posibles, destacan las estafas cometidas a través de la red. En este artículo que presentamos como homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, que en su amplia obra se ha ocupado también de cuestiones relativas a la cibercriminalidad¹, queremos poner nuestra atención en la posible responsabilidad civil de dos intervinientes siempre presentes en los acontecimientos: la entidad bancaria donde radica la cuenta del perjudicado y la entidad bancaria a que pertenece la cuenta que recibe el dinero defraudado.

Los Balances de Criminalidad del Ministerio del Interior reflejan esta tendencia alcista, recogiendo el último de ellos, de 2024, el dato de que entre los años 2016 y 2024 las investigaciones policiales por ciberfraudes y ciberestafas se han incrementado un 490,1 %. La última Memoria de la Fiscalía General del Estado también indica que, de los procedimientos incoados por ciberdelito, el 83,43 % corresponde a estafas o defraudaciones, que sumaron un total de 22.614.

¹ Cfr. entre otras DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO «Ciberdelincentes y cibervíctimas», De la Cuesta Arzamendi (dir.), De la Mata Barranco, N.J. (coord.) *Derecho Penal informático*, Cizur Menor 2010, pp.99 ss.

El curso penal de estos procedimientos es además altamente insatisfactorio, pues sólo en un porcentaje mínimo de casos llegan a identificarse sus verdaderos responsables. Pues casi siempre actúan a través de personas intermedias, que reciben las transacciones y desde las cuales se encadenan otras, dejando un rastro difícil de seguir, y que a menudo conduciría a países extranjeros donde la investigación se frustra por falta de cooperación.

En las estafas informáticas, el fraude se consuma a través de transacciones bancarias fraudulentas en cuanto in consentidas, bien porque se efectúan mediante consentimiento viciado por engaño del titular o bien porque no las efectúa él, sino otra persona que mediante engaño ha obtenido sus claves bancarias. El dinero sale de la cuenta bancaria del perjudicado mediante transferencias, o cargos de gastos o compras, o bien por la contracción de obligaciones, como por ejemplo la obtención de préstamos en su nombre que han de ser devueltos.

II. DILIGENCIA DEBIDA Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA. NORMATIVA GENERAL

La intervención de la entidad bancaria y la posible infracción de deberes de cuidado por parte de esta es cada vez con mayor frecuencia examinada por los tribunales, dando lo lugar a sentencias que la condenan como responsable civil subsidiario en los procedimientos penales o, cuando la vía civil es la elegida, o la penal no prospera, como responsables civiles.

Nos referiremos en primer término a la normativa administrativa en la cual los Tribunales han basado la exigencia de responsabilidad civil a la entidad bancaria. Dicha responsabilidad se fundamenta en el carácter in consentido de la transacción, y la norma legal que en dichos casos obliga a la entidad bancaria al reintegro de la cantidad al cliente salvo dolo o negligencia grave de este, de los que la carga probatoria incumbe al banco.

La norma en cuestión es el RDL 19/2018 de 23.11, *de servicios de pago*. Transpone la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25.11.2015 *sobre servicios de pago en el mercado interior*, conocida como DSP2. Sustituye a la primera Directiva en la materia (2007/64/CE) y tiene como principal novedad el implantar un sistema de autenticación reforzada, exigiendo doble autenticación para la práctica de operaciones (como un SMS con clave de un uso). Viene desarrollada por el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión de 27.11.17 *por el que se complementa la Di-*

rectiva (UE) 2015/2366 en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes.

La necesidad de consentimiento en las autorizaciones de pago se regula en el art. 36: «Las operaciones de pago se considerarán autorizadas cuando el ordenante haya dado el consentimiento para su ejecución. A falta de tal consentimiento la operación de pago se considerará no autorizada».

La carga de la prueba del consentimiento corresponde a la entidad bancaria, no al cliente, conforme al art. 44.1: «Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago. Si el usuario de servicios de pago inicia la operación de pago a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, corresponderá a éste demostrar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación de pago fue autenticada y registrada con exactitud y no se vio afectada por un fallo técnico u otras deficiencias vinculadas al servicio de pago del que es responsable. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al art. 41».

Dicha carga probatoria se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 44: «3. Corresponderá al proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave».

De este modo, salvo en los casos de fraude o negligencia grave del cliente, surge la responsabilidad civil de la entidad bancaria por las operaciones no autorizadas, que incluyen aquellas en las que hay vicio de consentimiento, engaño, en la autorización, disponiendo el art. 45 que «1. Sin perjuicio del art. 43 de este RDL, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, salvo cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España, en la forma y con

el contenido y plazos que éste determine. En su caso, el proveedor de servicios de pago del ordenante restituirá la cuenta de pago en la cual se haya efectuado el adeudo al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada.»

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS EN EL ÁMBITO PENAL: RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA CONFORME AL ART.120.3 DEL CÓDIGO PENAL

En el ámbito penal, la responsabilidad civil subsidiaria de la entidades bancarias en las estafas informáticas se reconduce al supuesto previsto en el art. 120.3 CP, «Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil subsidiaria, conforme a la jurisprudencia, de la que es ejemplo la STS n.º 413/15, 30.6, y reitera la STS n.º 49/20, 12.2, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna «infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad», debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil

examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

Ha sido reconocida en el ámbito penal en supuestos de fraude informático como las modalidades conocidas como «phishing», «smishing», «vishing», siendo supuestos de obtención fraudulenta de claves bancarias que llevan a operaciones inconsentidas mediante, respectivamente, correos electrónicos, SMS o llamadas telefónicas fraudulentas. O incluso, como en el caso de la STS n.º 49/2020 a que después nos referiremos, a supuesto en que la claves se obtienen mediante un engaño en la que no media un elemento informático.

Cabe destacar en tal línea las STSS Penal n.º 327/2016, 20.4 (Roj: STS 1840/2016-ECLI:ES:TS:2016:1840) y n.º 49/2020, 12.2 (Roj: STS 332/2020-ECLI:ES:TS:2020:332).

En la STS de 2020 se juzgó una estafa en la que el autor consiguió hacerse con las claves de la tarjeta de crédito de la víctima, tras acceder a su vivienda obteniendo las llaves mediante engaño y realizó una transferencia inconsentida. Se desestima el recurso de la entidad bancaria, condenada como responsable civil subsidiario conforme al art. 120.3 CP. Y recuerda dos datos fundamentales.

En primer lugar, que basta un punto de conexión del hecho delictivo con el establecimiento público, no siendo necesario con el autor, ni es necesario precisar qué persona física fue la infractora.

En segundo lugar, la necesidad de que haya una infracción de las normas «reglamentarias o de consagrado uso» que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas, pudiendo tratarse incluso de «el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros»:

«Se trata de un supuesto cuya vinculación lo es exclusivamente con el delito, y no con su autor, y cuyos presupuestos son que aquél se haya cometido en el establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, y que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna «infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad.

Esta Sala he reconducido los contornos del término «reglamentos» a los de las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate, que abarcan cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros (entre otras la STS 768/2009 de 16.7 o 212/2015 de 11.6).

No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquel deber legal o reglamentario, puede ser imputable a quienes dirijan o administren el establecimiento, o a sus dependientes o empleados. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual. Por último, es imprescindible que tal infracción esté relacionada con el delito cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS 1140/2005, 3.10; 1546/2005, 29.12; 204/2006, 24.2; y 229/2007, 22.3)».

Al tratarse de una acción civil, aunque acumulada a la penal, rigen aquí los criterios interpretativos propios del Derecho civil, se indica en citada STS, y ello «hasta el punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de la actividad que lo genera (*cuius commoda eius incommoda*)», recordando que «la evolución progresiva que ensancha este tipo de responsabilidad civil mediante la aplicación de la teoría del riesgo, aunque no permita hablar en sentido estricto de que en esta esfera impere un criterio de absoluta responsabilidad objetiva, sí puede decirse que prima o prevalece un criterio de «ponderado objetivismo» (SSTS 108/2010 de 4.4; 357/2013 de 29.4; 64/2014 de 11.2 o 778/2015 de 18.11)».

A partir de estas consideraciones, las STS indicadas establecen la responsabilidad de la entidad bancaria fundada en la omisión de las medidas de seguridad necesarias para la evitación de las operaciones bancarias inconsentidas o no válidamente consentidas por los clientes, cuando no consta que por parte del cliente una conducta gravemente negligente.

En la STS de 2016 se juzgó una estafa consistente en la realización de transferencias inconsentidas previa obtención de las claves bancarias secretas de la víctima utilizando el método *phishing*, es decir, remitiendo un correo simulando la página web de la entidad bancaria. En ella se indica que «De tales hechos no resulta ninguna conducta negligente imputable a la recurrente. De otro lado, es claro que la recurrente no está en condiciones de acreditar cuáles fueron los fallos de seguridad, en tanto que no está obligada a conocer cuáles son las medidas de prevención y seguridad adoptadas por la entidad bancaria. En consecuencia, ante el silencio de ésta, ha de entenderse que tales medidas no existían o que fueron insuficientes para garantizar la seguridad de la operativa *on line*, de manera que la infracción de normas exigida por el art. 120.3 ha

de considerarse producida al menos por omisión de medidas suficientemente eficaces.

Aunque la jurisprudencia ha tendido a la objetivación, la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el art. 120.3 CP no tiene un carácter absolutamente objetivo. Pues es preciso que se cumplan algunos requisitos, y entre ellos es exigible que haya tenido lugar una infracción de normas, aunque en ellas se incluya, incluso, el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para evitar daños a terceros. Es cierto que es posible que determinados hechos tengan lugar aunque la entidad bancaria haya adoptado medidas de seguridad adecuadas. Pero para que sea posible un análisis de las mismas habrá de acreditar su existencia y su adecuado cumplimiento, lo cual no ha tenido lugar en el caso.

Y, además, ha de existir una relación entre tal infracción y el daño, que no llega a ser una propia relación de causalidad, pues basta (STS n.º 413/2015, 30.6), «una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella».

En casos como el presente, es claro que la actividad propuesta por la entidad bancaria a sus clientes mediante la operativa *on line* presenta algunos riesgos derivados de la posibilidad de suplantación de la identidad de quien contrata con la entidad para la realización de operaciones sin la autorización del auténtico contratante. Es claro también que, excluyendo actuaciones dolosas o gravemente negligentes por parte de los clientes, la entidad bancaria es responsable de ofrecer y poner en práctica un sistema seguro, de manera que las consecuencias negativas de los fallos en el mismo no deberán ser trasladados al cliente. Todo ello con independencia de la determinación de quien sea el auténtico perjudicado en estos casos, en atención a la correcta interpretación de los preceptos que regulan esta clase de depósitos.

En el caso, no consta que la entidad bancaria, que intervino en la causa como responsable civil subsidiario, haya acreditado la adopción de medidas de seguridad que pudieran considerarse adecuadas al estado de la técnica y a los riesgos existentes, por lo que ha de concluirse que se ha producido una infracción de las normas que le obligan a adoptar tal clase de medidas, suficiente para declarar su responsabilidad civil subsidiaria».

Esta argumentación se repite en la STS Penal 49/20, apoyando además estas conclusiones en las normas citadas de la normativa de seguridad de pagos, tanto el RDL 19/2018, 23.11 *de servicios de pago*, como la anterior Ley 16/2009, 13.11, que ya tenía disposiciones similares, y normas que concretan los deberes de seguridad que los bancos deben observar para llegar a consolidar un espacio seguro de actuación, y lo hacen trasponiendo Directivas comunitarias en la materia. Indicando que el vigente RDL *de servicios de pago* reproduce un sistema

similar al de la anterior ley de responsabilidad a cargo del proveedor del servicio, que solo cede en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave; que lo será solo en caso de actuación fraudulenta, cuando el proveedor no ha establecido el sistema de autenticación reforzada. Correspondiendo entonces la responsabilidad civil al banco a partir del deber objetivo de cuidado que la normativa específica impone a las entidades bancarias, como proveedoras de servicios de pago, descartando causas de exclusión de su responsabilidad, al no constar un comportamiento, no ya fraudulento, sino incluso gravemente negligente por parte de la titular de la cuenta bancaria que resultó saqueada. Recordando que el art.44 de la ley *de servicios de pago*, y el art. 30 de la anterior Ley de 2009, «imponen al proveedor de servicios la carga de demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. A tal fin, no basta con que proporcionara a la titular de la cuenta unas claves y una tarjeta de coordenadas, cuando ello no permitió neutralizar una operación realizada a partir de una apropiación fraudulenta de las mismas». Y no siendo necesario que se acredite el concreto fallo de seguridad en el sistema de banca electrónica facilitado por el banco a sus clientes.

Con respecto al argumento de la Defensa de la entidad bancaria de que no concurriría el elemento locativo, porque las transferencias fraudulentas no se habrían efectuado en la sede física de la entidad bancaria, indica que «nos movemos en el ámbito del derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada a la penal. Ello, entre otros extremos, da entrada a la analogía como criterio de interpretación, que si bien está vedado cuando de normas penales se trata, no ocurre lo mismo en relación con las de naturaleza civil. De esta manera el entorno digital que el banco crea como plataforma y medio de prestación de los servicios esenciales que suministra, y de los que obtiene su lógico beneficio, colman los presupuestos de lugar a los que se refiere el art.120.3 CP cuando habla a delitos cometidos «en los establecimientos de que fueran titulares»».

En el ámbito de la jurisprudencia penal menor, encontramos resoluciones aplicando la citada doctrina sobre la responsabilidad civil subsidiaria del banco en las estafas informáticas, como, por ejemplo, AAP Las Palmas de Gran Canaria n.º 211/25 de 10.3 (Roj:AAP GC 21/2025-ECLI:ES:APGC:2025:2) ².

² En la doctrina *cfr.* RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. «El delito de estafa informática ¿es posible determinar la responsabilidad civil de la entidad financiera en base al art. 120.3 del Código penal como consecuencia del «phishing»?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 30 2023, pp. 273; CALVO SAN JOSÉ, M.J. «La responsabilidad civil de la banca en los delitos de estafa por "phishing"», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 18, 2023, pp. 1788.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

La investigación de la estafas informáticas, como anticipamos, conduce con no poca frecuencia a resultados insatisfactorios, ante la imposibilidad de identificar a los autores. En esos casos, el perjudicado puede sin embargo intentar el resarcimiento mediante el ejercicio de las correspondientes acciones civiles, lo mismo que si opta directamente por seguir esta vía. La jurisprudencia civil, en todas sus instancias, reconoce la responsabilidad civil de las entidades bancarias desde cuyas cuentas el perjudicado es víctima de transferencias in consentidas o no consentidas válidamente. Todo ello con base en la normativa de la ley de seguridad de pagos indicada.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe citar como emblemática la STS Civil N.º 571/2025, de 9.4.25 (Roj: STS 1671/2025-ECLI:ES:TS:2025:1671). Se trataba de una estafa informática de la modalidad «SIM swapping», en la que se efectúan transferencias por personas ajenas al titular de la cuenta que duplicaron la tarjeta SIM del perjudicado, accediendo a la información confidencial almacenada en ella y tomando el control de su banca digital. El perjudicado ejerció acción de responsabilidad contractual frente al banco, en reclamación de los daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada en el contrato de banca electrónica.

La sentencia analiza la responsabilidad del banco por las operaciones de pago no autorizadas, en tanto que realizadas por un tercero que, utilizando las credenciales del usuario que ha obtenido por cualquier medio, suplanta su identidad y accede electrónicamente a su cuenta sin su consentimiento. Delimita qué debe entenderse por «operaciones de pago no autorizadas», concluyendo que son todas las realizadas por un tercero sin el consentimiento del usuario titular de la cuenta, y no sólo las efectuadas sin seguir el procedimiento legal y contractualmente fijado.

En el caso concreto, indica, nos encontramos, ante un servicio que se presta defectuosamente por el proveedor, por omitir la adopción de medidas que posibilitaran la detección de eventuales maniobras fraudulentas. En caso de que el usuario niegue haber autorizado una operación de pago ya autorizada, el cumplimiento de las obligaciones relativas a la autenticación, registro y contabilización de la operación de pago autenticada, no exime de responsabilidad al proveedor de servicio.

La respuesta a la cuestión discutida, continúa la sentencia, exige recordar la normativa aplicable. La Directiva (UE) 2015/2366 *sobre servicios de pago*, en particular los arts.64 y 69 ss. y el Reglamento Delegado (UE) 2018/389.

Directiva traspuesta por el RDL 19/2018, de 23.11, *de servicios de pago*, cuyos arts. 36 y 41 a 46 reproducen los preceptos mencionados. De modo que concluye, con arreglo a la normativa comunitaria y nacional aplicable y a la jurisprudencia comunitaria (St.TJUE de 2.9.2021 (C-337/20), lo siguiente:

1.º El usuario de servicios de pago debe adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas y, en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada, ha de notificarlo al proveedor de servicios de pago de manera inmediata, tan pronto tenga conocimiento de ello.

2.º En caso de que se produzca una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, si el usuario de servicios de pago se lo comunica sin demora injustificada, el proveedor debe proceder a su rectificación y reintegrar el importe de inmediato, salvo que tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España.

3.º Cuando un usuario niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, incumbe al proveedor la carga de demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago.

4.º El mero hecho del registro por el proveedor de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones, correspondiendo al proveedor la prueba de que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave.

En suma, la responsabilidad del proveedor de los servicios de pago, en los casos de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, tiene carácter cuasi objetivo, en el doble sentido de que, primero, notificada la existencia de una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, el proveedor debe responder salvo que acredite la existencia de fraude; y, segundo, cuando el usuario niegue haber autorizado la operación o alegue que ésta se ejecutó incorrectamente, corresponde al proveedor acreditar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio, sin que el simple registro de la operación baste para demostrar que fue autorizada ni que el

usuario ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave.

Profundizando en este último punto, la expresión «operaciones no autorizadas» incluye aquellas que se han iniciado con las claves de usuario y contraseña del usuario –necesarias para acceder al sistema de banca digital– y confirmado mediante la inserción del SMS enviado por el propio sistema al dispositivo móvil facilitado por el usuario, siempre que éste niegue haberlas autorizado, en cuyo caso el banco deberá acreditar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio que presta.

A este respecto, la mención «deficiencia del servicio» no significa error o fallo del sistema informático o electrónico –posibilidad que estaría prevista en el concepto de «fallo técnico»–, sino que abarca cualquier falta de diligencia o *mala praxis* en la prestación del servicio, en el entendimiento de que el grado de diligencia exigible al proveedor de los servicios de pago no es el propio del buen padre de familia, sino que la naturaleza de la actividad y los riesgos que entraña el servicio que se presta, sobre todo en una relación empresario/consumidor, obliga a elevar el nivel de diligencia a un plano superior, como es el del ordenado y experto comerciante.

Lógicamente, las buenas prácticas pasan por adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de servicios de pago, como las orientadas a detectar de forma automática indicios de que puede tratarse de una operación anómala y generar una alerta o un bloqueo temporal (v. gr. reiteración de transferencias sin solución de continuidad, horario en que se producen, importe de las mismas, destinatarios, antecedentes en el uso de la cuenta...), o las dirigidas a incrementar el control y vigilancia cuando se han recibido noticias o alertas de un posible aumento del riesgo.

Atendida la normativa mencionada, la sentencia citada rechaza la validez de posibles cláusulas contractuales de exoneración de la responsabilidad del banco que contradigan la anterior.

En consecuencia «el que la entidad bancaria acredite que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, no es suficiente para eximirle de responsabilidad. Ha de probar que la operación no resultó afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado, y, dado que el cliente niega que la operación fuera consentida, que no hubo por parte de este último fraude, incumplimiento deliberado o negligencia grave». Asimismo, «el hecho de que la filtración o el conocimiento de las claves por el tercero no sea imputable a la entidad bancaria tampoco la libera de obligación de responder ni traslada al usuario la obligación de soportar las pérdidas, ya que el pro-

veedor de servicios de pago, además de demostrar que el servicio se prestó correctamente –lo que no sucedió–, debía acreditar la concurrencia de fraude o incumplimiento deliberado o gravemente negligente por parte del usuario, y, en relación con este extremo, las sentencias de instancia y de apelación coinciden en que no se ha probado fraude ni incumplimiento doloso o por negligencia grave de las obligaciones que correspondían al demandante, y, en concreto, las de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas y de notificar al proveedor de servicios de pago la utilización no autorizada del instrumento de pago».

En sentido similar se resuelve en múltiples sentencias de instancia, como la SAPMadrid secc. 9 de 4.5.15 (ROJ:SAPM6240/2015-RCI:ES:APM:2015:6240), SAP Alicante secc. 8 de 12.3.18 (ROJ:A 632/2018-ECLI:ES:APA:2018:632), SAP Barcelona (secc. 14) de 7.3.2013, SAP Madrid secc. 5.^a de 26.5.14, SAP Asturias secc. 4.^a de 11.4.24 (ROJ:SAP:O 1386/24 ECI:ES:APO:2024:1386), SAP Barcelona secc. 17, n.º 477/25, de 24.7, St. del Juzgado de 1.^a instancia n.º 8 de Murcia n.º 1219/24, de 25.9, St. del Juzgado de 1.^a instancia n.º 2 de Orihuela, n.º 332/24, de 11.9, etc.³.

V. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA EN LOS CASOS DE ESTAFA «MAN IN THE MIDDLE»

Esta modalidad de estafa informática consiste en interceptar la comunicación entre un emisor y un receptor, modificando la información con fines maliciosos; habitualmente se trata de comunicaciones entre dos empresas, proveedora y cliente, en la que el autor logra modificar el número de cuenta que se comunica al cliente para el pago de factura al proveedor, que se efectúa a cuenta diferente, controlada por el autor.

³ En la doctrina cfr. MARTÍ MIRAVALLS, J. «Banca "on-line" y responsabilidad por daños: análisis crítico de la jurisprudencia reciente en materia de "phishing" engañoso», *Fraude electrónico: Entidades financieras y usuarios de banca*, C. Sanchis Crespo (coord.), Cizur Menor 2011, pp. 215 ss.; MATARREDONA CHORNET, L., y PEÑALOSA TORNÉ, C., «Ciberdelincuencia. La responsabilidad civil bancaria», *La Ley* n.º 10431, 23.1.2024; PÉREZ GUERRA, M. «Ciberdelitos y responsabilidad civil de las entidades financieras a la luz de la jurisprudencia», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 29, *La Ley* 13822, 2021; ALVARADO HERRERA, L. «Autenticación reforzada de cliente y responsabilidad en la segunda directiva de servicios de pago», *Revista de Derecho del Sistema Financiero* n.º 5, 2023, pp. 69 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, L. «La carga de la prueba en materia de responsabilidad civil derivada de delitos de estafa cometidos mediante Phising», *La Ley Probática*, n.º 13, 3.º trim. 2023; GÓMEZ LINACERO, A. «Responsabilidad civil de los bancos frente a la estafa informática: preguntas y respuestas en clave práctica», *La Ley* n.º 10590, 17.10.24; AGUILERA MORALES, M. «Responsabilidad civil y estafas informáticas bancarias civiles», *De la ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas* (coord. Navarro Villanueva, C., etc.), Barcelona 2025, pp. 11 ss.

Frente a los ejemplos anteriores en que era el propio autor el que, tras hacerse de modo fraudulento con las claves bancarias de la víctima efectuaba los cargos incontestados, aquí la propia víctima efectúa la transferencia, si bien media engaño en lo que respecta a la titularidad de la cuenta de destino.

En algunos casos, y antes de la nueva normativa sobre transferencias bancarias a que haremos referencia, los tribunales han rechazado la responsabilidad del banco. Así en el supuesto juzgado en la STS Sala 1.ª n.º 507/25, de 27.3. Y, en el ámbito de la jurisdicción penal, la AAP Santander Secc. 3 n.º 142/2025, de 10.3 (Roj: AAP S 383/2025-ECLI:ES:APS:2025:383A).

En relación con este tipo de estafas, afortunadamente, las autoridades han reaccionado introduciendo una normativa que incrementa las medidas de seguridad que permiten evitarlas, y que, de no ser seguida, sí permitirán exigir responsabilidad civil a la entidad bancaria. En efecto, el Reglamento (UE) 2024/886 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13.3.2024 por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 260/2012 y (UE) 2021/1230 y las Directivas 98/26/CE (UE) 2015/2366 en lo que respecta a las transferencias inmediatas en euros, establece que «el proveedor de servicios de pago del ordenante le ofrecerá a este un servicio de garantía de la verificación del beneficiario al que el ordenante tenga la intención de enviar una transferencia (servicio de garantía de la verificación)» (art. 5 quater).

En definitiva, el banco ha de comprobar que el titular de la cuenta destinataria de la transferencia es el que el cliente ordenante de esta le indica como beneficiario. Del criterio del «pago por IBAN» se pasa al criterio del «pago por titular identificado». Lo que sin duda va a permitir una drástica reducción de este tipo de estafas, o de producirse, exigir responsabilidad a la entidad bancaria que no cumpla con la nueva verificación de seguridad exigida.

VI. FRAUDES PREVIA SUPLANTACIÓN IDENTIDAD EN LA APERTURA DE CUENTAS BANCARIAS

En las estafas informáticas, ya dijimos, en muchos casos a lo sumo logra identificar a los titulares de las cuentas que reciben el dinero defraudado. Estas personas son las que se encuentran en el nivel más bajo de la organización, y son las conocidas como «mulas». Sin embargo, con frecuencia se aprecia que estas personas también han sido víctimas de un fraude, en cuanto las cuentas bancarias han sido abiertas suplantando su identidad, previo robo de sus datos personales y uso de fraudulento de copias de su documentación de identidad.

La estafa informática viene así precedida de un previo fraude por usurpación de identidad y falsedad documental. En otros casos, la incertidumbre, que no seguridad, acerca de si en efecto el titular de la cuenta es quien realmente la abrió, puede llevar a absoluciones. Todo esto sucede desde que se permite aperturas de cuentas bancarias no presenciales, sino mediante identificaciones *on line*, que, como veremos, no garantizan la fiabilidad de la identificación.

En nuestro país, la obligación de identificación del que abre una cuenta bancaria está prevista legalmente en la legislación en materia de blanqueo de capitales, pero los requisitos de identificación no están en ella concretados, labor que viene a efectuarse mediante «notas» del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). La Ley 10/2010, de 28.4, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* y su Reglamento, RD 304/2014, de 5.5, determina las medidas de diligencia debida que deben aplicar las entidades financieras, como sujetos obligados, al establecer relaciones de negocio, como la apertura de cuentas bancarias. Entre ellas, la identificación, por parte de los sujetos obligados, de quienes pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualquier operación. La Ley establece la obligación genérica (art. 3) y el Reglamento la desarrolla (arts. 4 y 21), reconociendo el art. 21 la posibilidad de los sujetos obligados puedan establecer relaciones de negocio a distancia, en concreto podrán establecer relaciones de negocio o ejecutar operaciones a través de medios telefónicos, electrónicos o telemáticos con clientes que no se encuentren físicamente presentes, pero siempre que empleen procedimientos seguros de identificación y dichos procedimientos hayan sido autorizados por el SEPBLAC (art. 21.1.d). De modo que para la concreción de dichos procedimientos se remite a las notas del SEPBLAC. Si bien cabe mencionar también, en términos generales (no específicos de la apertura de cuentas bancarias o ejecución de operaciones de negocio), la Orden ETD/465/2021, de 6.5, *por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados*.

El SEPBLAC autorizó el 22.5.2015 un procedimiento de identificación no presencial denominado «*Procedimiento de solicitud de confirmación de datos sobre titularidad de cuentas entre entidades*». Prorrogado mediante notas de 13.5 y 28.9.2021, pero requiriendo la aplicación de medidas adicionales para comprobar que la persona identificada a distancia era la titular de la cuenta, como pueden ser las siguientes: se podrá remitir a la cuenta en otra entidad objeto del «*Procedimiento de solicitud de confirmación de datos sobre titularidad de cuentas entre entidades*» una transferencia de importe muy reducido que incluya como concepto un código alfanumérico generado de forma aleato-

ria, que no podrá ser dado a conocer de ninguna otra forma a la persona que está participando en el proceso de identificación a distancia. Esta persona deberá acceder a la banca electrónica de la otra entidad y aportar luego en el proceso de alta el código alfanumérico facilitado, con determinadas restricciones: número máximo de intentos, plazo limitado de validez del código y posibilidad de solicitar una sola vez el envío de otra transferencia con el código alfanumérico.

Este procedimiento se ha demostrado insuficiente para garantizar la fiabilidad de la identidad real de quien abre la cuenta, pues es fácil adivinar que no puede descansar en la existencia de otra cuenta de este, que ha podido ser abierta fraudulentamente. Ha sido por ello recientemente dejado sin efecto, reconociendo el SEPBLAC (en nota de 17.1.2023), que dicho procedimiento «no encajaría en los sistemas de identificación no presencial previstos en el apdo. 4.4 relativo a la *«Confirmación de la identidad del cliente como parte del proceso de verificación»* de las Directrices sobre el uso de soluciones de alta de clientes a distancia con arreglo al art. 13 apdo. 1, de la Directiva (UE) 2015/84922 (EBA/GL/2022/15, 22.11.22)». Finalmente, en Nota de 26.4.23 se deja sin efecto dicho procedimiento.

Paralelamente, el SEPBLAC autorizó mediante Nota de 12.2.16 otro procedimiento de identificación a distancia que se mantiene actualmente, mediante videoconferencia, siempre que se efectúe con arreglo a especificaciones que indica. Especificaciones que se amplían mediante Nota de 11.5.17, y que incluyen exigencias como: «Los procedimientos implantados deberán asegurar (i) que el proceso se realiza por el cliente desde un único dispositivo, (ii) que las imágenes y el sonido son inmediatamente transmitidos al sujeto obligado en formato digital, sin alteración y en directo («streaming») y (iii) que el sujeto obligado procede a la grabación inmediata del proceso de modo que permita su posterior reproducción en secuencia. A efectos de la presente autorización no será admisible el uso de archivos pregrabados por el cliente u otras personas ajenas al sujeto obligado». Y, en todo caso, será responsabilidad del sujeto obligado «implantar los requerimientos técnicos que permitan verificar la autenticidad, vigencia e integridad de los documentos de identificación utilizados y la correspondencia del titular del documento con el cliente objeto de vídeo-identificación».

El procedimiento de identificación no presencial que permanece vigente, la videoconferencia, presenta mayor seguridad que el permitido hasta 2023 de confirmación por correspondencia de datos con otras cuentas de las que el cliente es titular. Pero siempre que se practique con las especificaciones exigidas, siendo determinante que se trate de un vídeo no pregrabado sino con con-

versación en tiempo real con empleado de la entidad bancaria, en la que el cliente además exhiba sus documentos. Habiéndose apreciado en la práctica judicial casos de suplantación de identidad utilizando fotografías de los documentos de identidad y «videoselfies» que han podido obtenerse de las víctimas con la excusa de gestionar un alquiler, o una oferta laboral, y otros utilizan para la apertura de cuentas.

VII. CONCLUSIONES

En conclusión, la normativa de servicios de pago, siguiendo las Directivas comunitarias, sitúa a la entidad bancaria como responsable civil en la estafas informáticas, al entender que incumplen la debida diligencia si no detectan que las operaciones bancarias son in consentidas en cuanto producto de un engaño o previo robo de claves, y no acreditan que el cliente actuó con intencionalidad o negligencia grave. Pues el banco prestador de servicios incumple con el deber de facilitar un sistema de banca telemática seguro. Responsabilidad que, cuando es exigida en el proceso penal, lo es como responsabilidad civil subsidiaria con base en el art. 120.3 CP. En todo caso, y desde una perspectiva preventiva, tanto la disminución de los fraudes informáticos, que ya representan un porcentaje enorme de la criminalidad, como la identificación de al menos algunos de sus responsables, pasa por la exigencia normativa de mecanismos de comprobación por parte de la entidad bancaria de determinados datos de la operación, y, queremos destacar, por la implantación de procedimientos fiables de verificación de la identidad real de quien apertura una cuenta bancaria telemáticamente, además lógicamente de la mejora de la seguridad de las aplicaciones informáticas que permiten la operativa *online*.

48. SOBRE LA «DÉBIL VOLUNTAD» Y LA «ESCASA CAPACIDAD DE RESISTENCIA INDIVIDUAL» EN SEDE DE CULPABILIDAD

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Navarra

1. Entre los numerosos temas que han sido abordados por el Profesor De la Cuesta a lo largo de su carrera académica, no faltan los referidos a la culpabilidad. Y sobre la culpabilidad versa esta contribución. En concreto, va dirigida a plantear la relevancia de la voluntad, y la debilidad de ésta, en sede de culpabilidad. Se trata de una temática que pone de relieve la gran humanidad de nuestro homenajeado, quien siempre ha mostrado una clara atención y respeto por el ser humano, con sus luces y sombras, tanto su dignidad como su debilidad. En este sentido, su atención se ha dirigido también a cómo afecta en la responsabilidad la «débil voluntad» del agente de un delito.

2. Hace ya unos años, a propósito de la imputabilidad y las adicciones, exponía el profesor De la Cuesta su visión del Derecho Penal como «una instancia de último recurso reservada para hacer frente a los comportamientos más gravemente atentatorios del orden social». Lo cual lleva consigo que «no ha de considerar entre ellos los «vicios» o conductas excesivas si no alcanzan a atacar a los bienes jurídicos más fundamentales para la convivencia»; pero eso «no significa en modo alguno que la adicción, en cuanto manifestación de una débil voluntad o de escasa capacidad de resistencia individual a determinados influjos del entorno, no tenga repercusión alguna de cara a la determina-

ción de la responsabilidad penal»¹. Esta referencia a la *debilidad de la voluntad* y la *escasa capacidad de resistencia* sirven para centrar el tema de esta contribución, referida en concreto a la relación entre la voluntad y la culpabilidad. Sin perjuicio de efectuar algunas referencias ineludibles a su conexión con el entendimiento, el tema principal será el del papel de la voluntad en la culpabilidad y su exclusión.

3. En lo que sigue, me referiré primero a la posible relevancia de acuerdo con una primera lectura de lo previsto en el Código Penal (párr. 4), para pasar luego a exponer cómo el entendimiento y la voluntad son elementos necesarios para la culpabilidad (párr. 5-6), lo cual obliga a pronunciarse por un concepto de culpabilidad basada en la libertad del ser humano, como también en sus peculiares y particulares condiciones de debilidad en la potencia volitiva (párr. 7-8). Al final, lo expuesto tendrá consecuencias sobre el concepto mismo de imputabilidad (párr. 9).

4. Llama la atención que, a lo largo del Código Penal, no existen menciones expresas a la voluntad en el art. 20, pero sí hay alguna mención implícita, o al menos que permite referirse, a la voluntad («no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», «El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado», «siempre que no haya sido buscado con el propósito de...»). Sin embargo, sí constan, y más de una vez, en lo referente a la tentativa (art. 16: «por causas independientes de la voluntad del autor», «quien evite voluntariamente la consumación», «desistiendo de la ejecución», «impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación»). Por otra parte, una referencia a la voluntad podría recogerse en una definición legal de dolo, pero no existe esta en el Código. Por lo que hace a la voluntad de la víctima, en la parte especial se menciona en diversos delitos: en los delitos contra la libertad sexual (por ejemplo, en los arts. 178-180: «sin su consentimiento», «expresen de manera clara la voluntad de la persona», «cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»); en las coacciones (art. 172: «le compeliere a efectuar lo que no quiere»); en los de allanamiento (art. 202: «contra la voluntad de su morador»); en algunos patrimoniales (arts. 234: «sin la voluntad de su dueño»; y 245.2: «con-

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Adicciones químicas y adicciones sin drogas. Su incidencia en la responsabilidad penal», en Bajo Fernández, M./Jorge Barreiro, A./Suárez González, C.J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 1271-1301, 1273; cfr. asimismo, con carácter más general, «Imputabilidad y nuevo Código Penal», en CEREZO MIR, J. et al., *El nuevo código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada: Comares, 1999, pp. 299-324. Otra aportación del autor sobre la culpabilidad: «El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. II, Bilbao: Fundación BBV, 1994, pp. 63-69.

tra la voluntad de su titular»); entre otros (arts. 472, 489 o 557 bis, por ejemplo). Este diferente uso del término «voluntad» podría llevar a pensar que, allá donde el legislador no lo ha empleado, no debería entenderse como referido a esta. De este modo, sí operaría en la tentativa en cuyo régimen se menciona, pero no a efectos de imputabilidad, en donde brilla por su ausencia. Sin embargo, este argumento no es concluyente, pues es claro que la voluntad puede indicarse mediante otros términos, como el de «querer» (en las coacciones, por ejemplo) o el de «tender a» (en la alevosía); y que no existe una definición de dolo, pero no por eso se deja de referir este a la voluntad (al menos por parte de quienes sostienen un concepto volitivo). Por tanto, me parece que la referencia a la voluntad no depende del concreto uso del término literal. De este modo, las referencias del art. 20.1.º y 2.º («no pueda ... actuar conforme a», «hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de», «no haya sido buscado con el propósito de», «le impida ... actuar conforme a») no excluyen entenderlas como referidas a la voluntad.

Sobre la presencia de la voluntad en el sistema de responsabilidad definido en el Código Penal, cabe afirmar que se exige en diversos lugares tanto para el agente (posible responsable) como para la víctima (que padece el delito). Con todo, más allá de este argumento literalista, pienso que hay indicios para concluir que la voluntad tiene algo que decir cuando se habla de atribuir responsabilidad a las personas. Lo previsto en los preceptos acabados de citar va en esa dirección, pero no es el único motivo. Hay también una razón antropológica como es la operatividad de la potencia volitiva en el ser humano, junto con la intelectual. Además, también cabe apelar a la voluntad desde la existencia y eficacia de una institución arraigada en Derecho Penal, como es el consentimiento. Con todo, el Código no se refiere a supuestos que excluyen la voluntad, como en cambio lo hace para los que excluyen el conocimiento (art. 14: «error»), luego se podría pensar que no cabe dar entrada a lo que el legislador no ha querido definir. Este argumento *a contrario* no impide, sin embargo, tomar en cuenta la falta de voluntad, pues el legislador sí ha previsto expresamente, y en no pocos lugares, el papel de la voluntad y de su ausencia. Es llamativo que a la previsión del error (del agente) no siga algo paralelo para la falta de voluntad (también del agente). Y es llamativo, porque se prevén delitos que se cometen por engaño o que consisten en hacer errar o aprovechar el error (estafa, falso testimonio, etc.), pero se prevén más frecuente y caracterizadamente contra la voluntad (coacciones y amenazas, y todos aquellos que emplean violencia o intimidación contra las personas). Estos últimos son más que los de comisión mediante engaño. Podría decirse que se da una doble asimetría entre la previsión del error como causa de no responsabilidad del agen-

te en la parte general y menos en la parte especial; mientras que el binomio violencia/intimidación es muy frecuente en la parte especial y menos en la general, donde parece no hallarse de manera expresa la ausencia de voluntad entre las causas de no responsabilidad del agente.

5. Es defendible que la voluntad forma parte del sistema de responsabilidad penal². Pienso que cabe reivindicar el papel de la voluntad³, por las siguientes razones. En primer lugar, porque se da por supuesto como elemento básico en la definición de delito: por ejemplo, «acción», «omisión» (art. 1.1); «acciones y omisiones dolosas o imprudentes» (art. 10); «ejecución», «hechos exteriores», «actos» (art. 16); «cometer la infracción», «obre» (art. 20); y no habría nada de lo que tratar si media una fuerza física absoluta sobre el sujeto. En segundo lugar, porque forma parte de nuestra representación del mundo y nuestras relaciones, tanto para obligarnos (relevancia del consentimiento) como para excusarnos (el socorrido «ha sido sin querer»). En tercer lugar, porque los vicios del consentimiento en la doctrina general de las obligaciones sí contemplan los defectos de la voluntad (arts. 1267-1268 Código Civil), y sería extraño que desapareciera de pronto en el sistema de responsabilidad penal, siendo así que este es muy exigente en sus requisitos a la vista de las consecuencias punitivas a que da lugar. Y, en cuarto lugar, por una razón antropológica que no veo motivo para excluir en la reflexión dogmática, como es la presencia de la potencia intelectual junto a la volitiva en el ser humano agente.

Sin embargo, contra la idea de voluntad como integrante de la culpabilidad se dirigen diversas críticas: no es fácilmente objetivable, supone un anacronismo, y presupone una concepción en exceso racionalista del ser humano⁴. Sin embargo, en primer lugar, tampoco resulta fácil objetivar el entendimiento; además, se trataría de objetivar la voluntad mediante su exteriorización y los estándares que estimamos vigentes en cada momento y lugar. En segundo lugar, que lo anacrónico puede ser una visión etérea de la voluntad posiblemente, como sinónimo de libertad. Y, en tercer lugar, que dar entrada a la voluntad no exime de argumentar cómo influyen los diversos factores: comenzando por la representación fáctica y valorativa de la situación que se hace el agente, y continuando por cómo afectan las emociones, entre otros factores.

² Contra, por todos, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, naturaleza jurídica y elemento*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 327-332.

³ Pero siempre que se precise y concrete. No me parece adecuado apelar a una voluntad genérica carente de matices. En cambio, en ocasiones la voluntad parece haber agrupado todos los elementos psicológicos (incluidos los intelectivos): cfr. así, CARNELUTTI, F., *Teoría general del delito* (trad., Conde), Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1952, pp. 132-183 y 136. No es esta mi posición.

⁴ Cfr., por todos, MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, pp. 331-332.

6. Aceptado que la voluntad juega un papel en el sistema de responsabilidad penal, queda por ver su ubicación sistemática (acción, tipo, injusto, culpabilidad o, incluso, punibilidad) y sus consecuencias. Hay que reconocer que puede afectar a diversas instituciones y categorías, aunque no procede ahora pronunciarse por cuál en concreto. Sí me parece oportuno asumir que se recurre a la voluntad al menos en dos momentos⁵. Conviene distinguir, por un lado, la mera *volición* en cuanto opción básica, que seguiría a una percepción también básica de la realidad en la que el sujeto se halla inmerso, y que son necesarias para poder hablar de un comportamiento humano. Por otro lado, la voluntad se da también cuando el agente se decide teniendo en cuenta el contenido valorativo o normativo de su acción, y que es necesaria para la culpabilidad: procede entonces referirse a la *voluntariedad*⁶. Sin necesidad de entrar ahora a tomar partido sobre la cuestión de si el dolo incluye la voluntad y si, además, se refiere a los aspectos normativos o valorativos de la acción, sí parece defendible que conviene distinguir dos niveles u órdenes de la voluntad. En efecto, un nivel básico –volición–, referido a la mera elección, la cual no carece de objeto de referencia, pues recae sobre algo (lo conocido o representado por el sujeto); y otro más completo –voluntariedad–, que incluye el sentido normativo o valorativo de la acción. Parecería que la potencia intelectual debería seguir la misma suerte que la volitiva. De este modo, también en lo intelectual cabe identificar dos niveles u órdenes: lo básico, la representación de los datos fácticos de la conducta, frente a la representación de su significado o contenido valorativo o normativo. Quien defienda que todos los aspectos de la imputación subjetiva tienen su sede en un concepto de dolo malo podría aceptar que en la inmensa mayoría de casos es posible diferenciar cuestiones de hecho y de Derecho, y ello aun asumiendo que en no pocos casos resulta difícil deslindarlas. Esta dificultad no es óbice para que sea posible diferenciar ambos órdenes.

A mi modo de ver, esa voluntariedad encontraría su lugar sistemático en la categoría de la culpabilidad⁷. Sin embargo, no es fácil hallarle su acomodo en el

⁵ Por tanto, no me refiero a la voluntariedad genérica sinónimo de la libertad. Es posible que este enfoque genérico de la voluntad en sentido *amplísimo* –presente, por ejemplo, en las Adiciones de SALDAÑA, Q., a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal* (trad., Jiménez de Asúa), 2.ª ed., II, Madrid: Reus, 1927, pp. 429-434 haya influido en la desatención que la voluntad ha recibido por parte de la doctrina, o de los enfoques que no se han centrado en lo esencial. Cfr. nota 3.

⁶ En cambio, en tercer lugar, la voluntad no sería precisa para poder hablar de dolo que, sobre la base del conocimiento y volición básicos ya imputados, es objeto de una valoración en el marco del hecho como típico. No procede detenerse ahora en este doble aspecto del dolo: primero como objeto de imputación y luego como objeto de valoración.

⁷ Y sobre esta opción me he pronunciado en otros lugares. Cfr., por todos, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2008, pp. 491-492.

triple requisito que la doctrina exige (imputabilidad, conocimiento de la norma y exigibilidad de actuar conforme a este). Dicho modo de comprender la imputabilidad es deudor de la exposición inicial que hizo von Liszt, a la que luego se sobreañadieron los elementos de conocimiento de la norma y exigibilidad, como es ampliamente reconocido. En cambio, si entendemos la culpabilidad como el juicio de imputación a título de reproche de la conducta que ya ha sido valorada como contraria a Derecho⁸, entonces sería procedente basar esa imputación tanto en la potencia intelectual como en la volitiva del agente. En concreto, así hacemos ya cuando se requiere en la doctrina conocimiento de la norma por el agente y la exigibilidad de obrar conforme a dicha representación; o cuando el legislador identifica, por un lado, conocer la «ilicitud del hecho» (art. 14.3) y que no «obre impulsado por miedo insuperable» (art. 20.6.º), por otro; o también cuando se menciona la capacidad de actuar conforme a la comprensión del injusto que se tenga (art. 20.1.º-2.º). Como no se percibe un claro paralelismo entre lo intelectual y lo volitivo, se podría extraer la precipitada conclusión de que no guardan relación uno con otro o, incluso, de que son categorías independientes; esta conclusión se vería además confirmada por cuanto los supuestos de inimputabilidad (art. 20.1.º-3.º) parecen operar en un mundo diverso y ajeno, el de las alteraciones de la psique y las intoxicaciones. Pero se trataría de una conclusión precipitada. No me parece correcto este planteamiento. En cambio, soy de la opinión de que todo lo que en sede de culpabilidad (y no solo de imputabilidad) guarda referencia a la imputación puede reconducirse a su incidencia en las potencias tanto intelectual como volitiva del ser humano agente⁹. Esto no supone rechazar que en sede de culpabilidad entren en juego otras consideraciones, en concreto las necesidades de carácter preventivo, que complementan o desplazan lo propio del entendimiento y la voluntad del ser humano.

7. Si nos centramos en ambas potencias humanas, el entendimiento y la voluntad, la culpabilidad ha de incluir la representación de los aspectos normati-

⁸ La imputación de lo realizado más allá de la norma (conductas supererogatorias, donde se imputaría a título de mérito), como también la imputación de lo realizado conforme a la norma, exigen conocimiento y voluntad. No podemos detenernos ahora en estos aspectos. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Coacción, intimidación y coerción en Derecho Penal», en *Persona y Derecho* 81 (2019/2), pp. 185-200; *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Madrid: Reus, 2018, pp. 88-94.

⁹ En este sentido, la apelación al entendimiento y la voluntad requeriría prestar atención también a las emociones, las cuales pueden influir en la determinación de la decisión del agente, como también afectar a la representación de los elementos de juicio a la hora de actuar. De este modo, aun asumiendo su gran relevancia en la formación de la voluntad, también la tendrían en el conocimiento. Al respecto, cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid...: Marcial Pons, 2009, pp. 92-97. Para la relevancia de las emociones en Derecho Penal, en concreto, cfr. MONTENEGRO, L., *Die Schuld des Menschen. Zum Verhältnis von Emotionen und Schuld im Strafrecht*, Tübinga: Mohr Siebeck, 2023, pp. 221-256; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Derecho Penal. Parte general*, Las Rozas (Madrid): Aranzadi, 2025, 12/82-87.

vos o valorativos, así como la voluntariedad al actuar. Lo primero, lo intelectual, se refiere al carácter valorativo o normativo de lo que se lleva a cabo (su condición de lícito o ilícito, su sentido a ojos del ordenamiento), lo cual podría encontrar reflejo en la estructura latente en el art. 14.3 (para responder penalmente se requiere representarse la ilicitud de lo que se hace). Y lo segundo, lo voluntativo, se refiere a la opción del agente por ese sentido valorativo o normativo percibido, lo cual no encontraría, sin embargo, una base explícita en los preceptos del Código. Ciertamente, lo previsto en el art. 20.6.º menciona solo el miedo insuperable, que parece referirse únicamente a situaciones de intimidación (contextual o provocada), por lo que resultaría escaso para abarcar otras situaciones. Pero si atendemos a que la voluntad ha de referirse al contenido valorativo o normativo de lo que se lleva a cabo, entonces se amplía la idea. Esto se confirma si tenemos en cuenta la mención que efectúa el art. 20.1.º-2.º a la capacidad de actuar conforme a la comprensión del injusto que se tenga («no pueda ... actuar conforme a», «le impida ... actuar conforme a»). De este modo, tanto si se trata de factores de alteración o anomalía psíquica, como si lo es de intoxicación o adicción a sustancias, lo que debe argumentarse es la afectación que produce en la potencia volitiva; es decir, en qué medida influye en la capacidad del ser humano de seguir la norma, o de optar por una representación del contenido valorativo de lo que se realiza. Y así como el defecto de conocimiento puede englobarse en el *nomen iuris* de ignorancia, el defecto de la voluntad podría denominarse «acrasia»¹⁰. Esta reúne aquellas situaciones de carencia y de debilidad de la voluntad. En esta medida, resulta clave valorar entonces la «escasa capacidad de resistencia individual» del agente, en expresión de De la Cuesta.

8. Así no es la intoxicación ni la adicción, como tampoco la enfermedad psíquica o el trastorno, lo que excluye la responsabilidad (imputabilidad), sino su efecto en la voluntad. Y lo mismo podría decirse del entendimiento¹¹: a partir de la existencia de una alteración o de una anomalía psíquica, o de la intoxicación, lo que debe argumentarse es la relevancia que producen en cuanto al defecto de representación del sentido normativo de la acción. Pienso que hay razones en favor de este planteamiento. Por una parte, que evitaría la consideración de los factores de inimputabilidad como si fueran tipos que se aplican al caso, esto es, como si fueran «descripciones típicas» (de enfermedad o intoxicación,

¹⁰ Sobre este concepto, *cfr.* SÁNCHEZ-OSTIZ, *Víctimas e infractores*, pp. 42-43, 90. El concepto es más estricto en SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general*, 24/41, 28/84, quien lo reserva para la débil voluntad, mientras que aquí se refiere al conjunto genérico de supuestos que afectan a la voluntad: tanto para excluirla como para atenuarla.

¹¹ Los cuales, caso de darse, seguirían el mismo procedimiento: distinguir la base y el efecto que produce en la imputación.

por ejemplo). Cuando quien analiza la imputabilidad o no del sujeto se queda en la mera constatación de la enfermedad, o el grado de intoxicación, posiblemente esté procediendo a modo de subsunción de unos hechos en una premisa normativa¹². Pero la operación es de carácter imputativo, es decir, de atribución: lo que debe efectuar el juez es la imputación de conocimiento y voluntad sobre la base de indicios. Es lo que posibilita una fórmula mixta bio-psicológica en esta materia¹³: requiere una base bio-física, pero exige sobre todo que haya producido un efecto en la psique del sujeto agente; y en concreto, que haya afectado a la representación que este tiene del sentido normativo de su conducta o a la opción por dicho sentido. Por otra parte, este modo de entender los factores que excluyen la culpabilidad, así como los que la fundamentan, resulta coherente en el marco de un sistema de elementos, que es además coherente con lo que el ordenamiento dice exigir en otros sectores (vicios del conocimiento y de la voluntad). Además, por otro lado, esto permite superar la identificación de la culpabilidad con un cúmulo de categorías de la psique o de las diversas intoxicaciones, para atender a lo que le es propio, la afectación a la voluntad (y al entendimiento). A su vez, esto no desplaza la importancia de los factores preventivos que pueden, y deben, entrar en juego en sede de culpabilidad. Es más, estos son claves para tomar la decisión que acompaña al juicio de imputación: lo que se entiende como conocimiento o voluntariedad no es ajeno a lo que cabe exigir al ciudadano de esta época en estas circunstancias personales y sociales.

Con todo, este planteamiento podría resultar vulnerable, al menos, por tres razones. Por su simplismo, por ser paternalista y por partir de una visión perfeccionista del ser humano. Podría criticarse por simplista, ya que reduce la gran variedad de situaciones (enfermedades psíquicas, intoxicación, adicciones, situaciones de necesidad, miedo...) a dos factores, como son los relacionados con el conocer y con el querer. También, que es paternalista por atender a una potencia interior del ser humano como es la voluntad, inaccesible para el Derecho. Y también por encerrar una visión que iría contra la libertad de los planes de vida que las personas puedan organizarse al margen de pretensiones perfeccionistas, desde fuera. Sin embargo, respecto de lo primero, no se trata de simplismo, sino de una visión analítica que permite o facilita la ordenación de las categorías en un sistema; sin que por eso quede resuelta la gran variedad de situaciones que luego habrán de atenderse en el conocimiento y en la volun-

¹² Sobre este riesgo me he pronunciado ya en SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 492-496.

¹³ Sobre la diferenciación de planos (un elemento de base objeto de diagnóstico, y el elemento normativo de la valoración de su gravedad), propia de los planteamientos psicológico-normativos de culpabilidad, cfr., por todos, MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, pp. 358, 367 y *passim*.

tad. Con otras palabras: que si esta visión resulta simplista también merecería ese calificativo la teoría del delito, por cuanto tiene de ordenación de las categorías. Frente a la crítica de paternalismo cabría replicar que de aspectos de la interioridad del ser humano —una vez que se exteriorice, claro está— se preocupa ya el Derecho desde hace tiempo, y el Derecho Penal en particular, sin que por eso sea rechazable. A fin de cuentas, toda imputación exige atender a lo subjetivo de la acción; y es esto a lo que se atiende cuando reivindicó la voluntad. Esto no significa que se defienda una intromisión indebida, sino que lo voluntario habrá de someterse a los criterios de prueba y valoración como ya hacemos con el dolo, la culpabilidad, etc. Y al reproche de perfeccionismo cabría reponer que mirar a la voluntad es atender a cómo configuramos las acciones humanas. Sería irreal no mirar al aspecto subjetivo de la acción, pues desaparecería esta. Y si atendemos a la interioridad, ahí están el conocimiento y la voluntad. Esto no significa incurrir en una suerte de moralización, sino que cabe atender a la voluntad como ya hacemos en nuestras relaciones humanas cotidianas. Si esto quedara fuera del Derecho Penal a la hora de imputar, debería excluirse también lo que ahora hacemos en sede de dolo o culpabilidad. Por tanto, estas críticas no me parecen definitivas.

9. En cambio, me parece asumible que la voluntad juegue un papel, y no pequeño, en cuanto a la imputación de responsabilidad penal. Y esto se llevaría a cabo de diversas maneras. *Primera*, que debería existir una causa de ausencia de voluntad, en paralelo a la ausencia de conocimiento o dolo (ignorancia o error): es lo que podría englobarse bajo la denominación de «acrasia». *Segunda*, que podrían darse situaciones de acrasia que excluyan la imputación, como también las que la mantengan, aunque con sanción atenuada (algo que puede lograrse a través de los mecanismos ya previstos en la legislación: eximente incompleta, atenuante muy cualificada o no, sobre todo). *Tercera*, que la acrasia podría servir además para los casos de debilidad de la voluntad, sobre todo debidos a las adicciones, aunque a efectos de aminora la responsabilidad, las previsiones legislativas resultan estrechas¹⁴. *Cuarta*, que así como la responsabilidad aun en casos de error del agente se puede fundamentar en incumbencias del agente en conocer, cuya no observancia da lugar a imputar el haber caído en el error, también deberían identificarse incumbencias referidas a la voluntad, en la medida en que se atienda a lo que cabe esperar del ciudadano en cuanto a la fuerza de voluntad de quien vive y obra en sociedad, y que denomino «incumbencias de disposición»; y eso, sin necesidad de incurrir en una indebida imputación basada en aspectos meramente internos de la persona. *Quinta*, que separar la voluntad

¹⁴ Cfr. en este sentido restringido SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general*, 24/41.

respecto del entendimiento y darle contenido, podría dar pie a identificar situaciones que afectan a la voluntariedad más allá de las previstas expresamente en la legislación (enajenación y trastorno, intoxicaciones y síndrome de abstinencia); incluso que en dichos casos lo que ha de tenerse en cuenta es o bien el efecto que produce en la representación que tiene el agente sobre el sentido normativo o valorativo de su acción y/o sobre la fuerza de voluntad para actuar en consecuencia; de manera que cabría considerar la relevancia de adicciones no químicas o trastornos de la personalidad, en la medida en que tengan efecto en la voluntariedad del agente. *Sexta*, que atender a la voluntariedad permitiría respetar cierta coherencia con estructuras de imputación que se detectan en la parte especial; concretamente, las que hacen referencia a la propia víctima que es agredida en su voluntad, mediante fuerza sea física (que anula la volición), sea psíquica (que anula la voluntariedad), y ello en paralelo con las formas de agredir a la víctima causando error por engaño; además, sería una forma de buscar coherencia y sistematicidad con otras previsiones de la voluntariedad en la parte especial (consentimiento...). *Séptima*, que este planteamiento de la voluntad (en particular, de la voluntariedad), junto al conocimiento, no significa pasar por alto las circunstancias históricas y sociales que condicionan la imputación, sino todo lo contrario, pues los márgenes y límites de la imputación por falta de voluntariedad han de incorporar esas circunstancias; y de hecho, así puede suceder ya en cuanto a la consideración de un defecto de la voluntad o acrasia pero que sea exigible al sujeto superar (y que sería por tanto irrelevante). *Octava*, que esta consideración de la voluntad debería ser consistente con la que tiene lugar cuando nos referimos a conductas meritorias o en las que son conformes a la norma, pues en tales casos se realiza igualmente una acción que requiere entendimiento y voluntad; y que exigiría igualmente conocer el sentido supererogatorio de la acción y la voluntariedad respectiva, o conocer que se obra según lo obligado en la norma en cuestión. *Novena*, que esta visión de la voluntariedad no se daría en sistemas de imputación diversos y basados en otros factores y condiciones, como sucede ya en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas, casos en los que no se trata propiamente de sujetos de acción y culpabilidad en el mismo sentido que se predica de las personas físicas.

10. En todo caso, me parece que las reflexiones anteriores dejan un amplio espacio para la voluntad en la teoría del delito. Tanto en su faceta de volición, como en la de voluntariedad, la voluntad determina, junto con el conocimiento, la agencia, y ambos han de tener relevancia en los juicios de imputación. Y en esa misma medida, la intuición del Profesor De la Cuesta sobre la débil voluntad y la escasa capacidad de resistencia individual del agente a la hora de actuar sigue teniendo sentido.

49. EL TRATAMIENTO PENAL DEL DELINCUENTE (MÁS) PELIGROSO

ÁNGEL J. SANZ MORÁN
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

I

El título de esta contribución coincide casi literalmente con el de una de las más recientes del profesor De la Cuesta, publicada también para un libro homenaje¹. Dado que en ella se ocupa generosamente con alguna de mis aportaciones sobre el mismo problema, me parece oportuno continuar aquí el diálogo que venimos manteniendo desde hace más de cuatro décadas. Como sucedió con tantos otros compañeros y amigos, fue en el incomparable ambiente del Instituto Max Planck de Friburgo donde se fraguó una relación académica y personal que, desde entonces, no ha sufrido altibajo alguno. Determinante para ello es la bonhomía de José Luis (Jos), su generosidad y lealtad, aunque también contribuyó la estrecha amistad de nuestros respectivos maestros, Antonio Beristáin y Ángel Torío. De ahí la satisfacción que me brindan los organizadores de este merecido homenaje, a cuya amable invitación responden las líneas que siguen.

En el trabajo antes mencionado, se ocupa el profesor De la Cuesta del tratamiento penal y penitenciario del delincuente imputable peligroso, aunque

¹ Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Sobre el tratamiento penal y penitenciario de la delincuencia (más) peligrosa», en *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia: Tirant lo Blanch 2021, pp. 409-422.

al final se haga también una breve referencia al problema del inimputable. Aquí me voy a ocupar sólo del primer caso, centrándome además en los aspectos penales, pues en lo que se refiere a los aspectos penitenciarios, poco podría añadir a las pertinentes reflexiones de un especialista consumado –ya desde su magnífica tesis doctoral²– como es el profesor De la Cuesta. Y voy a abordarlo desde la perspectiva que entiendo más fructífera: el contraste monismo/dualismo de consecuencias jurídicas del delito. A tal fin, resulta muy ilustrativo recordar lo que sucedió con el *iter prelegislativo* que condujo a la amplia reforma penal de 2015, como también hace en su contribución De la Cuesta.

II

Antes de esa fecha, el legislador había recurrido fundamentalmente a la vía de intensificación de la respuesta penal en el tratamiento de esta clase de delincuencia. Baste recordar lo sucedido con alguna de las reformas penales del año 2003, como nos recuerda el profesor De la Cuesta³. En la LO 7/2003, de 30 de junio, destacan, en la dirección indicada, tres datos: En primer lugar, la elevación de los límites máximos de cumplimiento de la pena de prisión (desde los treinta hasta los cuarenta años). No deja de ser sintomático que, más de veinte años después y pese a las numerosas reformas introducidas en el Código, debidas a iniciativas parlamentarias de signo ideológico muy distinto, no se haya planteado siquiera corregirlo. Tenemos, en segundo lugar, la ampliación del ámbito de aplicación del art. 78 CP, creado en su día con la finalidad de garantizar, en determinadas hipótesis, un «cumplimiento efectivo» de las penas impuestas. Precepto que, como es notorio, ha sido objeto –antes y después de esta reforma– de rechazo generalizado. Finalmente, la LO 7/2003, que aquí recordamos, restringió notablemente el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. A su vez, ese mismo año, pero ahora mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se introdujo algún cambio en las reglas de determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, posibilitando ahora la exasperación de la pena (elevación por encima del límite máximo de su marco) en algunos supuestos de multirreincidencia.

² Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, San Sebastián: CAP de Guipúzcoa 1982.

³ Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Sobre el tratamiento...», cit., pp. 409-410. Nos ocupábamos con estas reformas en SANZ MORÁN, A.J. «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», en *Revista de Derecho Penal* n.º 11 (enero de 2004), pp. 11-40.

E incluso el Tribunal Supremo se sumó a esta línea de intensificación de la respuesta punitiva frente al delincuente múltiple de carácter peligroso en su controvertida sentencia de 28 de febrero de 2006, donde se modifica retroactivamente el criterio consolidado de imputar los beneficios penitenciarios (en particular, la ya desaparecida redención de penas por el trabajo), no a las penas impuestas a cada delito, sino al límite resultante de la aplicación de las reglas que rigen la concurrencia delictiva (la convencionalmente denominada desde entonces «doctrina Parot»). Más aún, el Tribunal Constitucional español declaró, en sucesivas sentencias (a partir de la primera: la 39/2012, de 29 de marzo), que este nuevo criterio y su aplicación retroactiva no lesionan principio constitucional alguno, punto de vista rechazado finalmente, como es notorio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia «Del Río Prada c. España», de 21 de octubre de 2013⁴.

En este sucinto repaso histórico-legislativo hay que recordar el paso que supone la introducción de la medida de libertad vigilada y su posible acumulación a la pena una vez extinguida ésta, por la LO 5/2010, de 22 de junio, pues, aunque ya en caso del semiimputable cabía imponer penas y medidas por unos mismos hechos, ello venía mitigado por la adopción del denominado modelo «vicarial» cuando unas y otras comportaran privación de libertad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 CP, mientras que ahora se acumulan ambas consecuencias jurídicas y se imponen a sujetos plenamente responsables⁵.

Pero es en el contexto de los trabajos prelegislativos que culminaron en la LO 1/2015, de 30 de marzo, cuando se ponen de manifiesto de manera patente las dudas y vacilaciones del legislador a la hora de articular una respuesta a este fenómeno de la delincuencia (más) peligrosa. Veámoslo de manera

⁴ Para la posición del Tribunal Supremo, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J. «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (a propósito de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», en *Revista de Derecho Penal* n.º 18 (mayo 2006), pp. 11-43. Evoca también el problema suscitado por la denominada «doctrina Parot», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Sobre el tratamiento...», cit. pp. 413-414, donde advierte, con razón, de la importancia que cobra la mencionada decisión del TEDH, pues «al proclamar que las garantías del principio de legalidad no se refieren exclusivamente a la definición de los delitos y de las penas, sino que alcanzan a las operaciones de concreción de estas últimas, abre nuevas y muy relevantes perspectivas para el control de legalidad de la ejecución de las penas por parte del Tribunal de Estrasburgo» (*ibidem*).

⁵ También hemos tenido ocasión de ocuparnos con la medida de libertad vigilada, antes y después de la ampliación de su ámbito de aplicación por la reforma penal de 2015, de la que hablaremos a continuación. Véase SANZ MORÁN, A. J., «La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político criminal», en *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch 2011, pp. 997-1028 y «Una consecuencia jurídica no tan extraña: la libertad vigilada», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid: Universidad Complutense 2020, pp. 587-601.

muy resumida: El primero de los Anteproyectos que están en la base de la reforma, tiene dos versiones: una primera de 16 de julio de 2012, donde todavía no aparece la prisión permanente revisable. Sí que se incorpora, sin embargo, en el ámbito de las medidas de seguridad, la controvertida «custodia de seguridad», lo que suscitó justificadas críticas. En la segunda versión, de 11 de octubre de 2012, manteniendo la custodia de seguridad, se introduce la prisión permanente revisable (lo que lleva a la necesidad de modificar profundamente la regulación de los delitos contra la vida, cuestión ésta de la que nos podemos ocupar aquí). Finalmente, en el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 (base del Proyecto de ley de 20 de septiembre de 2013), manteniendo la prisión permanente revisable⁶, suprime la custodia de seguridad.

III

Vemos así proyectarse a nivel legislativo el debatido problema del monismo *versus* dualismo en el tratamiento del delincuente habitual peligroso. En efecto, una de las cuestiones nucleares de cualquier política criminal es la del tratamiento adecuado para los delincuentes habituales de criminalidad media o grave. Ya desde el momento en el que aparecen en el derecho penal las medidas de corrección y de seguridad, constituirá éste uno de los objetos centrales de debate, surgiendo, desde el principio, el contraste entre posiciones monistas (sólo pena –prolongada–) y dualistas (pena más medida), en orden al tratamiento de esta hipótesis específica. Y también el debate actual al respecto aparece mediatizado por la decisión (previa) relativa al carácter monista o dualista de la forma de reacción, pues así como la incorporación de la medida, *en lugar de la pena*, para los inimputables, nunca ha planteado problemas, sigue cuestionándose, sin embargo, la legitimidad de la doble respuesta (pena *más* medida) para los sujetos plenamente responsables, cuando se constate en ellos peligrosidad criminal; esto es, quepa predecir la comisión de nuevos delitos por su parte.

La respuesta «monista» se traduce, como decimos, en una intensificación del recurso a la pena para el supuesto que nos ocupa. Cabe recordar, en esta

⁶ No podemos ocuparnos aquí con esta novedosa pena. Los distintos problemas interpretativos que suscita su regulación, así como el debate político criminal que originó por su introducción, así como la STC 169/2021, de 6 de octubre, que declara su conformidad con la Constitución han sido exhaustivamente analizados en la reciente monografía de LEÓN ALAPONT, J. *La prisión permanente revisable en España*, Valencia: Tirant lo Blanch 2024, precisamente uno de los escasos defensores de esta pena en nuestra doctrina. *Cfr.* la recensión crítica que ofrecíamos a esta obra en *InDret* 1.2025, ExLibris, pp. 565-570.

dirección, la «extended sentence», característica del Reino Unido, o el recurso a la prisión perpetua, ampliamente presente en el derecho comparado. Variantes novedosas de este monismo penal son algunos mecanismos surgidos en los Estados Unidos de América, como las famosas leyes «three strikes» o la «selective incapacitation», en cuya caracterización no podemos detenernos.

Frente a este modo de proceder se aducen distintos argumentos: si ya el simple efecto agravatorio de la reincidencia ha suscitado serias críticas en la doctrina penal, cuestionándose incluso su constitucionalidad, qué decir de la anudación al segundo o tercer delito de un efecto tan drástico como lo es el de transformar la prisión temporal en perpetua, modificando de este modo su naturaleza (pues la prisión perpetua no es una prisión temporal más grave, sino una pena distinta). Además de perderse así de vista las diferencias de fundamento, presupuesto y fines entre penas y medidas –en las que ahora no podemos detenernos–, se carga a la pena –dato éste en el que ha insistido Frisch– con funciones preventivo especiales, de carácter asegurativo, que no está en condiciones de cumplir⁷. En palabras de Kunz, las penas privativas de libertad con un marco extraordinariamente elevado «contradicen el mandato tanto de una medida de la culpabilidad adecuada al caso individual como de un enjuiciamiento individual de la peligrosidad. Contienen un doble “suplemento de peligrosidad”: por una parte, en aras a la seguridad colectiva se establece un internamiento mucho más prolongado que lo adecuado a la culpabilidad; por otra parte, el peligro común que proporciona la ocasión para un internamiento más prolongado se acepta, de manera abstracto-general, para todos aquellos sujetos condenados (o vueltos a condenar) por determinados delitos considerados especialmente graves». La privación extraordinariamente prolongada de libertad no se apoya en una peligrosidad individual de acuerdo con un enjuiciamiento experto, sino en la mera pertenencia colectiva a la categoría de riesgo de los condenados por delitos especialmente graves o que muestran una determinada cuota de reincidencia⁸.

Las respuestas dualistas (pena más medida) frente al delincuente habitual peligroso consisten, de ordinario, en la ejecución, tras el cumplimiento de la pena impuesta por el delito ahora cometido, de una medida de corrección o de seguridad. En ocasiones, esta última no comportará privación de libertad adicional, como sucede con la «supervisión de conducta», la psicocirugía, la cas-

⁷ Véase FRISCH, W. «Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem», en *ZStW* 102 (1990), pp. 343-393 (p. 363 y 387 ss.)

⁸ Véase KUNZ, K.-L. «‘Gefährliche’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2005, pp. 1375-1392 (p. 1376).

tracción química de delincuentes sexuales o la publicación del fallo (listas de pederastas, de maltratadores, etc.). No es necesario, sin embargo, insistir en el carácter estigmatizador (y, por ende, lesivo de la dignidad humana y de la prohibición constitucional de tratos degradantes) que pueden comportar estas nuevas modalidades de «picota» a las que hemos aludido en último lugar. Y lo mismo cabría decir de la psicocirugía o la castración química de delincuentes sexuales, por más que sea de carácter voluntario. En otros casos, la medida que sigue a la pena comporta privación de libertad, como la denominada «custodia de seguridad», prevista en algunos Códigos penales europeos (por ejemplo, en los de Alemania, Suiza y Austria); o el ingreso en centros de terapia social, que tantas expectativas suscitó en las estrategias resocializadoras de los años sesenta y que pervive en Alemania como simple modalidad de ejecución penitenciaria. Finalmente, en algunas ocasiones (como sucede en el Reino Unido o en alguno de los Estados de la Unión), se recurre al internamiento civil indefinido posterior a la pena.

Frente a la acumulación de pena y medida para un mismo supuesto se ha aducido, desde antiguo, el argumento del «fraude de etiquetas», puesto que la medida posterior a la pena se ejecuta, de ordinario, de manera semejante a ésta –aunque cabe la variante vicarial, como sucedía hasta hace no mucho con la custodia de seguridad del Código penal suizo–, con el consiguiente riesgo para los principios de proporcionalidad y «non bis in idem».

IV

La reforma de 2015 se movió, a este respecto, entre los mencionados modelos, sin llegar a comprender el legislador el sentido que cobra el contraste monismo/dualismo de respuestas penales en relación a sujetos penalmente responsables: Así, en las dos versiones del Anteproyecto de 2012, la introducción de la custodia de seguridad se ve acompañada, de manera coherente, de la supresión de la exasperación de la pena al multirreincidente, indicando, de manera plausible, la exposición de motivos, que agravar la pena por razones de peligrosidad, «resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad». Sin embargo, en la segunda versión de este Anteproyecto de 2012 se introduce, como dijimos, la prisión permanente revisable, pero perviviendo la custodia de seguridad y, tras la supresión de ésta en el Anteproyecto de 2013, reaparece la agravación de la pena del multirreincidente, pese a la nueva prisión permanente revisable y a la ampliación de la libertad vigilada pospenitenciaria.

Se pone así de manifiesto lo que ya advirtiera Kunz: en aras al objetivo último (no confesado) de la inocuización, penas y medidas terminan comportándose como «partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos»⁹, lo que contradice las exigencias de un modelo dualista correctamente entendido, como indicaremos después.

Más aún, cabe recordar, en este contexto, la sugerente indicación de mi maestro, el profesor Torío, cuando plantea la duda de si con la prisión perpetua no estaríamos ante una pena, sino, más bien, ante una medida de seguridad; ahora bien: «una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibile como las presunciones de culpabilidad»¹⁰. De modo análogo entendía Artz en Alemania, unos años antes, que la regulación del asesinato en el Código penal alemán comporta la idea del asesino como delincuente especialmente peligroso, para quien es precisa la reclusión perpetua, concebida básicamente como una medida de seguridad específica¹¹.

V

Pero al margen de esta reforma de 2015, paradigmática de la confusión pena/medidas en la búsqueda de una respuesta a la delincuencia más peligrosa, tenemos que mencionar, siquiera sea de pasada, los vaivenes legislativos (y jurisprudenciales) en el tratamiento del delincuente múltiple, más allá de la respuesta ofrecida a través de la circunstancia agravante general de reincidencia o de las análogas agravaciones específicas existentes en algún delito en particular. Cabe traer a colación, en este sentido, las reglas (introducidas en 2003 y suprimidas en 2015) referentes a las cuatro faltas de lesiones o tres de hurto realizadas en un año, que tantas dificultades interpretativas suscitaron¹².

Y de fecha posterior (y todavía vigentes) pueden servir como ejemplo algunas decisiones relativas al homicida (o autor de lesiones) múltiple, que

⁹ Véase KUNZ, K.-L. «'Gefährliche' Rechtsbrecher...», cit., p. 1378.

¹⁰ Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Bilbao: Universidad de Deusto 1983, pp. 77-114 (p. 97). Y, en estos últimos años, duda también, sobre la naturaleza (pena o medida) de la prisión permanente revisable ROMEO CASABONA, C.M. «La confusión entre pena y medida: sus efectos para el régimen de garantías», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II, Madrid: Reus 2020, pp. 1395-1405 (pp. 1401-2).

¹¹ Véase ARTZ, G. «Die Delikte gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp. 1-38 (pp. 19 ss.).

¹² *Cfr.*, al respecto, la STC 185/2014, de 6 de noviembre

suponen excepciones expresas a las previsiones establecidas en los artículos 73 y siguiente del CP para el tratamiento de las distintas modalidades de concurso de delitos. Tenemos así el Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015 (aplicado por vez primera en la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015), que entendió aplicables, «a efectos de penalidad», las «reglas previstas para el concurso real» de delitos, en caso de «ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado»¹³. A lo que hay que sumar la singular regla del art. 140 CP que prevé la pena de prisión permanente revisable para el «reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de dos o más personas», sobre cuyo ámbito de aplicación todavía no hay una posición uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴. Y, en relación a los homicidios y lesiones imprudentes, las no menos controvertidas reglas previstas, respectivamente, en los artículos 142 bis y 152 bis (introducidos por la LO 2/2019, de 1 de marzo)¹⁵. Las limitaciones de espacio razonablemente exigidas en esta contribución me impiden detenerme en estos distintos modos de respuesta al delincuente múltiple.

VI

La decisión fundamental cuando se busca una respuesta adecuada al problema del delincuente habitual es la que atañe al modelo –monista o dualista– por el que se opta; pero bien entendido que la opción correspondiente debe venir acompañada de la necesaria claridad conceptual. Baste recordar, a tal efecto, que el Código Penal español vigente no observa esta exigencia mínima desde el momento en que algunas penas (principales o accesorias), medidas y mecanismos cautelares de carácter personal tienen idéntico contenido y denominación. Resulta necesaria esta aclaración si pensamos que muchas de las inhabilitaciones, suspensiones o restricciones de derechos impuestas *además*

¹³ Nos ocupábamos monográficamente de esta cuestión en SANZ MORÁN, A. J. «Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial», en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir*, Montevideo. Buenos Aires: BdeF 2017, pp. 865-876.

¹⁴ Nos ocupamos con la misma en SANZ MORÁN, A.J. «El asesinato múltiple del art. 140.2 CP», contribución redactada para el Libro Homenaje al Profesor Enrique Peñaranda, todavía no publicado cuando se redactan estas líneas.

¹⁵ Véase, al respecto, por todos, PANTALEÓN DÍAZ, M. «Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP», en Peñaranda Ramos/Pozuelo Pérez (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid 2024, pp. 181-188.

de la pena, tienen inequívocamente consideración de medidas en el derecho comparado¹⁶.

Con esta precisión, no tenemos inconveniente en mostrarnos partidarios de una respuesta «dualista» al problema del delincuente habitual peligroso de criminalidad media o grave. Opción que se fundamenta, en la línea apuntada por Frisch, en el dato de que la pena no está en condiciones de asumir con carácter exclusivo las distintas exigencias derivadas de la prevención especial que, en muchos casos, se satisfacen mejor con una adecuada combinación de penas y medidas. Bien entendido que con ello no estamos proponiendo una rígida acumulación de estas dos formas de respuesta al delito, sino que, como sucede en el caso de los semiimputables –y aunque sea éste un supuesto distinto del que aquí nos ocupa–, también en el tratamiento del delincuente habitual peligroso deberá valorarse la posibilidad de sustitución recíproca de aquellas.

Viene a colación, a este respecto, la aguda observación de Ziffer, en el sentido de que si no queremos renunciar a la prevención especial, «la discusión queda planteada en estos términos: o bien se acepta un sistema de penas genéricas bajas, con la posibilidad de medidas apoyadas en la peligrosidad, para los casos de reincidencia excepcionales, o bien, se recurre a un sistema de penas lo suficientemente elevadas como para que toda preocupación en torno a la posibilidad de reincidencia se convierta, de hecho, en un factor irrelevante»¹⁷. De lo expuesto se desprende sobradamente nuestra preferencia –como la de la autora citada– por la primera opción.

Por otra parte, apenas es necesario insistir en que la previsión de cualquier medida –y más aún aquellas que se acumulen a la pena– debe someterse a los correspondientes criterios de legitimación, y observar, en particular, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad que, como es notorio –aunque nuestro derecho positivo lo obvie– cobra en el ámbito de las medidas una dimensión matizada respecto a lo que sucede en el caso de la pena. Por fin –apenas es necesario recordarlo–, un modelo «dualista» como el propuesto pasa por una reforma radical del sistema de penas y, en particular, por una reducción sustancial de sus límites máximo de cumplimiento.

De acuerdo con este planteamiento, si bien resultaría discutible la previsión, junto a la pena, de una medida como la «custodia de seguridad» alemana, objeto de tan intensa controversia, la cuestión se plantea en otros términos

¹⁶ Nos ocupábamos recientemente de este problema en SANZ MORÁN, A. J. «La inhabilitación profesional como pena: Un apunte», en *Libro homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*. Madrid: BOE 2024, pp. 673-683.

¹⁷ Véase ZIFFER, P. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi 2008 p. 381.

cuando lo que acompaña a la pena es una medida no privativa de libertad, como es el caso de la «libertad vigilada». Más aún, como también hemos expresado en otros lugares, ya antes de la reforma de 2010, preveía el Código Penal español esta imposición conjunta de penas y medidas (no privativas de libertad) para sujetos plenamente responsables: cuando contempla, como pena accesoria, el convencionalmente denominado «alejamiento» (prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima), que, aunque recogido en el catálogo de las penas, materialmente es una auténtica medida de seguridad. Y, por otra parte, conviene insistir en que muchas de las inhabilitaciones, suspensiones o restricciones de derechos impuestas *además* de la pena, tienen inequívocamente consideración de medidas en el derecho comparado.

Excede, sin embargo, de nuestro actual propósito la formulación de un modelo pormenorizado de intervención en el ámbito que nos ocupa, en la línea de los propuestos por algunos autores. Nos conformamos, por el contrario, con insistir en la necesidad de diferenciación conceptual entre penas y medidas, que evite cualquier malentendido cuando se habla de recurso conjunto a ambas en el tratamiento del delincuente habitual peligroso. Por lo demás, baste con estos criterios muy generales: habrá que dar preferencia, en la articulación de estos dos mecanismos de respuesta al delito, al carácter correctivo de la intervención, frente al meramente asegurativo; fundamento de la medida a imponer lo será siempre un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal y no una mera verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorista; se optará –también lo hemos apuntado– por la vicariedad de las respuestas, aunque no esté descartado que –con observancia, en cualquier caso, del principio de proporcionalidad, correctamente entendido– puedan acumularse aquellas, especialmente cuando la medida que se añade a la pena no comporta privación de libertad.

Estoy seguro de coincidir con José Luis de la Cuesta en al menos alguna de estas propuestas. En cualquier caso, confío en que el cambio de situación administrativa no le impida seguir dedicándose a la investigación y podamos así seguir aprendiendo de él muchos años.

50. UN CASTIGO PROSOCIAL

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Universidad Pompeu Fabra

I. DEDICATORIA

Conocí a José Luis de la Cuesta –nuestro querido Jos– en el Instituto Max-Planck de Friburgo, durante mi primera estancia de investigación en Alemania, en octubre de 1983. Allí coincidimos con José Luis Díez Ripollés, Patricia Laurenzo, Ángel Sanz, el procesalista Juan Luis Gómez Colomer... Era aquél un Max Planck dirigido por el profesor Jescheck y nutrido de personajes variopintos, absolutamente distinto del actual. Allí estaban, ciertamente, entre otros, los colegas Walter Perron y Hans-Jörg Albrecht. Pero también recuerdo –seguro que Jos también– a la directora de la biblioteca, la amable Frau Schreiber, así como a los referentes Peter Hünnerfeld, Silvia Tellenbach y, para los españoles, Kurt Madlener.

Por aquel entonces, Jos acababa de publicar su tesis doctoral «El trabajo penitenciario resocializador: teoría y regulación positiva», inspirada por Antonio Beristáin y por la publicación, en 1979, de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Así manifestaba su temprano interés por la pena de prisión, la resocialización del delincuente y, de modo general, por la humanización del castigo.¹ Un interés que, mantenido durante décadas, alcanza hasta hoy. Estas

¹ Por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore*, n.º 23, 2009, pp. 209 ss.; el mismo: «Actualidad del discurso penal ilustrado: el principio de humanidad», en *Derecho Penal contemporáneo* 41, 2012, pp. 115 ss.; el mismo: «Vigencia y actualidad

breves páginas, que sólo pretenden honrar al apreciado colega y querido amigo José Luis de la Cuesta, versan precisamente sobre la resocialización.

II. LA CONDICIÓN HUMANA, LA VIDA SOCIAL Y EL CASTIGO ESTATAL

El ser humano tiene fortalezas –racionalidad teórica y práctica, libertad– y, simultáneamente debilidades –vulnerabilidad psico-somática, cognitiva, volitiva y moral–. Lo uno y lo otro hace de él un sujeto intrínsecamente abierto al futuro y relacional –social–. En efecto, al ser-inacabado de la persona se le asocia indefectiblemente su socialidad. Ahora bien, la naturaleza social-relacional del ser humano produce una apertura esencial de cada uno a las influencias de los demás. Ello da lugar a que en todo hecho delictivo exista una dimensión de corresponsabilidad social, aunque esta no conlleve la eliminación de la responsabilidad individual, salvo en casos extremos. Pues bien, una sociedad corresponsable no puede ser (sólo) una sociedad punitiva, que manifieste el reproche y ejerza la coacción. En efecto, «el delito no es meramente un hecho individual del cual debe responder de un modo exclusivo su autor para repararlo en cuanto sea posible; también es –y precisamente en las formas más graves y constantes – un hecho social que denota defectos y desequilibrios en la estructura de la sociedad donde se produce. Por consiguiente, suscita distintos problemas, muy otros que el de la pena y el de la reparación debidas por el delincuente, a saber: problemas morales, políticos, pedagógicos y económicos, e incluso también jurídicos, ya que el Derecho se interesa, en general, por la vida humana mucho más allá del angosto ámbito de los castigos y de la penalidad. A la solución de estos problemas pueden y deben cooperar, de un modo directo o indirecto, todas las virtudes y potencias humanas; y superándolas a todas, como principio directivo y suprema fuente de luz, aquel ideal de justicia que señala y enseña el valor fundamental de la persona humana, la obligación absoluta de respetarla y la necesidad de sanar los vicios y de eliminar los abusos, las iniquidades y opresiones, cualesquiera que sean y doquiera que se manifiesten en las relaciones de la convivencia humana»².

del principio de resocialización»: en Silva Sánchez, J.M., *et al.* (coord.), *Libro Homenaje a Mir Puig*, 2017, Madrid: Edisofer, 2017, pp. 299; el mismo: «Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español», en *Revista Penal*, n.º 50, 2022, pp. 53 ss.

² DEL VECCHIO, G.: *Sobre el fundamento de la justicia penal*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947, pp. 20-21.

En el marco de todo lo anterior debe ubicarse la necesidad de un compromiso permanente con la rehabilitación social del delincuente y con la reconciliación interpersonal y social. En este sentido, ciertamente a mediados del siglo xx se hizo común subrayar la dimensión resocializadora de la pena, sobre la base de una concepción positiva de la teoría de la prevención especial. Ello tuvo lugar en el contexto de un movimiento doctrinal de «retorno a von Liszt» y de «despedida de Kant y Hegel»³. A partir de premisas no siempre coincidentes entre sí, ni tampoco correctas –por un lado, la corresponsabilidad social en el delito; por otro, el determinismo, el rechazo de la dimensión moral-comunitaria del castigo, etc.–, un sector amplio de la doctrina pasó a sostener que la pena tenía que ser una intervención aséptica, desprovista de toda connotación moralizante de desaprobación⁴. Por lo demás, tenía que limitarse a realizar al delincuente una oferta de resocialización, objetivo que tampoco se veía demasiado factible en el marco de una sociedad criminógena⁵. Como se advierte, una visión nada comunitaria, sino más bien individualista-emancipatoria; más profesoral e ideológica que cercana a la realidad de las personas concretas.

Con todos estos matices, se decía ciertamente que la imposición y ejecución de la pena debían ordenarse al proceso de reinserción del penado. Sin embargo, el proyecto duró relativamente poco. En efecto, a lo largo del último tercio del siglo xx se dio un giro radical en el modo de entender la práctica de la prevención especial, que pasó a ser de signo negativo. De este modo se produjo el «retorno de la inocuización»⁶, que no solo se mantiene todavía en la actualidad, sino que se ha ido exacerbando. Las palabras claves son ahora las de «prevención (y gestión) de riesgos» y «derecho a la seguridad».

III. ¿QUÉ QUEDA DE LA RESOCIALIZACIÓN?

1. El marco constitucional

Acogiendo la premisa ontológica de que la dimensión social es consustancial al ser humano, el art. 25.2 de la Constitución establece que «las penas

³ KLUG, U.: «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt: Fischer, 1968, pp. 36 ss.

⁴ Una «pena sin reproche»: ELLScheid G./HASSEMER W.: «Strafe ohne Vorwurf», en Lüderssen/Sack (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten, II*, Frankfurt: Suhrkamp, 1975, pp. 266 ss.; BAURMANN, M.: *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Wiesbaden, Westdeutscher, 1987, pp. 138 ss.

⁵ CALLIESS, R.P.: *Die Funktion der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt: Fischer, 1974.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «El retorno de la inocuización», en Arroyo *et al.*, *Libro Homenaje a Barbero Santos*, I, Cuenca: Ed. Castilla la Mancha, 2001, pp. 699 ss.

privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social»⁷. Sin embargo, como se advierte, el texto constitucional contiene un planteamiento limitado en cuanto a las exigencias derivadas de aquella premisa. En efecto, por un lado, ni siquiera alude a las penas no privativas de libertad, cuando está claro que algunas de ellas son desocializadoras. Por otro, solo impone una vaga «orientación» de las privativas de libertad a la resocialización. En su interpretación de este precepto, el Tribunal Constitucional ha entendido que expresa un principio general inspirador de la política jurídico-penal y penitenciaria. Es decir, que solo contiene un mandato dirigido al legislador penal y penitenciario, sin generar un derecho subjetivo del penado⁸. Así, por ejemplo, la inexistencia de los medios disponibles para hacerlo efectivo no afecta a aquella dimensión del art. 25.2 CE que es susceptible de protección a través del recurso de amparo constitucional⁹. Por lo demás, se añade que el texto no establece cuál es el fin prioritario de la pena, sino que es compatible con todos los que se plantean en la discusión doctrinal¹⁰. En fin, se admite que la orientación a la resocialización puede entrar en conflicto con otros bienes constitucionales, como la garantía de una vida ordenada en prisión, la del cumplimiento de la pena y la protección de terceras personas frente a posibles acciones delictivas de la persona condenada. Por lo tanto, puede experimentar menoscabos por esto último.

2. Más allá del marco constitucional

El hecho de que el art. 25.2 CE no establezca un derecho fundamental a la resocialización no obsta a sostener que el mandato de orientación a la ree-

⁷ A lo que se añade: «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». En este sentido, el art. 1 L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y, con más hincapié, todavía, el art. 55 (principio de resocialización) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor.

⁸ ATC 15/1984, de 11 de enero; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 75/1998, de 31 de marzo; 81/1997, de 22 de abril; 161/1997, de 2 de octubre.

⁹ Así, por ejemplo, en lo relativo al trabajo penitenciario resocializador, STC 172/1989, de 19 de octubre: «la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el art. 201 del Reglamento Penitenciario establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria».

¹⁰ STC 160/2012, de 20 de septiembre.

ducación y reinserción social puede tener una incidencia mayor de la que se le atribuye. En particular, la vinculación que produce no tiene por qué limitarse a la fase de ejecución de la pena, sino que puede alcanzar también a las de previsión legal –al legislador penal y penitenciario– e imposición judicial. En efecto, ya la propia definición del modelo punitivo del Estado debe entenderse en términos «prosociales». Una concepción del castigo basada en las nociones de «reconstructivismo» y de «prosocialidad» lo tiene que entender como «una respuesta pro-social ante un acto antisocial, que restaura el tejido social dañado por el delito»¹¹. Así, la resocialización, como vía de reintegración en la comunidad, no es solo una pretensión estatal, sino sobre todo, por un lado, una necesidad personal del delincuente, social por naturaleza, frágil y dependiente de los demás; y, por otro lado, una tarea de la comunidad, que no puede permitirse abandonar a uno de sus miembros por haber cometido un delito. Ello debe conducir, en primer lugar, a excluir del catálogo de penas aquellas que son abiertamente desocializadoras –y, por tanto, contrarias a la naturaleza social del ser humano–. Así, por ejemplo, las penas privativas de libertad de excesiva duración. En segundo lugar, tiene que intentar limitar las formas de ejecución de penas que tienen como efecto secundario la desocialización. Así, por ejemplo, el arresto domiciliario es preferible a la prisión, como forma de privación de la libertad, y la ejecución de esta última en cárceles cercanas al domicilio familiar es preferible a la que pueda tener lugar lejos¹².

3. Penas contrasociales

La pena de prisión perpetua revisable existe en muchos países de nuestro entorno y se ha declarado su conformidad con las respectivas constituciones¹³. Ciertamente, la existencia de esta pena se fundamenta en la necesidad de disponer de la sanción más grave posible para los delitos más graves imaginables. Es decir, de una reacción proporcional a la diferencia entre, por ejemplo, el genocidio o el terrorismo y el asesinato ordinario. Sin embargo, estas consideraciones, que son razonables, no obstan al problema básico de humanidad que

¹¹ KLEINFELD, J., «Three Principles of Democratic Criminal Justice», en *Northwestern University Law Review*, n.º 111, 2017, pp. 1455 ss. Antes, el mismo, «Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life», en *Harvard Law Review* n.º 129, 2016, pp. 1486 ss.

¹² MÜLLER-DIETZ, H.: «Zur sog. Drittwirkung des Freiheitsentzugs», en Heinrich, M. et al, *Festschrift für Roxin*, II, Berlin: De Gruyter, 2011, pp. 1159 ss., 1165 ss.

¹³ Declarada conforme con la Constitución en virtud de la STC 169/2021, de 6 de octubre, con críticas de la doctrina ampliamente mayoritaria.

plantean sanciones tan largas¹⁴. Así pues, aunque la pena de prisión permanente revisable sea conforme con la Constitución, desde luego su regulación actual no da cuenta de la mejor política penitenciaria posible. Por ello, su régimen debe ser modificado¹⁵.

El mero hecho de la reclusión ya priva al recluso del ejercicio de su condición de ser social en muy amplia medida. En particular, quiebra sustancialmente la relación familiar, con lo que impacta sobre el núcleo de la naturaleza relacional del ser humano. Ello hace comprensible, desde luego, el hecho de que la prisión de larga duración acabe produciendo graves efectos psíquicos. Como se ha indicado, «las penas privativas de libertad de larga duración, aunque no se les añadan circunstancias agravantes de humillación, constituyen un problema de dignidad humana, por el riesgo de lesión de la identidad, de fractura de la personalidad individual, que se asocia a ellas»¹⁶. Sin embargo, la cuestión no debe limitarse a las penas de larga duración. Como se ha indicado, un constante reto jurídico-político es el del progresivo desplazamiento de la prisión a favor de otras formas de privación o restricción de la libertad ambulatoria, que tengan un menor efecto desocializador.

4. Otras instituciones contrasociales

a) LOS ANTECEDENTES PENALES

La dimensión meramente estigmatizadora y, por ello, anti-reconstructiva de la pena se manifiesta de modo especialmente claro en que sus efectos de exclusión persisten una vez cumplida íntegramente la condena. Ello tiene lugar en virtud de la institución de los antecedentes penales, cuya única función debería ser la de proporcionar la base probatoria para la aplicación de la agravante de reincidencia y bloquear la suspensión de la ejecución de la pena de prisión¹⁷. Ciertamente, el historial penal pertenece a la vida privada. En consecuencia, las inscripciones de antecedentes penales no son públicas –a diferencia del proceso, el juicio oral y la sentencias (artículo 120 CE)–, sino que el

¹⁴ CUERDA RIEZU, A.: *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión*, Barcelona: Atelier, 2011, pp. 59 ss.

¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B.: «Política criminal y prisión permanente revisable», en Muñoz, J. (coord.), *Libro Homenaje a Díez Ripollés*, Valencia: Tirant 2023, 1087 ss., 1105 ss.

¹⁶ SEELMANN, K.: «Menschenwürde zwischen Person und Individuum», en Dölling, D. (Hrsg.), *Festschrift für Lampe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, pp. 301 ss., 309.

¹⁷ Arts. 22. 8.ª, 66 y 80 CP español. Al respecto, de la Cuesta Arzamendi, RP 50 (2022), 61.

acceso a ellas tiene que ser restringido y justificado (art. 136.4 CP español)¹⁸. Sin embargo, sea como fuere, el requisito de la presentación del certificado de antecedentes penales para el acceso a determinadas profesiones dificulta considerablemente la rehabilitación del reo tras el cumplimiento de la condena. En efecto, los antecedentes penales no cancelados no solo producen los efectos jurídico-penales mencionados. Además, despliegan otros de disminución del estatus de ciudadanía del afectado, impidiéndole el acceso a funciones, prestaciones y otros concursos públicos, la obtención de autorizaciones y el ejercicio de ciertas profesiones¹⁹.

Un examen crítico de esta institución debería conducir, como mínimo, a plantear la reducción de los delitos que los generan, así como a un acortamiento de los plazos de cancelación. Frente a ello, lo cierto es que en los últimos años se ha ampliado de forma indirecta su incidencia.

b) LAS CONSECUENCIAS COLATERALES

Si se pretende que el castigo sea prosocial y reconstructivo, los registros de exdelincuentes y otras consecuencias colaterales del castigo no pueden constituir reacciones estatales a la delincuencia, llámense formalmente penas o no. Sin embargo, lo cierto es que en los últimos años se asiste a reacciones estatales que consisten en la divulgación de los antecedentes como pena adicional –aunque no lo sea en estrictos términos jurídicos– a la impuesta en la condena. Así, siguiendo el modelo norteamericano, se ha incorporado a la legislación española el fenómeno de la publicitación de las sentencias y de la creación de «registros administrativos de exdelincuentes»²⁰. Ciertamente, con ello no se ha alcanzado el nivel de las múltiples «consecuencias colaterales»

¹⁸ SSTC 144/1999, de 22 de julio; 46/2002 y 52/2002, de 25 de febrero. Larrauri, E. /Jacobs, J.: «Reinserción laboral y antecedentes penales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 5, 2011, pp. 1 ss.; ALONSO RIMO, A.: «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», en: Orts Berenguer, E. (ed.), *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia: Tirant, 2015, pp. 559 ss.

¹⁹ Contraviniendo lo dispuesto en el art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, que establece que: «1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. 2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». Al respecto, LARRAURI, E.: «Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, pp. 1 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, RP 50 (2022), 54 ss.

²⁰ HERRERA MORENO, M.: *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Lima: Grijley, 2002; la misma, «El uso punitivo de la publicidad inocuizadora», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 82, 2004, pp. 89 ss.

que tiene la condena en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Estas, en efecto, son limitaciones del estatus de ciudadano de los sujetos condenados, que pueden adoptar múltiples variantes, desde la denegación de viviendas sociales o préstamos públicos hasta las más diversas restricciones de derechos²¹. Estas se pretenden presentar como instituciones asociarlas sujetas a criterios de exclusiva prevención especial negativa –definiéndolas como medidas de seguridad administrativas–. Sin embargo, su efecto negativo en la rehabilitación del reo es patente. Confirman la existencia de tendencias internacionales que dificultan de modo creciente la resocialización del condenado.

5. El derecho a la esperanza y el derecho al olvido

Sin embargo, también se da el fenómeno opuesto, aunque con un alcance mucho más limitado. En este contexto, van surgiendo nuevas pretensiones, calificadas de derechos, todavía necesitadas de concreción y de la consiguiente determinación de sus límites. Por un lado, se habla de un «derecho a la esperanza», que alude a la expectativa legítima del reo de alcanzar un regreso a la comunidad, lo único compatible con la naturaleza social del ser humano²². Esta noción proviene de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 9 de julio de 2013 (Vinter y otros c. Reino Unido), luego desarrollada en otras resoluciones, pero también criticada como «espejismo» alejado de la realidad²³.

Igualmente, se ha cuestionado la posibilidad de que la información sobre delitos pasados y las respectivas condenas sea hallada con facilidad a través de los buscadores de internet. En efecto, esta situación entra en colisión con la pretensión del condenado de que el delito cometido en su día quede de modo definitivo en el pasado. Ciertamente, a este «derecho al olvido» cabe oponer la pretensión de terceros de conocer el pasado delictivo de los demás. Sin embargo, la *res iusta* en la especificación de ambas pretensiones debe asignar la

²¹ La crítica es unánime: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes», en *InDret* n.º 4, 2014, pp. 1 ss.; MAYSON, S.: «Collateral Consequences and the Preventive State», en *Notre Dame Law Review* n.º 91, 2015, pp. 301 ss., 302, 308; BENNETT, C.: «Invisible Punishment is Wrong – But Why? The Normative Basis of Criticism of Collateral Consequences of Criminal Conviction», en *Howard Journal of Criminal Justice* n.º 56, 2017, pp. 480 ss.; KLEINFELD, J. *et al.*: «White Paper of Democratic Criminal Justice», en *Northwestern U. L. R.* 111 (2017), pp. 1693 ss., 1704; DE LA CUESTA ARZAMENDI, RP 50 (2022), 53.

²² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Principios penales democráticos*, Madrid: Iustel, 2021, pp. 163 ss.

²³ VANNIER, M.: «Hope as Illusion: The European Right to Hope and the Realities of Ageing Behind Bars», en *Legal Studies Working Paper* n.º 42, 2025.

mayor razón a la primera, que se corresponde con el bien común político. Con todo, en cuanto a la configuración de un «derecho al olvido» se dan aproximaciones divergentes. En particular, es llamativa la diversidad de las posiciones existentes sobre este punto en Europa²⁴ y en los Estados Unidos. En efecto, la doctrina europea se inclina por la prevalencia de la pretensión de olvido sobre un presunto interés público en la pervivencia del pasado y, en particular, sobre la libertad de expresión. En cambio, la norteamericana opta por la supremacía de esta última.

IV. LA JURISDICCIÓN Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL ACUSADO

Ya se ha adelantado que el ámbito propio de la resocialización no puede circunscribirse a determinadas instituciones en el marco de la ejecución de la pena. Por el contrario, el propio legislador penal tiene ya el reto de establecer un sistema punitivo que favorezca las formas de castigo no desocializadoras, o, como mínimo, lo menos desocializadoras que sea posible. Asimismo, los órganos del poder judicial, en el marco de la legislación vigente, pero sin rehuir aplicaciones analógicas *in bonam partem* e incluso la incorporación de soluciones supraleales, tienen asimismo la misión de velar por que las penas concretamente impuestas no dificulten la resocialización o, al menos, no sean claramente desocializadoras.

A este respecto, una figura que puede servir de modelo es la «auto-resocialización» del acusado de modo previo al juicio oral. Esta debería tener un relevante efecto sobre la punibilidad y, en definitiva, sobre la medida de la pena impuesta y, en particular, sobre la (no-)ejecución de ésta. Sin embargo, las razones que pueden dar lugar a la no ejecución de una pena impuesta no han sido objeto de un debate especialmente significativo. De hecho, la posición dominante es que una pena impuesta debe *eo ipso* ser ejecutada. Con todo, si se parte de que determinadas conductas del reo, de terceros u otros fenómenos constituyen equivalentes funcionales de la dimensión fáctica de la pena, lo razonable podría ser que, una vez producido el efecto expresivo pre-

²⁴ STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain c. AEPD). En esta línea, los arts. 93 (derecho al olvido en búsquedas de internet) y 94 (derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

tendido con la imposición de la condena, se renunciara a su ejecución en todo o en parte²⁵.

En la legislación española, sin embargo, no se contempla legalmente una exención de pena en tales casos. Por lo tanto, cualquier consideración al respecto debe ser supralegal. Ciertamente en algún caso esa conducta autorresocializadora puede conducir a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En concreto, este es el caso del toxicómano que, habiendo cometido el hecho delictivo en un estado de adicción, con anterioridad al juicio oral se somete a un tratamiento de su adicción —es decir, a una terapia de deshabitua-ción— (art. 87 ss. CP español). Ello es razonable, porque, además, el sometimiento a dicho tratamiento no solo tiene una dimensión de «auto-resocializa-ción», sino también una dimensión afflictiva, dado el sufrimiento que siempre implica la superación de una adicción. Ahora bien, esta opción del legislador debería generalizarse, en la aplicación judicial de la ley, a otras formas no expresamente mencionadas de autorresocialización, mediante el recurso a la analogía *in bonam partem* o a instituciones supraleales. En última instancia, aunque con alcance sólo atenuante, la autorresocialización del delincuente debería dar lugar a la aplicación de la atenuante analógica del art. 21. 7.^a CP, sobre la base del art. 376, II CP, a propósito de los delitos de tráfico de estupefacientes²⁶, o, al menos, a su consideración en el contexto de las «circunstancias personales» a las que alude el art. 66.1.6.^a CP.

De este modo llego al final de mi contribución. Esta tiene, sobre todo, la pretensión de mostrar mi afecto y reconocimiento a José Luis de la Cuesta, a quien deseo muchos años más de actividad académica.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona: Atelier, 2018, pp. 113 ss., 181 ss.

²⁶ «Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabitua-ción, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad».

51. LESSONS FROM A BASQUE TRAGEDY: WHAT DOES THE MIKEL OTEGI CASE TEACH US ABOUT THE ROLES OF LAY AND PROFESSIONAL JUDGES IN DECIDING A CASE?

STEPHEN C. THAMAN
Prof. emeritus Saint Louis University

I. THE TRAGEDY AND ITS IMMEDIATE AFTERMATH

1. What Happened

On December 10, 1995, Mikel Otegi, a young Basque sympathizer with the independence movement (ETA) in the Basque Country, shot two Basque police officers (*ertzaintza*) dead with his shotgun at his farmhouse in Guipuzcoa Province. They were Jesús Mendiluce Echeberría and José Luis González Villanueva. He had been drinking heavily throughout the preceding day and evening and had been followed home by the police after he had threatened an off-duty police officer in a bar. He had previously had run-ins with the Basque Police and testified that he felt they were harassing him. After killing the officers, he called the police, reported the killings, and waited to be arrested.

2. The Otegi Jury Trial

a) SPAIN'S REINTRODUCTION OF TRIAL BY JURY

Spain re-introduced trial by jury in 1995, it having been abolished by the Franco dictatorship¹. The new Spanish jury court is composed of nine jurors

¹ Totalitarian or Fascist governments also eliminated jury trial in Russia (1917), Italy (1931) and Vichy-France (1941).

sitting with one professional judge. (§2 LOTJ). In conformance with the 19th Century continental European model, the jury is submitted a list of questions or assertions which should be answered either «yes» or «no.» The verdict form should set out the following propositions as to each charged crime and each charged defendant: (1) the facts which prove the commission of the crime (*corpus delicti*) and the defendant's identity as the perpetrator (*hecho principal*, or «principal fact»); (2) the defense allegations; (3) the facts which could completely justify or excuse the charged criminal acts; (4) a narrative of the facts that determine the degree of execution or participation in the offense, or any statutory aggravating or mitigating circumstances; and (5) the «criminal act as to which the defendant must be declared guilty or not guilty.» (§ LOTJ). The law requires that decisions unfavorable to the defendant be decided by a super-majority of seven of nine votes, and that those favorable to the defendant, be decided by a simple majority of five votes. (§ 59(1) LOTJ).

The most innovative aspect of the new Spanish jury law, however, is the requirement that the jury give reasons for its verdict. In its verdict, the jury must list in a first paragraph the propositions or questions it has found to be proved and indicate whether the vote was unanimous or by a majority. It should then list the propositions which it deemed had not been proved with the corresponding vote count. The jury then states its verdict of «guilty» or «not guilty.» The last paragraph, most importantly, begins with the words: «[t]he jurors have relied on the following pieces of evidence in making the preceding declarations,» followed by a list of the evidence. Thereafter the jurors must articulate a «succinct explanation of the reasons why they have declared, or refused to declare, certain facts as having been proved.» (§ 61(1)(d) LOTJ). The jury may also summon the legally-trained secretary of the court, into the jury room to help them formulate their reasons. (§ 61(2) LOTJ). (Montero Aroca, Gómez Colomer (1999).

The first jury trials began on May 27, 1996, in Palma de Mallorca, Palencia and Valencia, around six months after the law went into effect². The new system was not popular among most Spanish judges and prosecutors, and most provinces dragged their feet in getting cases ready for trial, using a kind of guilty plea procedure (*conformidad*), often illegally, or undercharging, to avoid having juries decide the cases. By June 1, 1997, only 77 cases had been completed. This can be compared with Russia, which introduced a new jury system in just nine of its 89 regions in 1993 (excluding the cities of Moscow and St.

² THAMAN (1998), 242, 404, 423-40, 468-78, 488-516.

Petersburg), where the first trials began within six weeks, and 173 trials were completed in the first year.

Active in introducing the new Spanish system were Barcelona, which had 14 trials in the first year, its first on May 29, 1996. Madrid, on the other hand, only had four trials in the first year, its first on October 7, 1996. In comparison, small Pontevedra Province had 5 trials, as did Málaga. Donostia-San Sebastián had three cases, one before and one after *Otegi*. 17 Provinces had no trials whatsoever in the first year³.

b) THE OTEGI TRIAL AND ACQUITTAL

It appears that the judge in the Otegi case in Donostia-San Sebastián dealt with this very difficult, controversial and political case in a meticulous and conscientious manner. Many prospective jurors sought to be excused from jury duty in the case⁴. The court and the parties agreed to keep the identity of the jurors secret⁵. The jury eventually acquitted Otegi on March 6, 1997, of both murders in a 5-4 majority vote. The question list, consisted of 98 factual assertions, which the jury had to answer either «yes» or «no.» The judge discussed the question list with the prosecution and the defense for a full five hours, before they agreed on its content⁶. If one reads the «objeto del veredicto» one receives a very clear picture of what the jury found to be proved, and what not. Both in questions 1-15, which laid out the prosecutor's factual allegations that Otegi committed an intentional, aggravated murder, by surprising the victims before they could defend themselves, and in Questions 92-95, which asked the jury whether Otegi was guilty or not of the intentional aggravated murder charge, five of the jurors answered «not proved» and «not guilty» and four found the allegations to be proved and Otegi to be guilty. Because the prosecutor needs seven votes for a conviction, and five votes are sufficient for an acquittal, Otegi was acquitted.

Why was he acquitted? This is also crystal clear when one looks at the verdict form. There was virtually no conflict about whether Otegi had been drinking, as to his confrontation with the off-duty police officer, as to his being

³ *Ibid.* 423-40, 468-78, 488-516.

⁴ Pedro GOROSPE, «La mitad de los candidatos al jurado se excusa para evitar juzgar al presunto homicida de dos 'ertzainas», *El País*, 3 Feb. 1997.

⁵ J.L. BARBERIA, «Habrá juicio por el asesinato de dos 'ertzainas' tras hallar 20 jurados aptos», *El País*, 18 Feb. 1997, 15.

⁶ Aurora INTXAUSTI, «El jurado absuelve al acusado de matar a dos 'ertzainas' por creer que no era dueño de sus actos, *El País*, 7 Mar. 1997, 15.

followed home likely due to erratic driving, and as to the fact that he shot both officers dead as can be seen from Questions 20-47. The entire case depended on his *mens rea*, whether he intentionally killed in a surprise manner (*alevosía*), as the prosecutor argued, or whether his mental capacities were impaired by excessive drinking and an obsessive fear and hatred of the Basque police which he could not control. Defense and prosecution experts differed as to the extent to which Otegi was impaired. In Questions 69-77, a 5-4 majority found Otegi, due to prior incidents with the police, felt harassed and persecuted by them, to the extent that it created a pathological condition or psychic disturbance in him. In Question 76, all 9 of the jurors found that «Otegi consumed an excessive quantity of alcoholic beverages between the afternoon and evening of December 9 and 10, 1995, until he achieved a state of inebriation.» Questions 92-95 contained the 5-4 majority's findings of «not guilty» of the aggravated murder of the officers. In connection with the jury's verdict, it should be noted that Spanish criminal law allows for a complete negation of *mens rea* as a result of excessive intoxication, unlike U.S. and German law (Thaman (2016), 345-50).

The «succinct explanation» of reasons, required by § 61(1)(d) LOTJ, which was given by the Otegi jury, read simply: «Referring to the questions «92,» «93,» «94,» and «95,» (the findings of not guilty) the jury finds that they were «deficiently proved,» but finds not proved the circumstances. Had doubts»⁷.

3. The Aftermath of the Acquittal

The *Otegi* Case was the first jury case to capture national headlines and it created a media frenzy, especially after the narrow acquittal by the jury. There were calls to abolish or severely restrict the new jury system, especially by the conservative Partido Popular. The trial judge felt that the public and private prosecutors were responsible for the acquittal due to their refusal to argue for partial mitigation due to drunkenness⁸. Many legal experts felt that it would be impossible to overturn Otegi's acquittal⁹.

⁷ See THAMAN (2026), 928-30, for principle parts of the Otegi question list.

⁸ Javier PEYALBA, «El magistrado del juicio Otegi cree que fiscal y acusación erraron en sus planteamientos», *Diario Vasco*, 8 Mar. 1997.

⁹ C. VALDECANTOS & B. DE LA CUADRA, «Los juristas ven casi imposible que el veredicto de absolución de Otegi pueda revocarse», *El País*, 8 Mar. 1997.

The public and private prosecutors, however, appealed the acquittal, and it was overturned by the Superior Court of Justice of the Basque Country, the reversal of the acquittal was then upheld on cassational appeal to the Spanish Supreme Court. In a decision of Dec. 20, 2004, the Spanish Constitutional Court held that the reversal of the acquittal did not violate constitutional principles.

Otegi, who had been released following the acquittal, disappeared after the reversal. He was eventually arrested in France and convicted there of being a member of ETA, the Basque terrorist organization and was extradited to Spain. He was then retried, not in the Basque Country, but in Madrid in the National Court, a special tribunal for terrorism, organized crime and other case with international implications. He was convicted by the National Court, a court composed only of professional judges, and sentenced to a long prison term in a Decision of July 31, 2012.

This homage to José-Luis de la Cuesta Arzamendi, a long-time friend and colleague, will now try to reassess the Otegi case through the lens of developments in Spanish and international law which have taken place in the nearly 17 years of the *Otegi* story, and the 30 years or so since Spanish jury trial was reborn.

II. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' DECISION IN *TAXQUET V. BELGIUM* AND ITS EFFECT ON THE UNDERSTANDING OF THE *OTEGI* CASE

1. An Expanded Understanding of What Is a Reasoned Judgment in a Criminal Case

On November 16, 2010, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (hereafter ECtHR) ruled in *Taxquet v. Belgium* that the conviction of a man for murder of a government minister and attempted murder of his companion violated the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention of Human Rights (hereafter ECHR) because the jury did not give reasons for its verdict. It did not, however, call the institution of the jury, in general, into question¹⁰.

The Court surveyed the types of courts which exist in Europe: purely professional courts; courts with lay assessors who deliberate and decide cases

¹⁰ *Taxquet v. Belgium* (GC), no. 926/05, ECHR, 16 Nov. 2010 (hereafter *Taxquet* (GC))

collegially with the professional members of the bench, yet which lack any kind of public instructions on the law; jury courts which follow the 19th Century French model and use special verdicts consisting of interrogatories or «question lists» which the jury must answer; mixed courts, like in France, which have maintained the «question list» form of verdict, and finally, the common law, Anglo-American-type jury, which returns a general verdict of «guilty» or «not guilty» without any «question list» but where the judge gives the jury detailed instructions on the substantive criminal law to be applied in the case and pertinent rules of procedure and evidence which must be applied in making its decision and the defense may appeal a guilty judgment to a higher court and challenge the sufficiency of the evidence.

The ECtHR made it clear that purely professional courts must give reasons for their decisions, point out why they accepted some evidence, and rejected other, so that the defendant, the victim and the public can understand why they reached the particular decision they did. With regard to the Belgian jury, which used a French style question list, one had to look at the content of the questions asked and to determine whether they clearly revealed the factual basis of the verdict and the logic upon which the jury based its decision. Furthermore, one had to appraise whether the presiding judge guided the jury in its decision by giving instructions of the type used in Anglo-American jury trials and whether there was a right to appeal the judgment based on the insufficiency of the evidence.

2. Peculiarities of the *Taxquet* case

The Belgian jury court in the *Taxquet* case was made up of twelve jurors, and three professional judges, as were most continental European juries in the 19th and early 20th centuries before the rise of communism and fascism. The questions asked the jury must be based on the text of the indictment. The principle questions deal with the elements of the charged crimes, but questions may also be asked which address justifications, excuses and aggravating or mitigating factors, as long as they issues were raised during the trial. The jury in the *Taxquet* case was only given the following instruction, which was also displayed in large type in the jury room:

«The law does not ask jurors to account for how they reached their personal conviction; it does not lay down rules on which they are to place particular reliance as to the completeness and sufficiency of evidence; it requires them to ask themselves questions, in silence and contemplation, and to discern, in the since-

urity of their conscience, what impression has been made on their rational faculties by the evidence against the defendant and the submissions of the defence. The law does not tell them: 'You will hold every fact attested by this number of witnesses to be true'; nor does it tell them: 'You will not regard as sufficiently established any evidence which does not derive from this report, these exhibits, this number of witnesses or this many clues'; it simply asks them this one question which encompasses the full scope of their duties: 'are you inwardly convinced.'»

If the bench, composed of three judges, unanimously finds that the jury, without violating its procedural duties, reaches a clearly erroneous verdict, they may set the verdict aside and set the case for retrial before another jury. Art. 149 of the 1994 Belgian Constitution, however, also requires that «all judgments shall contain reasons.»

On October 17, 2003, Richard Taxquet and seven others were tried by jury for the murder of honorary minister A.C. and the attempted murder his partner M.- H-J on July 18, 1991. The defendants were charged, in vague terms, as having been either perpetrators, aiders and abettors or instigators of the crimes. The case involved an anonymous informant, who was not an eyewitness and a media frenzy about a broad-scale conspiracy to kill the minister.

Four of the 32 questions pertained to Taxquet. The main question, asking for a «yes» or «no» answer, related to the murder:

«Question 25: Principal Count: Is the accused, Richard Taxquet, who is present in court, guilty, as principle or joint principle, either through having perpetrated the offence or having directly cooperated in its perpetration, or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration, that without it the offence could not have been committed, or through having by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence, or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offence, of having knowingly and intentionally killed A.C. in Liège on 18 July 1991?»

The jury answered «yes,» and he was convicted and sentenced to 20 years.

The ECtHR found a violation of Art. 6 ECHR because neither the question list used in the *Taxquet* case nor the indictment articulated the evidentiary basis upon which Taxquet was convicted. In essence, no more information was provided than one would find in a general verdict of «guilty of murder» in the U.S. But unlike in the U.S., the jury was given no instructions on the substan-

tive elements of the charged crimes, on how to appraise the evidence that was presented, on the presumption of innocence or the need to prove guilt beyond a reasonable doubt. And finally, no appeal was allowed on the sufficiency of the evidence, but only an appeal in cassation based on errors of law not related to the factual basis for the judgment.

The *Taxquet* court referred to earlier decisions of the ECtHR which had found that a well constructed question list which required jurors to answer particular factual questions which were necessary for proving the elements of the charged crimes was sufficient protection for the accused, citing the 768 questions put by the French Assize Court in the case against war criminal *Pa-pon*. It did not require supplemental reasons, such as required in the Spanish jury courts, because the logic of the verdict was crystalline. The ECtHR also upheld a murder judgment by a Spanish jury, based primarily on the answers to the questions in the question list¹¹.

3. Comparing the «Reasons» Given by the Otegi Jury and Those Given by the National Court

Anyone watching the Otegi Trial in 1997 would have known why the majority found Otegi not guilty of the killings of the two Basque police officers. The only real dispute involved his *mens rea*, which was the subject of expert witnesses, specific instructions, etc., and, while the entire jury was convinced that Otegi was «inebriated,» a narrow majority felt that this drunkenness, coupled with his personality disordered, negated any general or specific intent to kill. The jury did not ignore the law, this was not what is called «jury nullification» in the U.S., but a clear option approved by the presiding judge by the way the question list was constructed and comporting with Spanish law on diminished mental capacity.

According to *Carmona Ruano*, the verdict form should be like a «draft judgment» which includes the theory of the public prosecutor, the private prosecutor, the defense, etc. and contains the factual determinations related thereto. (*Carmona Ruano*, 167). One of the main authors of the jury law, *Varela Castro*, felt that a properly drafted question list should clarify the proof of each element of the charged offenses (*Varela Castro*, 556).

If the verdict form could be tantamount to a draft judgment, one would not need the additional «reasons» required in the Spanish legislation. Indeed,

¹¹ Bellerin Lagares v. Spain, EctHR No. 31548/02, 4 Nov. 2003.

a properly articulated question list was traditionally considered to constitute a sufficient factual foundation for the professional bench to write its judgment, especially if the bench performed its gatekeeping function properly by removing from the jury any cases which lacked sufficient incriminating evidence. The *Taxquet* court would likely have found the verdict in *Otegi* to have been sufficiently «reasoned» to not require any additional reasons such as are required by the Spanish jury law.

Otegi, of course, would not have been acquitted in the U.S., which requires unanimous verdicts of both guilt and innocence, so he would have been retried by another jury. But acquittals, even when unanimous, may be set aside with relative ease by the appellate and cassational courts in Spain and other parts of Europe (Thaman (2026), 1002-40). Due to the social outcry caused by the acquittal, there was pressure on both the Superior Court of the Basque Country and the Supreme Court of Spain to overturn the jury verdict. Despite the extreme detail in the question list, and the clear, legal theory applied by the narrow majority of the jury, the courts found that the jury's «supplemental reasons,» which only said that they had «doubts» as to whether the intent to kill had been proved, were insufficient. They also said it was not important that the trial judge did not send the jury back to give more detailed «reasons» under § 63(1) LOTJ and the prosecutor made no objection to the verdict. The Spanish Constitutional Court also upheld the reversal of the acquittal, rejecting the strong dissent of the President of the Court and other judges that making jurors give reasons for acquittals violates the presumption of innocence and the burden of the prosecution to prove guilt beyond a reasonable doubt.

The prosecutor clearly did not want another Basque jury to retry Otegi, so, a contrived charge of «political terrorism» was added to the two murder counts so the case had to be tried in the National Court by professional judges in Madrid, and his name was given the Spanish spelling of «Otegui.» He was convicted of the murders but acquitted of the terrorism charges.

The professional judges of course accepted the entire prosecutor's theory that Otegi had no mental illness and no diminished capacity due to alcohol or other mental issues, even though the jury unanimously held that Otegi was severely intoxicated. It also saw as significant that all police claimed he was sober, whereas all Otegi's family members said he was extremely intoxicated. In the author's nearly 12 years as a defense lawyer in Alameda County, California, he can never recall a police officer testifying that a defendant was intoxicated in a murder case, because they know that will enable the defendant to argue mitigation.

Anyone, except a professional judge, a prosecutor seeking to convict an accused murderer of the most serious charge, or obedient police officers who know how to construct an iron-clad case, would have felt that Otegi's conduct, at the confrontation with the off-duty officer in the café, and back at his home in the mountains where he shot the police, himself reported the offense, said they deserved it, and waited to be arrested, was the aberrant behaviour of someone who was drunk or otherwise not thinking clearly.

The National Court reasoned:

«But in no case was the amount drunk before the deaths of the police officers so elevated that, by itself, it affected his volitional and intellectual faculties in a significant way. However, it is true, that a low level of alcoholic ingestion, which in another person would not imply any volitional limitation, when acting on a personality subjected to overvalued ideas in relation to the Ertzaintza, with a perception that he is being persecuted by that police force, even with complete capacity to distinguish right from wrong, could generate a diminution of his volitional capacities of a moderate intensity which, without annulling them, diminished them. In conclusion: the evidence presented proved that the defendant is not mentally ill. He is not psychopathic. He was not an alcoholic. There was no dissolution of consciousness nor a tempest of movements. Only a light limitation of his volitional capacities was produced as a consequence of his ingestion of alcohol and the influence of the overvalued ideas he had in relation to the Ertzaintza.»

The court then found that Otegi was not a member of a terrorist organization at the time of the perpetration of the killings and that the killings did not constitute a «terrorist assassination,» an aggravated form of murder¹². In other words, the National Court did not really have jurisdiction to try the case.

III. CONCLUSION

It should now be clear, that the jury's acquittal of Mikel Otegi did not violate Art. 6 ECHR as interpreted in the Grand Chamber's decision in *Taxquet v. Belgium*. The trial judge and the prosecutor, though obviously disheartened or angry at the verdict, did not object to its legality. It was clear that the majority of the jurors had «doubts» about whether Otegi was conscious of, or in control of his acts due to the proved drunkenness and his other mental idiosyncracies which were in evidence and addressed by the experts.

¹² AN 63/2012 de 21 julio.

The three courts which contributed to the overturning of the acquittal, either did not understand the presumption of innocence, or the notion of proof beyond a reasonable doubt, or they felt it was their duty to find any specious or technical error in the trial to make sure a person they thought was dangerous could be locked up. Had the judge sent the jury back and asked the majority: «Please tell us which evidence led to your doubts about the proof of the required *mens rea*,» they, perhaps with the help of the secretary of the court, would have said the obvious: «We felt Otegi's actions on the evening and morning of the killings, along with the excessive drinking, and the testimony of the experts as to his personality, left us with a reasonable doubt as to whether the guilty mental state for aggravated murder had been proved.»

Juries are not necessarily better factfinders than professional judges. If they are fed lies, or fabricated evidence, whether by the police or prosecutors or the news media, they can convict the innocent, as happened in the Dolores Vázquez (Wanninkhof) Case, where the trial judge really should not have let the case go to the jury. As in the *Taxquet* case, the question list in the Wanninkhof Case in no way revealed why Vázquez was convicted, nor did the «supplemental» reasons required by the Spanish jury law¹³.

Had there been evidence that majority jurors had been bribed, or threatened, to acquit Otegi, then perhaps even the ECtHR would have found a violation of due process. The Inter-American Court of Human Rights, while citing to *Taxquet*, did just that following an acquittal by a Nicaraguan jury, where there was solid evidence of bribery, but also no detailed factual question list and no jury instructions¹⁴.

¹³ STS 279/2003 de 12 marzo

¹⁴ V.R.P., V.P.C. et al v. Nicaragua, IACtHR. Report No. 4/16, Case 12.690, April 13, 2016

52. LA SEGURIDAD DEL PACIENTE Y LA NOCIÓN DE CULTURA JUSTA COMO FACTORES DE CAMBIO DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y PROCESAL ¹

ASIER URRUELA MORA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

Sirva esta contribución como homenaje personal al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, modelo de académico profundo y riguroso y ejemplo de dedicación permanente al mundo universitario. Guardo por siempre en el recuerdo su apoyo en el momento de mi incorporación a la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea y sus denodados esfuerzos por contribuir a la formación de las nuevas generaciones de penalistas surgidas de dicha universidad.

I. SEGURIDAD DEL PACIENTE, NOTIFICACIÓN DE EVENTOS ADVERSOS EN LA ESFERA SANITARIA Y CULTURA DE SEGURIDAD. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Desde hace varias décadas la seguridad del paciente constituye uno de los ejes vertebradores de las políticas públicas en la esfera sanitaria. Una vez lo-

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER «Una manera de hacer Europa».

grado en gran medida en numerosos países desarrollados el objetivo de universalizar las prestaciones sanitarias, se ha impuesto como objetivo fundamental a nivel institucional la consecución de altos niveles de calidad asistencial, lo cual pasa indefectiblemente por garantizar la seguridad del paciente.

En este sentido, procede poner de manifiesto cómo uno de los principales instrumentos en el marco de las políticas de calidad implementadas por las administraciones competentes en la mayoría de los países desarrollados, así como de los programas de seguridad del paciente patrocinados no sólo por parte de los ministerios a nivel estatal sino igualmente de las instituciones supranacionales con competencias en dicha esfera (OMS, Consejo de Europa, etc.) pasa por la creación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria². Dichos sistemas de notificación y registro de eventos adversos resultan esenciales al permitir la detección de prácticas no seguras y, a través de la aplicación de las correspondientes técnicas de análisis (destacadamente, el Análisis de Causas Raíz –en adelante, ACR–) y de la difusión de las lecciones aprendidas al resto del colectivo de profesionales sanitarios, evitar su repetición a futuro. Conviene precisar la magnitud del dilema que los eventos adversos implican en el marco de la asistencia sanitaria, generando problemas derivados tales como importantes tasas de mortalidad o de afección a la integridad física y psíquica de los pacientes, o incluso el incremento del coste de la referida asistencia sanitaria (vinculado fundamentalmente a la prolongación de la hospitalización o incluso, a la necesidad de asumir los costes asociados a la producción de daños en los pacientes).

La perspectiva anterior ha conducido a la creación en numerosos estados (Dinamarca, Reino Unido, Suecia, Australia, EEUU, España³, etc.) de siste-

² A pesar de la complejidad de determinar la magnitud de los eventos adversos derivados de la atención sanitaria y de la amplitud de la horquilla de los mismos en función de los estudios que se tomen como referencia, se ha estimado que las fallas de seguridad del paciente se sitúan en cifras que oscilarían entre un 3 y un 20%, considerándose que, en torno al 40% son evitables. El que se califica unánimemente como trabajo de referencia a nivel mundial en materia de seguridad del paciente e implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos, *To err is human*, cuantificaba, a finales de los años 90 del siglo pasado, en una horquilla entre 44.000 y 98.000 el número de muertes producidas anualmente en Estados Unidos como consecuencia de errores médicos –extrapolando datos de dos estudios, uno en Colorado y Utah y otro en Nueva York–, considerándose adicionalmente que más de la mitad de dichos eventos adversos fatales hubieran resultado evitables. Ello supondría que más personas morirían anualmente en EEUU como consecuencia de incidentes de seguridad asistencial que de accidentes de circulación o de cáncer de mama, por sólo citar dos ejemplos. Véase LORENZO, S.: «Presentación», *Monografía Humanitas 8. Seguridad clínica*, Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004, p. 3; Institute of Medicine: *To Err is Human: Building a Safer Health System*, L.T. Kohn, J.M. Corrigan y M.S. Donaldson (eds.), Washington (DC): National Academy Press, 1999, p. 1.

³ Como pone de manifiesto Libano Beristain en España se ha implementado la notificación de eventos adversos en la esfera sanitaria desde el año 2010, mediante la institucionalización por parte del Ministerio de Sanidad del Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente (SiNASP)

mas de notificación y registro de eventos adversos. Para que los mismos ostenten una utilidad real desde la perspectiva del ejercicio profesional resulta necesario que no se limiten a constituir meros registros de prácticas no seguras o productoras de un daño en el paciente, sino que tienen que conllevar como fase esencial la práctica de un ACR llevado a cabo por profesionales sanitarios adecuadamente cualificados, que permita (tras el oportuno análisis de la acción que generó el evento adverso y de la conducta de cada uno de los intervinientes a lo largo de todo el proceso) concretar la práctica generadora de dicha situación y la adopción de las medidas oportunas con el fin de erradicarla. Particular relevancia ostenta el dato de que el referido ACR debe partir de una perspectiva sistémica, es decir, no pretende la búsqueda de errores o (hipotéticamente) de mala praxis profesional y, en consecuencia, no constituye un instrumento primariamente dirigido a la responsabilización de los distintos intervinientes. Por otro lado, en numerosos casos los distintos países no se han limitado a estructurar un determinado sistema de notificación y registro de eventos adversos desde el punto de vista técnico, sino que han dado un paso más –a nuestro juicio fundamental y necesario– consistente en dotarlo de unas garantías legalmente consagradas que eviten su instrumentalización con fines de responsabilización del personal sanitario, circunstancia que lamentablemente no se ha producido en España.

En definitiva, la consecución de una cultura de la seguridad en el sector de la salud requiere, indefectiblemente, la implementación y el adecuado funcionamiento de sistemas de notificación y registro de eventos adversos que conlleven, por un lado, la comunicación efectiva de incidentes y cuasi-errores fundamentalmente por parte de los profesionales sanitarios (aunque desde hace algunos años se potencia activamente la notificación igualmente por parte de los pacientes y su entorno)⁴. No obstante, la misma únicamente resulta viable si los potenciales notificantes gozan de ciertas garantías legales, particularmente en el sector salud en el que la exposición de los profesionales a consecuencias sancionatorias resulta manifiesta –dado que su desempeño la-

actualmente aplicado en 10 Comunidades Autónomas y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El resto de las autonomías (Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Euskadi, Islas Baleares y Madrid) han procedido a desarrollar sus propios sistemas de notificación. A nivel normativo, el marco de creación de una estructura de notificación deriva fundamentalmente de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (arts. 59 y 60). Véase LIBANO BERISTAIN, A.: «Implicaciones jurídicas de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 59, 2023, p. 121.

⁴ Véase ROMEO CASABONA, C.M./URRUELA MORA, A.: *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Granada: Comares, 2010, p. 3.

boral los vincula al cuidado de bienes jurídicos que, de resultar lesionados dan lugar, de ordinario, a la entrada en juego del derecho penal—.

No obstante, la puesta en práctica de sistemas de notificación y registro de eventos adversos plantea la cuestión del equilibrio entre la evitación de errores a futuro (y, a resultados de lo anterior, la no producción de resultados no deseados derivados de la asistencia) y la determinación de responsabilidades en el plano jurídico-sancionatorio, ámbito en el que adquiere una particular importancia la noción de «cultura justa» (*just culture*). Para conceptualizar la noción de «cultura justa» el parámetro de referencia en la esfera sanitaria viene integrado por la definición establecida al efecto por la OMS, en virtud de la cual una «cultura justa» es un entorno que busca el equilibrio entre la necesidad de aprender de los errores y la conveniencia de tomar medidas disciplinarias⁵. De acuerdo con la propia OMS, la «cultura justa» reconoce la complejidad de las situaciones y los eventos y admite que, aunque la mayoría de los fallos en la seguridad del paciente se deben a sistemas débiles, hay una minoría de situaciones en las que un individuo debe rendir cuentas, por ejemplo, cuando ha habido un comportamiento imprudente o una mala conducta intencionada⁶. Queda indefectiblemente incorporado en dicha concepción de la «cultura justa» un paradigma eminentemente sistémico en el tratamiento de los errores, con la finalidad de superar el marco punitivo y culpabilizador imperante en el abordaje jurídico del error, en lo que constituye el tránsito desde una concepción exclusivamente retrospectiva a una que incorpore una visión prospectiva de la responsabilidad⁷.

Un dato particularmente relevante de cara a situar en su contexto la problemática ligada al análisis de eventos adversos desde la perspectiva jurídica (y especialmente, jurídico-sancionatoria) deriva del hecho de que la sola notificación no satisface las exigencias de una cultura de seguridad pues una de las principales características de las organizaciones en las que impera la cultura de la seguridad es su capacidad de aprendizaje a partir del error. Ello exige el estudio *ex post* del evento con la finalidad de obtener lecciones a futuro, utilizan-

⁵ Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud, 2022, p. 98. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240032705>

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud, 2022, p. 26. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240032705>

⁷ En este sentido, véase DE VICENTE REMESAL, J.: «Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica», *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario* (Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo, dirs.), Madrid: Fundación Internacional de Ciencias Penales-Editorial Reus, 2018, p. 161.

do para ello técnicas como el Análisis de Causas Raíz o similares⁸. El referido Análisis de Causas Raíz (o la mayor parte de las restantes técnicas de análisis retrospectivo empleadas) constituye una aproximación multidisciplinar y colectiva al estudio de los eventos adversos. El objetivo de este proceso es conocer qué ocurrió, por qué ocurrió y qué puede hacerse para prevenir que se repita dicha situación y exigirá, por un lado, la implicación de profesionales sanitarios de alto nivel para su puesta en práctica y, por otro, conllevará un conocimiento minucioso de los pormenores del evento adverso (incluyendo el comportamiento de los diversos agentes intervinientes en el mismo) por parte de profesionales sanitarios distintos de aquellos que llevaron a cabo la prestación, residiendo el valor de la intervención de estos últimos en el hecho de que, a partir de la revisión emprendida, cabrá extraer conclusiones y aprendizajes de enorme valor que deberán ser adecuadamente transmitidos en el seno de la propia organización sanitaria con la finalidad de que errores similares no vuelvan a repetirse⁹. No obstante, dada la naturaleza del ACR (que implica, entre otros aspectos, una revisión exhaustiva de las actuaciones llevadas a cabo por parte de cada uno de los profesionales implicados en el evento adverso), los encargados del desarrollo del mismo adquieren un conocimiento pormenorizado de eventuales desviaciones con respecto a la *lex artis* por parte de los distintos sujetos intervinientes. Ello supone, en definitiva, que, de accederse a la documentación generada en virtud del ACR (o de admitirse las declaraciones testificales de los que lo llevan a cabo) por parte, por ejemplo, de un órgano judicial encargado del enjuiciamiento de un potencial delito vinculado a la asistencia sanitaria, ello podría constituir la base para la condena de los profesionales sanitarios implicados. Se estaría generando, a través de procedimientos orientados a la mejora de la seguridad del paciente y al incremento de la calidad asistencial en la esfera sanitaria, un medio de prueba novedoso cuya eventual virtualidad incriminatoria respecto de los profesionales sanitarios puede resultar particularmente significativa. Las opciones legislativas adoptadas en relación con el punto anterior determinarán la efectiva consecución de la citada «cultura justa» predicada por la OMS en el marco de las políticas de seguridad del paciente.

⁸ Véase RUIZ LÓPEZ, P./GONZÁLEZ RODRÍGUEZ-SALINAS, C./ALCALDE ESCRIBANO, J.: «Análisis de causas raíz. Una herramienta útil para la prevención de errores», *Revista de Calidad Asistencial*, 20(2), 2005, pp. 71 y ss. En el mismo sentido, véase RODRÍGUEZ PERÓN, J.M./RODRÍGUEZ IZQUIERDO, M.M.: «Metodologías validadas para el análisis causal de eventos adversos de trascendencia clínica en la biomedicina», *Revista Cubana de Investigaciones Biomédicas*, 40(2), 2021, pp. 1 y ss. <https://revibiomedica.sld.cu/index.php/ibi/article/view/1068>

⁹ Así lo pone de manifiesto LIBANO BERISTAIN: «Implicaciones jurídicas ...», cit., p. 115.

II. SEGURIDAD DEL PACIENTE Y MODELO DE RESPONSABILIDAD

1. Tránsito del paradigma de la culpabilización a una aproximación sistémica en el abordaje de los eventos adversos

En las últimas décadas, y bajo la influencia de modernas concepciones en la esfera de la gestión de la seguridad¹⁰, se ha producido un giro copernicano en la evaluación de los errores en el seno de organizaciones complejas caracterizadas por su exposición a importantes riesgos (industria aeronáutica, nuclear, etc.). Al hilo de lo anterior, se plantea la necesidad de superar concepciones exclusivamente retribucionistas fundadas en la perspectiva del castigo de carácter retrospectivo (evaluación del evento dañoso *a posteriori*) –pues las mismas dificultan la notificación de errores y el consiguiente aprendizaje a partir del suceso no deseado– con el fin de priorizar un abordaje prospectivo, no culpabilizador y posibilitador de la extracción de lecciones sobre la base del incidente o error. Aplicado a la esfera sanitaria, ello implica aceptar que la puesta en marcha de sistemas de notificación supone un cambio de cultura desde una responsabilización exclusivamente retrospectiva y culpabilizante (vinculada al derecho de daños, a la responsabilidad civil y a la cultura de la mala praxis profesional) a un modelo que incorpore una virtualidad prospectiva y capacitante (orientación eminentemente a futuro)¹¹. La asunción de una perspectiva sistémica (*system approach*)¹² u organizacional en la gestión de los errores resulta esencialmente compatible con la concepción prospectiva de la responsabilidad citada, pues se parte de la estructura, complejidad y defectos del propio sistema sanitario como factor etiológico principal de la mayor parte de los errores por lo que las acciones correctivas se centran en la esfera sistémica referida. En definitiva, el objetivo implica superar el marco del castigo individual –que favorece la ocultación del error por parte de los profesio-

¹⁰ La configuración de la cultura de seguridad –contexto en el que se inserta la denominada «cultura justa»– remite necesariamente a las aportaciones de J. REASON en su fundamental obra *Managing the risks of organizational accidents*. Reason, profesor de Psicología de la Universidad de Manchester, constituye un experto mundialmente reconocido en la esfera del error humano en sistemas tecnológicos de alto riesgo y en el papel desempeñado por éste en los grandes desastres ocurridos en algunos dominios de producción industrial y de servicios. Véase MARCHITTO, M.: «El error humano y la gestión de seguridad: la perspectiva sistémica en las obras de James Reason», *Laboreal*, 7(2), 2011, pp. 2 y s.

¹¹ Véase ARANAZ ANDRÉS, J.M./MOLLAR MASERES, J.B./GEA VELÁZQUEZ DE CASTRO, M.T.: «Efectos adversos en el siglo XXI. La epidemia silenciosa», *Monografía Humanitas 8. Seguridad clínica*, Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004, p. 68.

¹² En este sentido, la Declaración de Varsovia sobre la Seguridad del Paciente. La Seguridad del Paciente como un reto europeo (Consejo de Europa, 14-15 abril 2005) aboga por el desarrollo de una cultura de seguridad fundada en un enfoque sistémico.

nales— para lograr acciones correctoras de tipo sistémico (en este caso, previa notificación de eventos adversos e incidentes y aplicación de técnicas como el análisis de causa raíz que posibiliten extraer lecciones para el aprendizaje)¹³. Se debe partir del hecho de que, si la gran mayoría de los errores evitables derivan de fallos estructurales o sistémicos más que de defectos personales o actuaciones individuales inadecuadas, la estrategia dominante fundada en la culpabilización de los profesionales va a continuar a resultar inefectiva y contraproducente en la mejora de la seguridad del paciente¹⁴.

En la línea apuntada, Seoane¹⁵ hace referencia a dos tipos complementarios y no excluyentes de respuestas a la seguridad clínica; una respuesta tradicional (retrospectiva) fundada en la sanción o indemnización, que remite a la responsabilidad jurídica de los profesionales sanitarios, y cuyo alcance es eminentemente individual y centrado en el profesional. En este modelo la conducta negligente o la mala praxis son los detonantes de la intervención orientada a esclarecer la culpa y a identificar al responsable del error o daño, produciéndose la intervención del Derecho —cuya aspiración primaria no es la consecución de la seguridad clínica sino la sanción del responsable y el resarcimiento del perjudicado—. Frente a la anterior, se erige la respuesta contemporánea fundada en la perspectiva sistémica y orientada a la mejora de la seguridad del paciente, cuyo carácter es prospectivo y preventivo y hace posible la protección *a priori* de la salud. Sobre esta última se estructuran dos axiomas fundamentales: la seguridad clínica constituye un instrumento —fundamental— para la consecución del fin ulterior ligado a la calidad de la asistencia sanitaria y, por otro lado, la seguridad clínica se configura como una exigencia básica del derecho a la protección de la salud —no olvidemos, derecho constitucionalmente reconocido en virtud del art. 43 CE—.

Como corolario, procede poner de manifiesto que, en todo caso, la aceptación de la importancia del moderno modelo de responsabilidad prospectiva de tipo sistémico —sobre la base de que estadísticamente, en organizaciones complejas (y, en particular, en la esfera sanitaria) la mayor parte de los eventos adversos son reconducibles a fallas estructurales u organizacionales— no debe conducir a la absoluta desresponsabilización de los profesionales sanitarios pues existen supuestos (que, si bien estadísticamente no resultan frecuentes, sí

¹³ Véase SEOANE, J.A.: «Una aproximación jurídica a la seguridad clínica», *Monografía Humanitas* 8. *Seguridad clínica*. Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004, p. 162.

¹⁴ Véase SHARPE, V.A.: «Promoting patient safety. An ethical basis for policy deliberation», *The Hastings Center*, n.º 5, Suplemento especial 33, 2003, p. S6. https://www.thehastingscenter.org/pdf/patient_safety.pdf

¹⁵ Véase SEOANE: «Una aproximación ...», cit., pp. 165 y s.

concurrer en la práctica) donde el resultado es directamente imputable, bien a una actuación dolosa o bien a una negligencia particularmente grave por parte de los sujetos intervinientes, y en los que resulta necesaria la exigencia de responsabilidad penal con la finalidad de no ahondar en la desprotección de los pacientes¹⁶. No obstante lo anterior, y si bien se impone una nueva concepción de la responsabilidad que supere la exclusivización del prisma fundado en el marco individual de naturaleza culpabilizadora para centrarse en la perspectiva prospectiva y sistémica favorable a la introducción de mejoras en la seguridad del paciente, la consecución de un adecuado equilibrio entre estas dos concepciones de la responsabilidad se erige en uno de los aspectos más complejos y cruciales en el núcleo de potenciales reformas jurídicas (particularmente en esferas como el derecho penal sustantivo y procesal) vinculadas a la seguridad del paciente¹⁷.

2. **Perspectiva bioética en la configuración de la seguridad del paciente. Particular consideración de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos**

La seguridad del paciente como elemento axial en torno al que se estructuran los sistemas sanitarios modernos, plantea cuestiones bioéticas de calado cuya toma en consideración y análisis resultan fundamentales en aras a determinar la orientación concreta de los mecanismos particulares dirigidos a la consecución de la referida seguridad asistencial (y, en particular, de los propios sistemas de notificación y registro de eventos adversos)¹⁸.

Partiendo de una perspectiva principialista, la seguridad del paciente se encuentra primariamente vinculada al principio de no maleficencia¹⁹, puesto que una atención sanitaria segura debe estar exenta de la causación de daño al

¹⁶ En este sentido, véase SIMÓN LORDA, P.: «Ética y seguridad de los pacientes», *Monografía Humanitas 8. Seguridad clínica*, Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004, p. 154; SHARPE: «Promoting patient ...», cit., p. S9.; REASON, J.: *Managing the risks of organizational accidents*, London: Ashgate, 1997, p. 205.

¹⁷ Véase SHARPE: «Promoting patient ...», cit., p. S6.

¹⁸ En este sentido, el informe del Hastings Center, que constituye un trabajo de referencia en materia de seguridad del paciente a nivel internacional, ya ponía de manifiesto en el año 2003 las implicaciones éticas de la seguridad asistencial, así como las cuestiones problemáticas que los distintos enfoques bioéticos planteaban en ámbitos aplicativos como el desarrollo y estructuración de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos. Véase SHARPE: «Promoting patient ...», cit., p. S6.

¹⁹ En sentido análogo, si bien referido primariamente a la vinculación del error médico con el principio de no maleficencia, véase MAGLIO, I.: «Error y medicina a la defensiva: ética médica y la seguridad del paciente», *Revista Bioética*, 19(2), 2011, p. 359.

paciente. A mi modo de entender, la relevancia de este principio emerge de manera particularmente destacada en la esfera de la seguridad asistencial²⁰ lo cual no implica que otros principios bioéticos no ostenten una incidencia cierta a la hora de diseñar los mecanismos concretos para garantizar la referida seguridad. En este sentido, Simón Lorda²¹ tras establecer el peso indudable del principio de no maleficencia en este ámbito, viene a poner de manifiesto que las obligaciones relativas a la seguridad del paciente derivan asimismo del principio de justicia, pues el error y la falta de seguridad obligan a invertir recursos extra con un alto coste de oportunidad. Asimismo, se destaca que una vez ocurrido el error y producido el daño se instala en el interior de la relación clínica una nueva realidad que, en principio, debería haber quedado fuera de la misma. A partir de lo anterior el paciente tiene derecho, por un lado, a saber qué ha pasado (vinculado al principio de autonomía) y, por otro, a reclamar apoyo, ayuda y reparación del daño causado (proyección del principio de beneficencia).

Como pone de manifiesto Libano Beristain²² la perspectiva bioética antedicha, en virtud de la cual la seguridad del paciente ocupa un lugar preeminente en la atención sanitaria, ha encontrado acomodo en textos deontológicos de referencia de las profesiones sanitarias (destacadamente, medicina y enfermería). De esta forma, en la última versión del Código de Deontología Médica (2022)²³, y por primera vez en España²⁴, se establece un capítulo (capítulo X) sobre seguridad del paciente en el que se insertan un conjunto de obligaciones vinculadas a la notificación de eventos adversos tanto para los profesionales a título individual como para aquellos médicos que ostenten la condición de directivos de las organizaciones sanitarias (véanse arts. 39, 41.1, 41.3, 43.1 y 43.2 Código de Deontología Médica). Ahonda igualmente en la importancia

²⁰ En relación con el particular, el informe del *Hastings Center* considera que el valor de la seguridad del paciente deriva de dos principios bioéticos: por un lado, del principio de beneficencia, entendido como obligación positiva de prevenir y reparar el daño causado, y, por otro, del principio de no maleficencia, entendido como obligación negativa de evitar la causación de daño. En la medida en que se hable de errores médicos, dicho informe considera que el principio de beneficencia establece un argumento moral frente a errores de omisión (tales como diagnósticos erróneos o falta de provisión de los tratamientos requeridos) mientras que el principio de no maleficencia implica un argumento frente a errores de acción (comisión), tales como la administración de medicamentos a paciente erróneo o la transmisión de enfermedades nosocomiales. El informe del *Hastings Center* concluye que, conjuntamente, ambos principios configuran la obligación de no hacer daño. Véase Sharpe: «Promoting patient ...», cit., p. S5.

²¹ SIMÓN LORDA: «Ética y seguridad ...», cit., p. 153. En el mismo sentido, LIBANO BERISTAIN: «Implicaciones jurídicas...», cit., p. 116.

²² Véase LIBANO BERISTAIN: «Implicaciones jurídicas ...», cit., pp. 116 y s.

²³ Véase ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL (2022). Código de deontología médica. Guía de ética médica. https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/

²⁴ La versión anterior del Código de deontología médica databa del año 2011.

de la notificación de los profesionales sanitarios el Código Ético y Deontológico de la Enfermería Europea²⁵ que dispone que los enfermeros deben abordar la seguridad del paciente en todos los aspectos de los cuidados, en particular, notificando eventos adversos.

III. EL DERECHO ANTE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS. HACIA LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE «CULTURA JUSTA» A NIVEL JURÍDICO (PARTICULAR CONSIDERACIÓN DE LAS ESFERAS PENAL Y PROCESAL)

La notificación de eventos adversos plantea una diversidad de cuestiones de naturaleza eminentemente procesal, en particular, en lo relativo a la posible utilización con fines probatorios en un proceso penal²⁶ del material y de los conocimientos generados en el marco de estructuras vinculadas a la calidad y a la seguridad del paciente (incluyendo la declaración como testigos de personas que hayan participado en dichas actividades en su calidad de integrantes de las referidas estructuras –gestores de calidad, miembros del equipo encargado del Análisis de Causas Raíz, etc.–).

En particular, la notificación de eventos adversos y el ulterior estudio retrospectivo de los mismos con la finalidad de lograr el aprendizaje de los profesionales es susceptible de generar una multiplicidad de evidencias documentales creadas con una finalidad exclusiva de mejora de la seguridad del paciente. A ello hay que añadir que técnicas como el Análisis de Causas Raíz implican que determinados profesionales encargados de repasar el evento adverso acaecido adquirirán un conocimiento pormenorizado del mismo y de la intervención de cada uno de los implicados, lo que, de resultar susceptible de ser trasladado a un eventual procedimiento penal por mala praxis, podría ostentar un valor esencial de cara a determinar una hipotética infracción de la *lex artis* fundamentadora de la responsabilidad por imprudencia.

En relación con el particular, la normativa procesal española carece de previsiones específicas que protejan la documentación generada o el conocimiento del evento adverso adquiridos por determinados profesionales en el

²⁵ Véase Federación Europea de órganos Reguladores de Enfermería, Código Ético y Deontológico de la Enfermería Europea (Proteger al público y garantizar la seguridad del paciente), 2007. <https://www.consejogeneralenfermeria.org/>

²⁶ A efectos de nuestro trabajo nos limitaremos al análisis de la problemática en la esfera procesal penal.

marco de procesos de seguridad del paciente frente a determinadas instancias jurisdiccionales, del tipo de las existentes en otros países que han implementado sistemas de notificación de eventos adversos en la esfera sanitaria.

En este sentido, y si nos ceñimos a la esfera procesal penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) contiene una diversidad de preceptos que imponen obligaciones aplicables a dichos casos. Particularmente, cabe citar los arts. 262 LECrim (obligación de denuncia de un delito público del que se tuviese conocimiento, con previsión específica si quien incurriera en dicha omisión fuera un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia), 420 LECrim (obligación de comparecer al llamamiento judicial como testigo y/o de declarar sin que exista excepción relativa a los procesos de seguridad del paciente inscribibles en los arts. 416 y 417 LECrim)²⁷. Junto con las obligaciones anteriores se consigna la relativa a decir la verdad establecida positivamente en la legislación procesal penal (art. 433 LECrim) y de la que en caso de contravención se deriva una responsabilidad penal por delito de falso testimonio (art. 458 CP y art. 715 LECrim). Por otro lado, también resulta relevante en este punto el art. 460 CP, en virtud del cual cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años. Por último, cabe poner de manifiesto, que la participación en los sistemas de seguridad del paciente faculta a determinados profesionales (gestores de seguridad del paciente, miembros de los equipos encargados del Análisis de Causas Raíz, etc.) a acceder a datos sobre personas identificadas o identificables, por lo que quedan sometidos al deber de sigilo o reserva, dando lugar, en caso de incumplimiento del mismo, a la entrada en juego del art. 199 CP²⁸.

A la vista de los distintos modelos imperantes en derecho comparado y teniendo en cuenta la realidad legislativa española actualmente vigente, dos constituyen las posibilidades que se plantean de cara a materializar la exigencia de «cultura justa» establecida por la OMS, en relación con la seguridad del paciente (y, en particular, con respecto a la puesta en marcha de sistemas de

²⁷ Los artículos 416 y 417 LECrim resultan particularmente relevantes pues en los mismos se establece el catálogo de personas exentas de la obligación de declarar, entre las que se incluyen, junto a otros, los parientes del procesado consignados en el art. 416.1, el abogado del procesado respecto a los hechos que le hubiera confiado en su calidad de defensor o los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. En dicho catálogo no figuran los participantes en actividades vinculadas a la seguridad del paciente, por lo que, *a sensu contrario*, no quedarían exentos de la obligación de declarar.

²⁸ En el ámbito del ejercicio de la función pública, véase igualmente art. 417 CP.

notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria) –sin perjuicio de que algún estado, como es el caso de Italia, haya optado por implementar ambas vías–: por un lado, la configuración de un régimen de responsabilidad penal por imprudencia específico para los profesionales sanitarios y, por otro, la previsión de privilegios procesales que limiten el acceso judicial a determinada documentación y las declaraciones testificales de ciertos responsables de los mencionados sistemas de notificación.

En primer lugar, cabría considerar una primera posibilidad consistente en el establecimiento de modulaciones en la responsabilidad por imprudencia de los profesionales sanitarios²⁹. Ello constituye el modelo establecido en Italia al amparo de dos normas recientes: la Ley Balduzzi de 2012³⁰ y la Ley Gelli-Bianco de 2017^{31, 32} (en particular, en lo que aquí interesa, en su art. 6³³). Tras

²⁹ En este punto, y siguiendo a Perin cabe afirmar que la *blame culture* favorece la medicina defensiva, convirtiendo al derecho penal en un auténtico factor crimimógeno, por lo que una de las tendencias de la política criminal actual consiste en tratar de redefinir y limitar el alcance de la responsabilidad penal de los profesionales médico-sanitarios. Véase PERIN, A.: «La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada», *Política Criminal*, 13(26), 2018, p. 867.

³⁰ *Legge 8 novembre 2012, n. 189. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute. (12G0212) (GU n.º 263 de 10/11/2012)*. En virtud del art. 3 apartado 1 (derogado por la Ley 8 marzo 2017, véase *infra*) se disponía que el profesional sanitario que, en el desempeño de sus actividades, siguiese las líneas-guía y buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica no resultaría responsable penalmente por negligencia leve. En tales casos, no obstante, se mantenía subsistente la obligación prevista en el artículo 2043 del Código Civil.

³¹ *Legge 8 marzo 2017, n. 24. Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. (17G00041) (GU n.º 64 de 17/03/2017)*.

³² Sobre el particular, véase, entre otros, CUPELLI, C.: «Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco», *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, pp. 200 y ss. En relación con dicha materia y a la luz de la importante oposición doctrinal a la versión actualmente vigente del art. 6 de la citada Ley Gelli-Bianco, se han formulado en Italia distintas propuestas de reforma, destacando sobremanera los trabajos llevados a cabo por parte de la Asociación italiana de Profesores de Derecho Penal. En este sentido, véase PERIN, A.: «La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, pp. 353 y ss.; CAPUTTO, M.: «La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. La proposta di riforma dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale», *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano: Edizioni DiPLaP, 2023, pp. 251 y ss.; PERIN, A.: «Analisi propositiva della prima bozza di articolato AIPDP sulla 'non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie'», *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano: Edizioni DiPLaP, 2023, pp. 271 y ss.

³³ De acuerdo con dicho artículo, que introduce el nuevo art. 590 *sexies* al Código Penal italiano (Responsabilidad culposa por muerte o lesiones en el ámbito sanitario), si los hechos referidos en los arts. 589 y 590 fueron cometidos en el ejercicio de la profesión sanitaria, serán de aplicación las penas previstas en dichos preceptos salvo lo dispuesto en el párrafo segundo. Cuando el resultado se haya producido por impericia, la punibilidad queda excluida si se han cumplido las recomendaciones previstas por las líneas-guía definidas y publicadas conforme a la ley o, en su defecto, las buenas prácticas clínicas, siempre que las recomendaciones contenidas en dichas líneas-guía resulten adecuadas a la especificidad del caso concreto.

la entrada en vigor de esta última norma, en los supuestos de homicidio o lesiones por impericia producidas en el ejercicio de la actividad sanitaria la punibilidad queda excluida cuando se hayan respetado las recomendaciones previstas en las líneas-guía (definidas y publicadas conforme a la ley) o, en su defecto, las buenas prácticas clínico-asistenciales, siempre que las recomendaciones establecidas en las líneas-guía sean adecuadas a las particularidades del caso concreto. En definitiva, la opción adoptada por el legislador italiano *ex art. 6 Ley 8 marzo 2017* (y ya previamente, en virtud del *art. 3 Ley 8 noviembre de 2012*) ha consistido en introducir limitaciones a la responsabilidad penal por imprudencia en los supuestos de causación de determinados resultados en el marco del ejercicio de la actividad médico-sanitaria.

No obstante, si la noción de referencia a hora de configurar una «cultura justa» en el marco sanitario es la acuñada por la Organización Mundial de la Salud –organismo que la define como aquel entorno que busca el equilibrio entre la necesidad de aprender de los errores y la conveniencia de tomar medidas disciplinarias– entiendo que el modelo italiano establecido al amparo del *art. 6 de la Ley de 2017 (Legge 8 marzo 2017, n. 24)* excede la pretensión formulada por la OMS y puede, incluso, dar lugar a resultados antitéticos de los pretendidos por aquella. Ello porque la dicción literal del *art. 6 Ley Gelli-Bianco* al excluir la punibilidad de los profesionales sanitarios por impericia cuando se hayan cumplido las recomendaciones previstas por las líneas-guía o, en su defecto, las buenas prácticas clínico-asistenciales, plantea problemas significativos destacadamente vinculados al principio de igualdad de trato con otras profesiones –particularmente las vinculadas a la asunción de riesgos permitidos debido a su utilidad social³⁴– y, en definitiva, puede interpretarse como una irresponsabilización absoluta en supuestos de impericia bajo las condiciones referidas, lo cual impide que la norma penal despliegue sus efectos preventivos (deseables en dicho marco). De hecho, la introducción del mencionado *art. 6 de la Ley Gelli-Bianco* generó importantes problemas prácticos requiriendo la intervención del Pleno de la *Corte di Cassazione* italiana³⁵. Dicho órgano, en el desarrollo de su labor, ha llevado a cabo una verdadera reinterpretación del mencionado precepto, lo que pone de manifiesto los problemas de orden constitucional y prácticos a los que conduciría una exége-

³⁴ Véase PERIN, A.: «La redefinición ...», cit., p. 890.

³⁵ Dicho precepto ha planteado graves dificultades aplicativas que dieron lugar, tras sentencias contradictorias de la *Corte di Cassazione*, a la intervención del Pleno de la referida *Corte di Cassazione* (Cass., SS.UU., Sent. de 21 de diciembre de 2017, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Ric. Mariotti), que ha sido el encargado de concretar el ámbito de la citada reforma. Así lo pone de manifiesto PERIN, A.: «La redefinición...», cit., pp. 878 y s.

sis del referido artículo favorable a una despenalización absoluta de los resultados producidos en el marco de la actividad médico-sanitaria bajo los parámetros definidos en el mismo ³⁶.

Una segunda opción en aras a blindar los sistemas de notificación y registro de eventos adversos pasaría por la configuración de determinados privilegios procesales en relación con la documentación generada y el conocimiento adquirido por determinadas personas en el curso de las actividades de gestión del riesgo clínico –aspecto este último que debería condicionar la posibilidad de ordenar la declaración de los mismos como testigos– tal como establecen diferentes legislaciones (EEUU ³⁷, Australia ³⁸, Irlanda ³⁹ o Italia ⁴⁰). En España, la falta de excepciones a dichas obligaciones en relación con los diversos intervinientes en procesos de seguridad del paciente (y, destacadamente con respecto a los sistemas de notificación de eventos adversos, en particular, en relación con los profesionales que desarrollan o tienen acceso a los Análisis de Causas Raíz en el marco de dichas actividades en pro de la calidad asistencial) plantea importantes problemas que pueden dificultar la viabilidad de los referidos sistemas a medio y largo plazo. En todo caso, conviene precisar que, la articulación de mecanismos de exención o limitación a las obligaciones procesales antedichas para los intervinientes en un sistema de notificación de eventos adversos en la esfera sanitaria debe realizarse de una manera particularmente ponderada, con la finalidad de lograr el objetivo de «cultura justa» que predica la OMS sin que, por el contrario, ello pueda generar una exención absoluta de responsabilidad ante el fenómeno de los errores médicos que, en sí misma, no resulta ni deseable ni realizable.

³⁶ Actualmente, en Italia, cabe afirmar que, en el ámbito de la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios se establece un régimen diferenciado para los supuestos de imprudencia y de negligencia (a los cuales no se extiende la causa de no punibilidad del art. 6 Ley Gelli-Bianco) y para los de impericia. En este último caso, y con base en la doctrina jurisprudencial sentada por el Pleno de la *Corte di Cassazione* cabría distinguir tres supuestos: por un lado, no procede aplicar la causa de no punibilidad, 1) en caso de error en la elección de la *lex artis* procediéndose a la adopción de una *lex artis* no pertinente respecto al caso clínico, o, 2) cuando concurre un error ejecutivo y no existan *guidelines* o buenas prácticas aplicables al caso clínico; por el contrario, el facultativo será responsable sólo por impericia grave cuando haya cometido un error ejecutivo en la aplicación de una guía o una buena práctica correctamente elegida (adecuada al caso clínico). Así lo pone de manifiesto, PERIN, A.: «La redefinición...», cit., p. 879.

³⁷ En dicho país, la normativa de referencia viene constituida por la *Healthcare Quality Improvement Act* de 1986 y por la *Patient Safety and Quality Improvement Act* de 2005.

³⁸ A nivel de la Commonwealth véase la Parte VC de la *Health Insurance Act* de 1973 y la Parte 10, secciones 84 a 89 de las *Health Insurance Regulations* de 2018.

³⁹ Véase Department of Health (gov.ie). (2023). *Patient safety legislation and advocacy*. <https://www.gov.ie/en/publication/97de69-patient-safety-and-advocacy-policy/?referrer=http://www.health.gov.ie/national-patient-safety-office/patient-advocacy-policy/licensing-accreditation-and-regulation/>

⁴⁰ En particular, el art. 16 apartado 1 *Legge 8 marzo 2017*, n. 24 dispone que las actas y otras consecuencias resultantes de las actividades de gestión del riesgo clínico no podrán incorporarse ni utilizarse en el marco de procedimientos judiciales.

De manera coherente con lo anterior, considero que la vía que habría que explorar en España con la finalidad de dotar a los sistemas de notificación y registro de eventos adversos de garantías adecuadas ajustadas al concepto de «cultura justa» invocado por la OMS, sería la establecida en Italia al amparo del art. 16 Ley Gelli-Bianco o en países como EEUU, Australia o Irlanda (citados *supra*), modelo consistente en el establecimiento de determinados blindajes en el acceso por parte de ciertos operadores jurídicos a la información, conocimiento y documentación generada en el marco de los procesos de gestión del riesgo clínico (o, en sentido amplio, orientados a la seguridad del paciente), entre los que se incluyen, indefectiblemente, los sistemas de notificación y registro de eventos adversos. Entre las medidas exigibles en este punto debería establecerse en la esfera del proceso penal⁴¹, al menos, una exención testifical para los intervinientes en el Análisis de Causas Raíz análoga a la prevista para abogados y sacerdotes en los arts. 416 y 417 LECrim, así como la garantía de que la documentación generada en el marco de los procesos de mejora de la calidad asistencial no pueda ser empleada para otros fines (destacadamente, en la esfera sancionatoria). Desde el punto de vista del fundamento jurídico de tales excepciones, cabría situarlo en la vinculación directa del derecho a la seguridad del paciente con el derecho a la protección de la salud constitucionalmente consagrado en el art. 43 CE, así como mediatamente, con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y psíquica del art. 15 Constitución⁴². Lo anterior permitiría legitimar determinadas restricciones de ciertos medios probatorios sin que ello implique de ninguna forma una afección intolerable al derecho a la acción por parte de la ciudadanía frente a actuaciones en la esfera sanitaria. Se trataría, en definitiva, de garantizar que el sistema de notificación de eventos adversos va a servir exclusivamente

⁴¹ Disposiciones similares o medidas jurídicas de naturaleza alternativa deberían preverse igualmente, previa ponderación minuciosa de su contexto aplicativo, en relación con los ámbitos relacionados con la responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria o las consecuencias en la esfera laboral para los profesionales sanitarios implicados en los distintos sistemas de notificación de eventos adversos. No obstante, debido a la pretensión del presente trabajo y por razones de espacio nos limitaremos a plantear las cuestiones de derecho penal sustantivo y procesal exclusivamente.

⁴² El informe del Comité de Bioética de España sobre la seguridad del paciente vincula igualmente aquella con la previsión del art. 51.1 Constitución española que establece que los «poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos», en la medida en que, si bien cabe afirmar que no existe calidad sin seguridad, tampoco existe una verdadera protección de la salud sin una asistencia segura. Véase Comité de Bioética de España, Informe sobre los aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos, 2021, p. 66. <https://comitedebioetica.isciii.es/informe-del-comite-de-bioetica-de-espana-sobre-los-aspectos-eticos-de-la-seguridad-del-paciente-y-especificamente-de-la-implantacion-de-un-sistema-efectivo-de-notificacion-de-incidentes-de-seguridad/>

a fines de mejora de la seguridad del paciente para el que se creó, y no a objetivos absolutamente exógenos al mismo como es la responsabilización de los profesionales sanitarios. Y ello, puesto que una utilización de tales sistemas con objetivos punitivos acabaría por anular de raíz su funcionamiento, pues aquellos se alimentan de las notificaciones de los profesionales, notificaciones que no se producirán de existir evidencias entre el colectivo afectado de utilización de tales sistemas para fines sancionatorios. No obstante, y a pesar de lo anterior, deben quedar incólumes el resto de mecanismos de aportación de evidencias existentes en derecho (particularmente aquellos más relevantes en la esfera médico-sanitaria, tales como el acceso a la historia clínica, las pruebas testificales o las periciales), garantizando la plena vigencia del derecho de la ciudadanía a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa consagrado en el art. 24.2 Constitución⁴³.

⁴³ En el mismo sentido se pronuncia el Comité de Bioética de España en su informe sobre la seguridad del paciente. *Ibidem*, p. 47.

53. SOCIETAS/UNIVERSITAS DELINQUERE ET PUNIRI POTEST: EL IMPACTO PENAL DE LA DIRECTIVA 2024/1203 EN LA UNIÓN EUROPEA

JOHN A. E. VERVAELE

Catedrático emérito de Derecho Penal económico y Europeo, Facultad de Derecho, Utrecht/ Holanda; Profesor de derecho penal europeo en el Master de Derecho del Colegio de Europa en Brujas/Bélgica
Presidente honorario de la Asociación de Derecho Penal (AIDP), París

I. INTRODUCCIÓN

Contribuir al *liber amicorum* de José Luis de la Cuesta no es solo un gran honor y privilegio, pero también un acto de estima y amistad a alguien que ha sido para mí un ejemplo y mentor, sobre todo en el marco de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Fue él quien me empujó a tomar responsabilidades en el AIDP y siempre pude contar con sus consejos valiosos.

Elegir un tema para contribuir a su *liber amicorum* es a la vez fácil y difícil. Es fácil porque José Luis tiene como penalista un amplio interés, que va mucho más allá del derecho penal sustantivo clásico, abordando temas de política criminal, criminología, victimología y derechos humanos. Es difícil porque ha escrito mucho sobre estos temas y contribuir con algo relevante ha necesitado reflexión.

Al final he elegido el tema de la protección penal del medio ambiente y particularmente la responsabilidad penal de la persona jurídica en este contexto. Es en primer lugar un tema que hemos tratado juntos en la AIDP. Participamos activamente en el congreso mundial en Bucarest sobre el tema y estuvi-

mos muy contentos de lograr su publicación¹. Es en segundo lugar un tema que ha suscitado su interés, sobre todo en relación con la reforma del derecho español. Él mismo dirigió, como investigador principal, un proyecto de investigación, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, sobre el tema². Nuevo es en cada caso la reciente directiva 2024/1203 relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, que impone para las persona jurídicas un modelo de responsabilidad punitiva, que según el estado será penal, administrativa o ambos. La directiva prescribe también sanciones pecuniarias punitivas y sanciones accesorias para las personas jurídicas.

II. LA PUNIBILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Históricamente hay una neta diferencia entre el enfoque anglosajón y el enfoque romano-germánico. El enfoque anglosajón reconoce, desde el inicio de este siglo, que las personas jurídicas pueden considerarse responsables en el ámbito penal, desde una perspectiva funcional (*vicarious liability*), por los actos o la omisión de sus empleados. El modelo romano-germánico parte, sin embargo, no de la culpa funcional sino de la culpa individual y establece consecuentemente que las sanciones criminales no pueden imponerse más que a las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y no a la persona jurídica misma.

En el seno de la tradición anglosajona es donde más se acentúa esta evolución. Enfrentando a la industrialización, el juez, en Estados Unidos, siguió la doctrina inglesa que reconocía que la persona jurídica podía ser condenada en el ámbito penal por infracciones en las que no debía probarse ninguna intención. Esta doctrina, generalmente admitida a finales del siglo XIX en Estados Unidos y en el Reino Unido, se modificó a principios del siglo XX en Estados Unidos con la introducción de infracciones «mens rea» (con intención) en el seno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con el abandono de la teoría del órgano. Esto último implica que no solamente los actos o la omisión de los órganos de la persona jurídica sino también los de no importa qué persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica pueden implicar

¹ Protection of the Environment through Criminal Law (AIDP World Conference Bucharest, Romania, 18th-20th May 2016), RIDP, vol 87, issue 1, 2016 eds. José Luis de La Cuesta, Ligeia Quackelbeen, Nina Peršak & Gert Vermeulen (eds.).

² J.L. DE LA CUESTA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*, ReAIDP / e-RIAPL, 2011; Microsoft Word - DelaCuesta PjuridicasEsp sabado 13 feb.

la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Partiendo de este punto de vista, Estados Unidos y Gran Bretaña van a seguir vías diferentes; se pone de relieve a este respecto que en Gran Bretaña se sigue insistiendo en la teoría limitada del «alter ego» o teoría del órgano. En el marco de la responsabilidad por infracciones «mens rea», sólo los actos o la omisión en la gestión («the corporations brain») pueden conducir a la responsabilidad penal de la persona jurídica. La mucho más amplia responsabilidad penal en Estados Unidos descansa en una decisión jurisprudencial, una decisión del Tribunal Supremo, que data de 1909: «Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation, (...) shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties (...)»³. El Tribunal Supremo creó de este modo un principio básico para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha llegado a ser el fundamento de muchas incriminaciones legales en Estados Unidos. En 1970, el Tribunal Supremo abordó de manera específica la responsabilidad en caso de omisión del personal subalterno: «In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission, (...) the Federal Food, Drug and Cosmetics Act imposes not only a positive duty to seed out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The requirement of foresight and vigilance imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises (...)»⁴. Ha sido sobre todo en el curso de estos últimos años cuando la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha extendido también a las conductas negligentes, sobre todo en el ámbito bancario y financiero.

En Europa continental la doctrina de la responsabilidad individual en materia penal ha dominado el panorama en la gran mayoría de los estados. Holanda fue el primer país de tradición civil en el viejo continente que introdujo la responsabilidad penal. Sin embargo, durante muchos años se quedó solo o al menos minoritaria. Holanda conocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la materia penal tributaria y aduanera desde 1822, para la introdujo en 1950 para todos los tipos penales económicos y para todos los tipos penales en 1975, figurando en el artículo 51 de la parte general del Código Penal.

³ New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 (1909).

⁴ U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

También ha habido abundante práctica judicial y jurisdiccional con la materia y debate doctrinal al respecto⁵. En las últimas décadas el panorama ha cambiado rotundamente. Países que antes pertenecían al núcleo duro de la responsabilidad individual, como Francia, España, Austria, Suiza, Bélgica, Luxemburgo, etc. han introducido la responsabilidad penal para las personas jurídicas⁶. También los países de Europa del este han seguido. De hecho Alemania se ha quedado bastante aislado en la materia en el contexto Europeo y también en Alemania mismo ciertos partidos políticos, como los Verdes, quieren introducir la responsabilidad penal para personas jurídicas, aunque sin perspectiva de mayoría política en el parlamento por ahora⁷.

En Holanda, las personas jurídicas no sólo se ha considerado que están en disposición de cometer infracciones (la persona jurídica en cuanto autor), sino que también pueden ser procesadas y sancionadas en el ámbito penal. Así pues, Holanda ha abandonado definitivamente la idea según la cual la persona jurídica no sería más que una ficción jurídica y según la cual, por consiguiente, únicamente sus órganos y las personas físicas podrían ser interpeladas en el ámbito penal («No soul to damn, no body to kick»). Se ha optado por la realidad social en una sociedad industrial y post-industrial moderna, que parte del principio de que las personas jurídicas ocupan, en el seno de los cambios socio-económicos, un lugar absolutamente fundamental; en esta condición, tienen derechos y deberes que incluyen una responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ella). Precisamente porque Holanda ha franqueado ya este paso hace varios decenios en el marco de una tradición dogmática continental, el modelo jurídico de la responsabilidad penal en este país y su contenido jurisprudencial constituyen una preciosa fuente para el resto de países europeos y para los ejercicios de armonización en el cuadro de la integración regional europea. Además, en Holanda esta responsabilidad ha sido frecuentemente utilizada en la práctica jurídica, dando lugar a amplia jurisprudencia y a muchos debates en el Parlamento. No es casualidad que justamente en Holanda hay más debate sobre la responsabilidad de la persona jurídica de derecho público, incluyendo el Estado mismo. ¿Dónde empieza y dónde termina la responsabilidad de entidades colectivas?

⁵ J.A.E. VERVAELE, «La posible intervención de las personas jurídicas en la mediación penal delinquere et puniri potest: 70 años de experiencia en Holanda», M. Ontiveros Alonso (ed.), *La responsabilidad de las personas jurídicas*, 2e edición, 2021, p. 431-470, Tirant lo Blanch, Mexico.

⁶ M. PIETH & R. IVORY, *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011.

⁷ Para comentarios, ver K-H. KREMS, *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch Gesetzgeberische Intention und Konzeption*, 2015, hyperlink http://zis-online.com/dat/artikel/2015_1_889.pdf

III. EL ESFUERZO DE AIDP PARA PROTEGER PENALMENTE EL MEDIO AMBIENTE

Las Actas del Congreso de 2016 en Bucharest concluyen por una contribución con recomendaciones finales, escrito por José Luis de la Cuesta⁸. Él recuerda muy bien que no fue la primera vez que el AIDP se ocupaba del tema: «On the contrary, following its tradition of tackling the new major social challenges and including them amongst its priority scientific concerns, AIDP had previously produced several documents and recommendations on the issue. In this sense, on the occasion of the Twelfth International Congress of Penal Law (Hamburg, 16-22 September 1979), Section II studied «The Protection of Environment through Penal Law»; and Section I of the Fifteenth International Congress of Penal Law (Rio de Janeiro, 4-10 September 1994) worked on «Crimes against the Environment – General Part». AIDP also presented several proposals in this field to the UN Congress held in Bahia (Brazil) in 2010».

En relación con las personas jurídicas y sus dirigentes las recomendaciones finales contienen las siguientes recomendaciones 21-23:

«21. Both, corporations and individuals should be held accountable for criminal violations of environmental laws in an independent and autonomous way. Prosecuting corporations is necessary to address the corporate culture and organisational defects that give rise to violations and to ensure that corporate management will be involved in addressing criminal misconduct by the company. Prosecuting individuals is necessary to address individual misconduct and to provide the strongest deterrent to prevent future misconduct, including the possibility of imprisonment in the most serious cases.

22. Prosecutors should file criminal charges against individual corporate officers whenever possible under the governing law and, to the extent supported by evidence, at the highest possible levels within the corporation. The adoption of the responsible corporate officer doctrine is recommended. Such doctrine provides that corporate officials have a duty to act to prevent violations if they know that they are taking place and that they have the ability, based on their position within the corporation, to prevent further violations.

23. Corporations should be liable for criminal prosecution for the acts (a) of their employees or agents; (b) committed within the scope of the employment or agency; and (c) committed for the benefit of the corporation. Where companies voluntarily disclose violations and/or cooperate during criminal investigations, they should generally receive leniency but not exoneration for their crimes.»

⁸ Protection of the environment through criminal law, RIDP, o.c., Final Recommendations, p. 343.

Estas recomendaciones son obviamente el resultado de los debates en el congreso. Consisten en una clara necesidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de crímenes medio-ambientales. Positivo es también que el círculo de las personas que pueden ser relevantes para la atribución de esta responsabilidad a la persona jurídica no se limiten a los altos dirigentes (CEO's), pero incluyen también empleados o agentes de específica responsabilidad en la persona jurídica, como pueden ser ciertos técnicos o *compliance officers*. Sin embargo, las recomendaciones son tímidas en relación con los tipos de actos que podrían cualificarse para tipos autónomos. No se menciona por ejemplo actos de negligencia o actos que consisten en falta de supervisión o violaciones de debida diligencia en la materia que podrían ser atribuidos a la persona jurídica misma.

En la recomendación 30 se pide además: «It is recommended that States and the international community elaborate a Suppression Treaty about serious violations to ecosystems and criminal justice in order to ensure the punishment of the most serious attacks against the environment that should be considered international crimes.»

IV. EL IMPACTO PENAL DE LA DE LA DIRECTIVA 2024/1203 EN LA UNIÓN EUROPEA

Solamente a partir de los Tratados de Lisboa el derecho de la Unión prevé una base explícita para proteger penalmente a políticas armonizadas dentro del mercado único interior. El artículo 83(2) prevé:

«Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.»

Aunque el Tribunal Europeo de Justicia había reconocido en el marco del Tratado de Ámsterdam la posibilidad de protección penal del medio ambiente por la vía de una directiva del primer pilar comunitario, el mismo Tribunal había exigido para la armonización de las sanciones penales (tanto tipo de sanciones como nivel de sanciones) una armonización por la vía de una deci-

sión marco del tercer pilar del Tratado de Ámsterdam⁹. Por este motivo la directiva 2008/99 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal se limitaba a la definición de los tipos penales, sin poder armonizar sus sanciones y el nivel de las sanciones.

La nueva directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal es sin duda ninguna el instrumento más ambicioso e importante que haya sido adoptado utilizando la base legal prevista en el artículo 83(2). Sin embargo, la Comisión tardó más de 10 años, desde la entrada en vigor del Tratado, para proponer su propuesta.

De hecho, el Consejo de Europa fue mucho más rápido, visto que adoptó una «Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law» en 1998.

Esta interesante Convención contiene por un lado definiciones comunes de delitos intencionales ilícitos (*unlawful*) y de delitos por negligencia que deben ser sancionados penalmente a través de sanciones pecuniarias y confiscación y restauración del medio ambiente y por el otro lado definiciones comunes de otros comportamientos ilícitos, cometidos intencionalmente o por negligencia, que podrían ser sancionados por la ley administrativa o penal. La Convención contiene también obligación en materia de jurisdicción penal y en materia de cooperación judicial penal. A pesar de ser una Convención interesante no entró nunca en vigor por falta de ratificaciones. Parece que Alemania no estaba muy conforme con su contenido. Si la misma Alemania que hizo de todo para bajar en Bruselas la protección del medio ambiente, por ejemplo, para proteger su industria automovilística y donde a pesar de estándares rebajados, la misma industria manipuló de manera fraudulenta el software de los coches diesel en relación la emisión de gases tóxicas. El así llamado escándalo Volkswagen de «Dieselgate» fue descubierto en Estados Unidos y se extendió a muchas marcas de la industria automovilística en Europa. Este escándalo mostró que los países europeos no sabían ni descubrir y tampoco investigar y perseguir los delitos medio-ambientales graves. En este caso se calcularon que miles de personas perdieron su vida por aumento de cáncer¹⁰.

Una evaluación de la directiva 2008/99 en 2020¹¹ mostró claramente que en la gran mayoría de los Estados miembros los tipos penales de medio am-

⁹ Ver VERVAELE J.A.E., «The European Union and harmonization of the Criminal law enforcement of Union policies: in search of a criminal law policy?». In Ulväng M, Cameron I, editors, *Essays on criminalization & sanctions*. Uppsala: Iustus förlag. 2014, p. 185-225.

¹⁰ T. SPAPENS, «The Dieselgate Scandal», in T. Spapens, *Green Crimes and Dirty Money*, Routledge, 2018, 22 p.

¹¹ Evaluation of the Environmental Crime Directive - European Commission.

biente están sancionados con sanciones muy leves y poco disuasivos. Por el otro lado la directiva misma no se aplica a importantes políticas e instrumentos de protección del medio ambiente, como el Reglamento de la talle ilegal de madera de la UE¹², Reglamento de Especies Invasoras¹³, Reglamento REACH¹⁴ o el reglamento sobre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada¹⁵. La directiva de 1999 tampoco tenía obligaciones específicas en relación con la jurisdicción penal, las medidas de investigación o la cooperación judicial internacional.

La nueva directiva de 2024 no solo incluye en los artículos 3 y 4 muchos tipos que pertenecen a lo que se llama en criminología «emerging green crimes»¹⁶, como el comercio ilícito de desechos peligrosos o de flora y fauna silvestre, la minería ilegal o la pesca ilegal. Además, la obligación de incriminación se extiende de conductas activas (actos) a omisiones e incumplimientos de deberes legales de control y tutela. La directiva tiene también nuevas disposiciones sobre los denominados tipos «calificados», en particular aquellos con un impacto ambiental devastador o grave (equivalente al ecicidio –artículo 8(f))¹⁷.

La directiva prevé obligaciones concretas, en el artículo 12, sobre jurisdicción penal. Sin embargo, las obligatorias son clásicas (principio de territorialidad y nacionalidad activa). En el caso que los delitos medio ambientales hayan sido cometidos fuera de su territorio, por ejemplo, por personas jurídicas con sede en el territorio, pero con actividad económica en otros países de la Unión Europea o fuera de la Unión Europea, la directiva prevé que esta jurisdicción puede considerarse cuando:

- a) el autor del delito tenga su residencia habitual en su territorio;
- b) el delito se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio;

¹² Reglamento 995/2010 de 20 de octubre de 2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera.

¹³ Reglamento 1143/2014 de 22 de octubre de 2014 sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras.

¹⁴ Reglamento 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH).

¹⁵ Reglamento 1005/2008 del Consejo de 29 de septiembre de 2008 por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

¹⁶ R. WALTERS, D. SOLOMON WESTERHUIS & T. WYATT, *Emerging Issues in Green Criminology*, Springer Press, 2013.

¹⁷ A. NIETO MARTÍN y A. VILÀ CUÑAT, «La protección penal del ambiente, el clima y la sostenibilidad: imaginarios y principios penales», *InDret* 4/2025.

- c) el delito se haya cometido contra uno de sus nacionales o residentes habituales;
- d) el delito haya creado un grave riesgo para el medio ambiente en su territorio.

Aun en este caso, esta jurisdicción extraterritorial no es obligatoria, es decir hace parte de la discrecionalidad de los Estados miembros.

Por fin la directiva prevé plazos concretos de prescripción en el artículo 11, a fin de evitar la impunidad. Son plazos tanto para el enjuiciamiento que para la ejecución de las penas. En algunos casos se prevé un mínimo de 10 años. Armonización de plazos de prescripción en materia penal son una novedad en la Unión Europea y reflejan sin duda los problemas con esta materia en relación con la lucha contra el fraude IVA en Italia ¹⁸.

V. LA DIRECTIVA 2024/1203 Y LA RESPONSABILIDAD (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Teniendo en cuenta que las personas jurídicas son responsables para hasta el 75% de los delitos ambientales, la directiva ha incluido en los artículos 6 y 7 previsiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables a ellas.

Aunque la directiva no obliga a los Estados miembros a introducir la responsabilidad penal (sentido estricto) de las personas jurídicas, si obliga a una obligación punitiva, sea por la vía del derecho penal y/o por la vía del derecho administrativo punitivo (artículo 7(1)). El considerando 46 refiere claramente a la obligación de los Estados miembros, con arreglo a su derecho nacional, de definir los alcances del derecho administrativo sancionador y del derecho penal, teniendo en cuenta los principios de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y en particular al respeto al principio *ne bis in idem*.

Artículo 6(1) prevé responsabilidad punitiva de personas jurídicas cuando los delitos medio-ambientales hayan sido cometidos en beneficio de dichas personas jurídicas por cualquier persona que ocupe una posición directiva en

¹⁸ Asunto Taricco, C-105/14, Tribunal Europeo de Justicia, sentencia de 8 septiembre 2015 y Asunto M.A.S. y M.B., C-42/17, Tribunal Europeo de Justicia, sentencia de 5 de diciembre 2017.

la persona jurídica de que se trate, y actúe a título individual o como parte de un órgano de dicha persona jurídica, basándose en:

- a) un poder de representación de la persona jurídica
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer un control dentro de la persona jurídica.

Está claro que la atribución de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica no se puede limitar al *alter ego* (los miembros del consejo directivo), pero se extiende a cualquier persona física que tenga de derecho o de hecho poder de decisión o de control (administradores de derecho o de hecho).

Interesante es que el artículo 6(2) prevé explícitamente que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de la persona a que se refiere el artículo 6(1) haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa en beneficio de la persona jurídica algún delito medio-ambiental. De esta manera la directiva extiende las obligaciones penales al cumplimiento de diligencias debidas y normas generales de «compliance». Estas diligencias no se limiten hoy en día a obligaciones internas de buena gestión, si no que se extienden a obligaciones de diligencia en relación con normas éticas y jurídicas de sostenibilidad de respecto de derechos humanos, etc. y está en relación con toda la cadena de suministro o negocio global¹⁹.

Por fin la directiva obliga a los Estados miembros a prever en su derecho interno una batería de sanciones accesorias para personas jurídicas, que van de obligación de restauración el medio ambiente e indemnizaciones por los daños al medio ambiente, retirada de permisos e inhabilitaciones para ejercicio empresarial a disolución judicial. Para los delitos principales de artículo 6(1) se prevé también que las personas jurídicas pueden ser castigadas con multas punitivas de una cuantía proporcional a la gravedad de la conducta y a las circunstancias individuales, económicas y de otra índole de la persona jurídica implicada. Según el caso de delitos el nivel máximo de dichas multas no puede

¹⁹ Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Ver J.A.E. VERVAELE, «Corporate Compliance and Criminal Liability of Corporations in the Light of Corporate Social Responsibility and Human Rights Obligations». *RIDP*, nr 2-2020, pp. 415-434; VIOQUE GALIANA, *Diligencia debida en Derechos humanos y responsabilidad penal de las empresas multinacionales*, tesis doctoral, 2024.

ser inferior a 3 % o 5 % del volumen de negocios mundial total de la persona jurídica²⁰.

IV. CONCLUSIÓN

La directiva 2024/1203 es sin duda ninguna un importante instrumento de armonización en materia punitiva/penal. Es la directiva más ambiciosa hasta ahora que se haya elaborado en el marco del artículo 83(2) del TFEU. En relación con la responsabilidad de la persona jurídica ha introducido un concepto de responsabilidad amplia, tanto por acciones, que por omisiones y falta de debida diligencia (*compliance*). En gran medida es un modelo que refleja lo que el legislador español introdujo en 2010 con el artículo 31 bis del Código Penal.

Sin embargo, la directiva es el resultado de compromisos políticos y esto se refleja tanto en la proposición de la Comisión como en el texto definitivo. En primer lugar, la base de la armonización es el artículo 83(2) y no es por ejemplo artículo 191 TFEU (protección del medio ambiente). En otras palabras, la armonización se ha hecho en el marco del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y no en el mercado interior. La base jurídica utilizada tiene consecuencias: un reglamento está excluido, Dinamarca no participa y Irlanda podría aplicar un *opt-out*. En segundo lugar, no hay sanciones mínimas, solo umbrales mínimos de sanciones máximas. En tercer lugar, a pesar de la ambición de la directiva, el legislador ha respetado la discrecionalidad de los Estados miembros en relación con la responsabilidad punitiva de las personas jurídicas. El peso de Alemania se hace sentir al respecto. También es relevante que la directiva como tal no contiene una definición de la persona jurídica, dejándolo a la ley nacional. Sin embargo, el considerando 12 indica claramente que el término ‘persona jurídica’ no incluye a los Estados ni a los organismos públicos que actúen en ejercicio de la potestad del Estado ni o las organizaciones internacionales públicas. Estos organismos públicos están excluidos de la directiva. Siendo la directiva un instrumento de armonización de normas mínimas, los Estados miembros tienen la libertad de adoptar normas más estrictas, incluidas normas en materia de responsabilidad penal de los organismos públicos. En este sentido el legislador europeo ha perdido una

²⁰ Per una lectura crítica: P. CAEIRO, «Broadly unknown, but deservedly unloved?, Turnover-based fines and their transplant from competition law to EU criminal law», in L. Grossio, S. Montaldo & V. Mitsilegas (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, 2025, pp. 137-166, Hart Publisher.

doble oportunidad: 1) imponer la responsabilidad penal de la persona jurídica para delitos medio ambientales y 2) prever la responsabilidad penal de la persona jurídica pública para ciertos delitos medio ambientales. Aunque las penas previstas para la directiva son las mismas para la responsabilidad en el derecho administrativo sancionador y en el derecho penal, el derecho procesal aplicable puede ser muy diferente en muchos Estados miembros. Sobre todo, las diligencias de investigación para obtener pruebas al nivel nacional en el derecho administrativo pueden ser bastante más limitadas y los mismo ocurre con los instrumentos para obtener pruebas al extranjero. En relación con la persona jurídica pública, en muchos Estados miembros organismos públicos están –por desgracia– involucrado en la comisión y/o omisión de delitos medio ambientales.

A pesar de estos compromisos políticos la directiva es un gran paso adelante. El legislador nacional tiene por delante un importante trabajo de transposición. Después de la fecha límite (21 de mayo 2026) podremos analizar en qué medida los Estados miembros han cumplido.

La directiva ha también revitalizado el trabajo del Consejo de Europa en la materia. En 2025 fue adoptada una nueva «Convention on the Protection of the Environment through criminal law»²¹. Esta Convención contiene en su artículo 34 el mismo contenido que la directiva en relación con la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, es mucho más modesta en relación con la armonización de las penas, lo que muestra que el contenido de la directiva, aunque formalmente llamado «normas mínimas» va a tener un impacto decisivo en la protección penal del medio ambiente en la lucha contra la impunidad estructural en este sector.

²¹ Protection of the Environment through Criminal Law - European Committee on Crime Problems.

CAPÍTULO III

Derecho Penal. Parte Especial

54. LA PROPOSICIÓN DE 2024 POR LA QUE SE PRETENDE MODIFICAR EL CÓDIGO PENAL PARA PROHIBIR EL PROXENETISMO EN TODAS SUS FORMAS

MIGUEL ABEL SOUTO

Presidente de la Asociación Iberoamericana
de Derecho Penal Económico y de la Empresa
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela

He elegido la proposición para castigar el proxenetismo para mi pequeña contribución a este gran y merecidísimo homenaje al profesor De la Cuesta Arzamendi porque entre sus relevantes publicaciones destaca «Ciudadanía, sistema penal y mujer» y la pretendida reforma niega la ciudadanía a las mujeres trabajadoras sexuales con una vuelta a los franquistas delitos contra la honestidad, confundiendo Derecho y Moral «de una manera especialmente aguda»¹.

Antes de analizar la proposición debe reclamarse en esta materia la elevación del «estatus de aquellos que se dedican libremente al comercio sexual al de trabajadores con derechos y obligaciones»². Ya el 25 de noviembre de 2006 el Grupo de Estudios de Política Criminal calificó de «hipócrita»³ la

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI.: «Ciudadanía, sistema penal y mujer», en García Valdés, C./Cuerda Riezu, A./Martínez Escamilla, M./Alcácer Guirao, R./Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid: Edisofer, 2008, p. 190.

² FERRÉ OLIVÉ, J.C.: «Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas», en Muñoz Conde, F./Lorenzo Salgado, J.m./Ferré Olivé, J.c./Cortés Bechiarelli, E./Núñez Paz, M.a. (dirs.): *Un Derecho Penal comprometido*. LH al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 418.

³ Grupo de Estudios de Política Criminal: «Manifiesto a favor de la regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos», en *Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*, Málaga: Gráficas Luis Mahave, 2010, p. 12.

puesta de trabas a la regulación del trabajo sexual mientras «se fomenta una actividad económica sumergida»⁴ que aumenta la victimización y ralentiza la lucha por los derechos de los que ejercen la prostitución⁵. Se denunció «la proliferación de medidas administrativas orientadas a dificultarla»⁶ y sus contradicciones, como la simultánea clausura de burdeles y el otorgamiento de nuevas licencias para la construcción de otros a veces mayores⁷. La «indefinición»⁸ ha impedido a los trabajadores sexuales darse de alta en la seguridad social como trabajadores por cuenta propia o ajena, aunque la jurisprudencia ha considerado el alterne relación laboral⁹. La «situación de alegaldad e incertidumbre»¹⁰ conduce a «una insoportable indefinición»¹¹: los que se prostituyen no pueden ver reconocido su trabajo ni, se decía, aspirar a la sanidad pública mediante la cotización, ni obtener protección jurídica si no se pagan sus servicios según lo pactado¹². Por ello el Grupo de Estudios de Política Criminal reclamó una imprescindible regulación para responder a la clandestinidad y marginación favorecedora de la explotación y el abuso¹³.

Según el Grupo de Estudios de Política Criminal deben crearse espacios urbanos destinados al libre ejercicio del trabajo sexual en condiciones de seguridad y salubridad, lejos de espacios frecuentados por menores, para el contacto seguro, sitios con iluminación, vigilancia, servicios públicos de aseo y organizaciones que informen sobre prácticas sexuales sin riesgos, con acceso a medios preventivos de enfermedades de transmisión sexual, como máquinas de preservativos, debe garantizarse la sanidad pública y asesorar a los trabajadores sexuales para prevenir la prostitución forzada¹⁴.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. BOZA MORENO, E.: «La prostitución en España», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXXIX, 2019, p. 287.

⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: «Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre», en Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 160.

⁷ *Ibidem*.

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Prohibicionismo suave para abordar el trabajo sexual callejero», en *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, n.º 4, 2020, p. 118.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BOZA MORENO, E., *op. cit.*, p. 221.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 159.

¹² *Ibidem*.

¹³ Grupo de Estudios de Política Criminal: «Propuesta alternativa de regulación administrativa del uso del espacio y el orden público», en *Una nueva política criminal en materia de espacio y orden público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 53.

¹⁴ Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal: «Propuesta alternativa de regulación administrativa...», *cit.*, pp. 57-59.

De ahí la necesidad de un «tránsito efectivo hacia una regulación jurídica y no discriminante del trabajo sexual»¹⁵, de «reconocer derechos laborales a los trabajadores sexuales»¹⁶ para mejorar sus condiciones de vida, proceso legalizador que sería mucho «más operativo»¹⁷ que la situación vigente, la cual cuestiona a los adultos la capacidad de consentir prestaciones sexuales, relegándolos a la menor edad¹⁸.

Lejos de solucionarse el problema del trabajo sexual el grupo parlamentario socialista, al presentar el 19 de marzo de 2024 la *Proposición de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas*¹⁹, pretende dar otra «vuelta de tuerca»²⁰ en la «criminalización del entorno del ejercicio voluntario de la prostitución»²¹.

Efectivamente, tras «la culminación del cambio de orientación en los delitos sexuales»²², el «espejismo»²³ del Código penal de 1995, que borró de la legislación penal democrática, en palabras de Ferré Olivé, «los prejuicios y frustraciones sexuales de un sector minoritario en la sociedad pero amplio entre los legisladores de todo signo político»²⁴, y reflejó el cambio de concepción sobre la sexualidad en una sociedad pluralista y tolerante en la que se ejercita como libre desarrollo de la personalidad y se reconoce la capacidad para decidir²⁵, pues únicamente se castigaba penalmente la compra de servicios sexuales de menores e incapaces, el proxenetismo relacionado con ellos, su utilización en espectáculos exhibicionista o pornográficos²⁶ y su uso para la elaboración de materiales pornográficos junto a la determinación a la prostitución de adultos empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de la

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, p. 415.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXXV, 2015, p. 421, que cita bibliografía a favor del reconocimiento legal en nota 421.

¹⁷ BOZA MORENO, E., *op. cit.*, p. 284.

¹⁸ Cfr. POMARES CINTAS, E.: «¿Necesidad de una «ley seca» en España en el ámbito de las prestaciones sexuales voluntarias de personas adultas?», en *Cuadernos de RES PUBLICA en Derecho y Criminología*, n.º 4, 2024, p. 46.

¹⁹ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B: proposiciones de Ley, 5 de abril de 2024, n.º 89-1, pp. 1-4.

²⁰ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 37, que cita la proposición socialista de 19 de mayo de 2022 y el documento estratégico del PSOE de enero de 2024.

²¹ *Ibidem*.

²² Díez RIPOLLÉS, J.L.: *El Derecho Penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual. Epílogo de 2025*, Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2025, p. 366.

²³ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, p. 406.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, pp. 358 y 359.

²⁶ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op. cit.*, p. 193.

situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima²⁷, esto es las llamadas servidumbres sexuales en las que no existe libertad²⁸, la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre²⁹, castiga con la misma pena conjunta de prisión, de dos a cuatro años, y multa, de doce a veinticuatro meses, del proxenetismo coactivo o determinación a la prostitución de adultos por los medios indicados, al que «se lucre explotando la prostitución de otra persona», incluso con su consentimiento, lo que, aun cuando deja fuera el enriquecimiento con la prostitución propia y el disfrute del cliente³⁰, fue muy criticado por doctrina y jurisprudencia al criminalizar el entorno de la prostitución voluntaria³¹, dado que el castigo del proxenetismo no coactivo equipara conductas consentidas con las que no lo son y prescinde de la voluntad del que se prostituye³², de manera que «se vuelve a introducir la punición del rufianismo y proxenetismo consentidos»³³, se retorna en parte a la legislación franquista y se hace gala de un paternalismo jurídico con pretensión estatal moralizante al sancionar comportamientos sexuales consentidos entre adultos³⁴. Ante la «amplitud del concepto»³⁵ «explotación» se ha interpretado restrictivamente por la jurisprudencia³⁶ y la doctrina para admitir únicamente el castigo del proxenetismo no coercitivo en casos de explotación laboral, aprovechamiento de una situación de subordinación, ejercicio no libre o imposición de condiciones abusivas³⁷, al no existir un bien jurídico digno de protección cuando media el consentimiento entre adultos³⁸, lo que obliga a una interpretación «de la forma más restrictiva, limitada y respetuosa del modelo constitucional vigente y sus principios

²⁷ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «A vueltas con la prostitución callejera...», *cit.*, p. 422; de la misma autora, «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 119.

²⁸ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, pp. 405 y 415.

²⁹ Vid. Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en BOE, n.º 234, 30 de septiembre de 2003, pp. 35398-35404.

³⁰ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», en Cuerda Arnau, M.L. (dir.), *Comentarios al Código penal, tomo I (arts. 1 a 288 bis)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 1270.

³¹ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, pp. 42 y 43.

³² Cfr. GORJÓN BARRANCO, M.C.: «La discriminación de la mujer migrante prostituta», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 45, 2024, pp. 20 y 24.

³³ Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 370.

³⁴ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, pp. 407, 410 y 411.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 1270.

³⁶ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: «El arma penal y la guerra contra la prostitución», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 45, 2024, p. 9.

³⁷ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «A vueltas con la prostitución callejera...», *cit.*, pp. 422 y 423, que cita en nota 18 las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2008 y 22 de abril de 2009; de la misma autora, «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 119.

³⁸ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, p. 411.

garantistas»³⁹. En este sentido la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, lleva a cabo una «restricción»⁴⁰, una reforma «conveniente»⁴¹ al rebajar la pena del proxenetismo no coercitivo frente al coactivo, lo que permite exégesis «más laxas del tipo»⁴², e incorpora una interpretación auténtica del término «explotación» según la que siempre concurrirá en la imposición de «condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas»⁴³ para el ejercicio de la prostitución y cuando «la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica»⁴⁴, «parcial despenalización del rufianismo y proxenetismo consentidos, cuya punición indiscriminada se había introducido en 2003 tras su derogación en 1995»⁴⁵ calificada como «lo más relevante»⁴⁶ de la reforma, aunque se ha criticado la equiparación entre vulnerabilidad y explotación como fruto del feminismo radical, la cual lleva a afirmar que «en tanto vulnerables, la voluntad de las prostitutas no es relevante»⁴⁷, se prescinde de su consentimiento por supuesta vulnerabilidad, especialmente de las mujeres migrantes a las que se les niega la libertad de decidir⁴⁸ con una ««mirada colonial» de las feministas occidentales orientada a perpetuar la presunción de infantilismo y desvalimiento de las mujeres del Tercer Mundo»⁴⁹. Por tanto, debe descartarse la vulnerabilidad institucional que impide el ejercicio efectivo de la igualdad, cuestiona la capacidad de las mujeres adultas para desarrollar sus proyectos vitales y se identifica con una debilidad que conduce al paternalismo y la condescendencia⁵⁰.

Más en concreto, la proposición, presentada el 19 de marzo de 2024, ni siquiera acierta en su título, pues lleva por rótulo «para prohibir el proxenetismo en todas sus formas» —concepto extensísimo que redundantemente se repite a reglón seguido en la primera línea de la exposición de motivos—, pero lo que se pretende no es declarar simplemente su ilicitud sino recurrir a la vía penal, criminalizar «*in totum* el proxenetismo»⁵¹ cuando la represión penal resulta

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 375.

⁴¹ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 43.

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 119.

⁴³ Art. 187.1 letra b), del Código penal.

⁴⁴ Letra a) del art. 187.1 del Texto punitivo.

⁴⁵ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 377.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ GORJÓN BARRANCO, M.C., *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ MAQUEDA ABREU, M.L.: «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico», en Pérez Álvarez, F. (ed.): *Serta in memoriam Louk Hulsman*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, p. 452.

⁵⁰ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, pp. 34, 35 y 47.

⁵¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 120.

«antagónica a la del movimiento social (proactivo)»⁵². Sabido es que la intervención punitiva no resuelve los problemas de desigualdad de oportunidades que subyacen tras la prostitución y crea un peligroso mercado negro para los trabajadores sexuales, endureciendo sus condiciones de vida, como demuestran las experiencias de la represión punitiva de conductas consentidas, irrenunciables para parte de la sociedad, en el campo del alcohol y las drogas⁵³.

Comienza la proposición transformando el actual párrafo primero del artículo 187.1 del Código penal en apartado único, sin cambiar la redacción del proxenetismo coactivo o determinación de mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución con violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad; sin embargo, se aprovecha la proposición para elevar sus penas de prisión, que de dos a cinco años se transforma en de tres a seis, y multa, cuyo límite mínimo de doce meses asciende a dieciocho.

Seguidamente la proposición, admitida a trámite el 2 de abril de 2024, convierte el actual párrafo segundo del artículo 187.1 en el 187.2, castigando con la misma pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que, «con ánimo de lucro, promueva, favorezca o facilite la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma», desafortunada dicción que, amén de utilizar el anafórico «misma» con una función pronominal de la que carece en la lengua castellana, toma prestada la omnímoda fórmula sobre promoción, favorecimiento o facilitación del delito de narcotráfico prevista en el artículo 368 del Texto punitivo, que ahora abarca multitud de conductas antes impunes, porque a juicio de la hiperbólica y redundante exposición de motivos la actual redacción ha llevado a la «total inaplicación de este precepto y, en la práctica, a la impunidad total del proxenetismo»⁵⁴. De manera que desaparece la exigencia de que el sujeto activo del delito, «se lucre explotando la prostitución» y la interpretación auténtica de la explotación como «situación de vulnerabilidad personal o económica» de la víctima e imposición de «condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas»⁵⁵.

La primera objeción insalvable que presentan estos nuevos delitos es su ubicación sistemática: se sitúan entre los ataques contra la libertad sexual de los mayores de edad, pero ninguna de las conductas lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido, porque los que ejercen voluntariamente la prostitu-

⁵² GORJÓN BARRANCO, M.C., *op. cit.*, p. 6.

⁵³ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *op. cit.*, pp. 11 y 13.

⁵⁴ Exposición de motivos, párrafo segundo.

⁵⁵ Art. 187.1, párrafo segundo, circunstancias a) y b), del Código penal vigente.

ción no vulneran su libertad sexual⁵⁶, serían «delitos sin víctimas»⁵⁷, pues en la mayoría de edad «la facultad de autodeterminarse sexualmente debe ser plena»⁵⁸, pero estos tipos negarían la capacidad de disponer del propio cuerpo⁵⁹, privan de entendimiento y voluntad a los «adultos, mayoritariamente mujeres, para afrontar de forma autónoma las decisiones sexuales que les afectan»⁶⁰, porque «nunca están en condiciones de dar un consentimiento libre a los servicios de rufianes o proxenetas»⁶¹, asumiendo como incontrovertibles «apriorismos ideológicos acerca de cuándo se comportan libremente las mujeres»⁶², de manera que la pretendida reforma parece inspirarse en el más rancio machismo, que denunció el homenajeador profesor De la Cuesta Arzamendi, al negar la libertad de las mujeres con el pretexto de «velar por la dignidad de las madres, esposas e hijas»⁶³. El prelegislador muestra frente a los trabajadores sexuales «actitudes paternalistas o condescendientes de «rescate»»⁶⁴ y «vacía de contenido»⁶⁵ la tipicidad penal y la categoría del bien jurídico. Se anula la libertad sexual individual por «desconfianza»⁶⁶ a que el adulto «tenga capacidad para adoptar las decisiones sexuales correctas»⁶⁷. Ya no se requiere explotar la prostitución⁶⁸, exigencia que restringía el alcance típico, con lo que su desaparición vulnera la taxatividad penal⁶⁹, ni es necesario un lucro efectivo, sino un mero ánimo de lucro, de manera que cualquier favorecimiento, un simple acto preparatorio, resulta típico si media un elemento subjetivo del injusto difícil de probar⁷⁰. De modo que se pretende «criminalizar la esfera del ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta ajena»⁷¹ mediante una «metamorfosis del concepto de proxenetismo no coactivo»⁷², antes limitado al lucro explotando la vulnerabilidad o imponiendo condiciones en el ejercicio de la prostitución gravosas, desproporcionadas o abusivas y que ahora adolece de una indeterminación absoluta.

⁵⁶ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 38.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ FERRÉ OLIVÉ, J.C., *op. cit.*, p. 403.

⁵⁹ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁰ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 370.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 396.

⁶³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op. cit.*, p. 191.

⁶⁴ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 389.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 120.

⁶⁹ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, pp. 44 y 45.

⁷⁰ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *op. cit.*, p. 14.

⁷¹ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 37.

⁷² *Ibidem*.

Después la proposición, publicada el 5 de abril de 2024, incorpora un nuevo tipo agravado de proxenetismo, que se castiga con la pena en su mitad superior, cuando la prostitución se ejerza con la violencia, intimidación, engaño o abuso descritos en el artículo 187.1 del Código penal⁷³.

A continuación se transforma el artículo 187.2 del Texto punitivo vigente en el 187.3 de la propuesta, manteniendo los mismos tipos agravados, aunque sobre tipos básicos distintos, uno castigado con mayor prisión y multa, otro que sanciona con la misma pena nuevas indeterminadas conductas y un tercero que resulta hiperagravado, en la mitad superior de la mitad superior, y que se acaba de incorporar en el párrafo segundo del 187.2. A los actuales tipos agravados se añade otro hiperagravado, inspirándose una vez más en los delitos relativos al tráfico de drogas⁷⁴, concretamente en el párrafo segundo del artículo 369 bis, que dispone la pena superior en grado para los «jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones»⁷⁵, incurriendo en una evidente discordancia, pues antes no se refirió a las asociaciones sino a «grupo criminal»⁷⁶, también se agrega una especificación de la agravante por puesta en peligro de la vida o salud de la víctima, «incluida la salud sexual o reproductiva»⁷⁷, conceptos ya antes abarcados, aunque se ha echado en falta una referencia a la salud psíquica para contrarrestar la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo, consolidada desde la sentencia de 8 de abril de 2024⁷⁸ y, finalmente, se incorpora otra nueva agravante que se aplica «cuando la víctima se encuentre en estado de gestación»⁷⁹.

Concluye el artículo 187 del Código penal en el mismo apartado tercero hoy vigente, que se transforma en cuarto, el cual contiene una regla de concurso, que se remonta a la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril⁸⁰, según la que «al castigo de la prostitución de adultos se une, en concurso real, el de las conductas de agresión o abuso sexual»⁸¹, nuevo artículo 187.4 en el que se pretende corregir el olvido de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que habiendo eliminado nominalmente los abusos sexuales omitió suprimir su mención

⁷³ Cfr. art. 187.2, párrafo segundo, de la proposición.

⁷⁴ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *op. cit.*, p. 14.

⁷⁵ Inciso final de la letra b) del art. 187.3.

⁷⁶ Art. 187.3, letra b), inciso inicial.

⁷⁷ Inciso final de la letra c) del art. 187.3.

⁷⁸ Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Letra d) del art. 187.3.

⁸⁰ Vid. Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código penal, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en BOE, n.º 104, de 1 de mayo de 1999, pp. 16099-16102.

⁸¹ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 369 y nota 19.

en este precepto⁸², aunque el desmemoriado prelegislador de 2024 ni siquiera es capaz de corregir esto coherentemente, pues en «agresiones o abusos sexuales cometidos» borra «o abusos» pero no advierte que debería haber escrito en femenino «cometidos», creando una discordancia de género.

De otro lado, la proposición de 2024 pretende incorporar la «tercería locativa como modalidad específica de proxenetismo»⁸³, «modalidad agravada... en consonancia con el mayor desvalor de la conducta»⁸⁴ en palabras de la exposición de motivos que no se entienden, pues si tamaña es la gravedad no se comprende que el incremento de la pena únicamente se produzca en el límite mínimo de la multa, que se eleva de doce a dieciocho meses y menos se alcanza a comprender la construcción de un tipo agravado desde la impunidad, ya que hasta ahora estas conductas no se castigaban, con lo que el prelegislador da un salto en el vacío desde la nada al todo. Se incrimina, «sin exigir tampoco una situación de explotación»⁸⁵, al que con ánimo de lucro y habitualmente destine cualquier espacio «a promover, favorecer o facilitar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento»⁸⁶ y se incrementa la pena en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza con la violencia, intimidación, engaño o abuso del artículo 187.1⁸⁷. Se trata de «una versión muy amplia de la tercería locativa»⁸⁸ que recupera lo peor de nuestro pasado, la tercería locativa franquista recogida en el artículo 452 bis d) del antiguo Código penal⁸⁹, e impide a los trabajadores sexuales, expulsados por la *Ley mordaza* de las calles, ejercer autónomamente en pisos y hasta cobijarse en ellos.

Además, la exposición de motivos afirma que «las personas que recurren a las mujeres en situación de prostitución participan directamente del entramado que sostiene esta grave vulneración de los derechos humanos»⁹⁰, con lo que el prelegislador muestra su desconocimiento de la participación penal, habla de un entramado que presupone un componente de organización que no se requiere y de nuevo hiperbólicamente tacha cualquier prostitución de «grave vulneración de los derechos humanos», aseveración que ni siquiera convence a su redactor, pues si tal es su gravedad no se entiende que se castigue con una simple multa al cliente, que para la exposición de motivos representa «la con-

⁸² Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, pp. 1269 y 1270.

⁸³ Exposición de motivos, párrafo cuarto.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 37.

⁸⁶ Art. 187 bis, párrafo primero.

⁸⁷ Cfr. párrafo segundo del art. 187 bis.

⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 120.

⁸⁹ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 38.

⁹⁰ Exposición de motivos, párrafo quinto.

dición de posibilidad para que se produzca la prostitución»⁹¹. Se interviene penalmente en el mercado de las prestaciones sexuales, de forma parecida a lo que ocurre en el tráfico de drogas, castigando cualquier implicación en él⁹², pues en realidad se criminaliza cualquier condición que favorezca la prostitución como oportunidad migratoria⁹³ para inhibir la atracción de determinados perfiles de inmigrantes⁹⁴, un plan, que se remonta al Convenio sobre trata y prostitución de 1949 y continúa con las resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 y 14 de septiembre de 2023, el cual pretende acabar con la consideración como trabajo de la prostitución⁹⁵.

Concretamente se castiga con multa de doce a veinticuatro meses «convenir la práctica de actos de naturaleza sexual a cambio de dinero u otro tipo de prestación de contenido económico»⁹⁶, con lo que se requiere un acuerdo o pacto pero no la práctica de un acto sexual, se trata de un mero acto preparatorio, una conspiración tipificada autónomamente, que según el artículo 17.1 del Texto punitivo precisa concierto de voluntades para la ejecución y resolución ejecutiva. No existiendo ningún bien jurídico que proteger se anticipa la tutela penal ante la nada lo cual adolece de una manifiesta inconstitucionalidad. Se asume en el ámbito penal el modelo sueco «neoabolicionista»⁹⁷, sancionando «la compra de servicios sexuales»⁹⁸ con una «ley seca»⁹⁹, que ataca al cliente, a la demanda¹⁰⁰. Así «el estigma penal vuelve a irrumpir en el ejercicio voluntario de la prestación o trabajo sexual también por cuenta propia»¹⁰¹, pues se castiga al cliente «*sin requerir una víctima*, es decir, una persona sometida a condiciones abusivas o bien a servicios sexuales forzosos»¹⁰². Se multa al que conviene un acto sexual por precio «con independencia de las condiciones en que se preste la prostitución»¹⁰³ y sin necesidad, ni tan siquiera, de que se practique el acto sexual.

Luego el prelegislador hace ostentación de una bochornosa desidia, puesto que dispone cuando el que «presta el acto de naturaleza sexual fuere menor

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P.M. DE LA, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁹³ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, pp. 38, 40 y 41.

⁹⁶ Art. 187 ter, párrafo primero.

⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 120.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, pp. 37 y 43.

¹⁰⁰ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Prohibicionismo suave...», *cit.*, pp. 115 y 117.

¹⁰¹ Cfr. POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 37.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Prohibicionismo suave...», *cit.*, p. 20.

de edad o persona en situación de vulnerabilidad»¹⁰⁴, en evidente discordancia con el apartado anterior que no requiere ninguna práctica, «la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de veinticuatro a cuarenta y ocho meses», sanción que pone de manifiesto el desconocimiento de los redactores tanto de la parte general del Texto punitivo como de la especial y hasta de la lengua castellana, pues la extensión máxima de la multa en el Código alcanza los dos años¹⁰⁵, que únicamente se pueden superar con la elevación de la pena en grado, sin que sea posible sobrepasar los treinta meses¹⁰⁶, tales hechos ya se castigan en el artículo 188.4 con mayor pena y la «prisión de 1 a 3 años y multa de veinticuatro a cuarenta y ocho meses», ignora las recomendaciones de la Real Academia de la Lengua Española, porque no se debe «mezclar en un mismo enunciado números escritos con cifras y números escritos con palabras»¹⁰⁷, ni conviene escribir en cifras del cero al veintinueve, esto es, «los números de una sola palabra»¹⁰⁸.

Poco importan las pietistas liberación de la multa de las personas en situación de prostitución¹⁰⁹ o su reconocimiento como víctimas¹¹⁰ por la proposición, ya que la *Ley mordaza*¹¹¹ les multa hasta con 30.000 euros por desobediencia y les impide trabajar en la calle a lo que se suma una proposición que imposibilita darles cobijo para ejercer bajo techo y no protege su libertad sexual, actúa en contra de su voluntad y no les da la oportunidad de decidir¹¹². Desgraciadamente, lo cierto es que toda esta «represión penal de las condiciones que favorecen o facilitan el ejercicio de la prostitución»¹¹³ esconde la política criminal de un país que instrumentaliza el abolicionismo para controlar la frontera sur de Europa y neutralizar el efecto llamada de «desplazamientos migratorios molestos de mujeres que encuentran en la prostitución la oportunidad para salir de su país»¹¹⁴, con lo que esta proposición empeora, por tomar prestadas las palabras que en su día escribió el homenajead, «la situación de

¹⁰⁴ Art. 187 ter, párrafo segundo.

¹⁰⁵ Vid. art. 50.3.

¹⁰⁶ Vid. art. 70.3.9.

¹⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Libro de estilo de la Justicia*, Barcelona: Real Academia Española/Espasa/Consejo General del Poder Judicial, 2017, p. 188.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Cfr. art. 187 ter, párrafo tercero.

¹¹⁰ Vid. disposición adicional única.

¹¹¹ Vid. ABEL SOUTO, M., «La seguridad urbana, la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la proposición de su reforma, de octubre de 2024: intervención penal y sanciones administrativas en materia de espacio público y derechos de reunión y manifestación, trabajo sexual y top manta», en *Revista Penal*, n.º 56, julio de 2025, pp. 6-37.

¹¹² Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 361.

¹¹³ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁴ *Ibidem*.

las mujeres extranjeras por su doblemente deficiente ciudadanía»¹¹⁵. Frente a esta política criminal involutiva es necesario reconocer el Derecho al trabajo de los prestadores de servicios sexuales y la capacidad de los adultos para elegir libremente las relaciones sexuales deseadas, que pueden «tener un fin instrumental»¹¹⁶ distinto al placer o disfrute, cuya corrección ético-social «no debería desempeñar papel alguno en la tutela penal»¹¹⁷.

¹¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op.cit.*, p. 211.

¹¹⁶ Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, pp. 391 y 392.

¹¹⁷ *Ibidem*.

55. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA VICARIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2025

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

I. PRELIMINARES

La violencia que sufren las mujeres a manos de sus maridos o compañeros sentimentales es reconocida desde hace años como un problema criminal específico¹. Se trata de una modalidad de violencia caracterizada por su tendencia a repetirse en el tiempo y a ir ampliando la afflictividad de los sucesivos episodios llegando a causar la muerte de la víctima en aquellos procesos criminales que, por no haber trascendido la violencia sufrida de la propia relación de pareja, no sean conocidos por parte de la Administración de justicia, lo que impide si quiera haber podido intentar adoptar medidas eficaces para contenerla². En este sentido hay que señalar que la identificación y sanción de unos hechos relacionados con esta violencia permite romper los nichos de victimización si bien, como se verá posteriormente, no siempre es así, dando lugar en los casos en los que la víctima quede con vida a episodios de esa misma violencia *diferidos* en el tiempo.

¹ Fundamentalmente, tras la aprobación de la *LO 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género* (en adelante: LO 1/2004) que incorporó mecanismos tendentes a su prevención y erradicación.

² Junto a estos episodios de violencia doméstica habitual, hay muchos otros en los que el agresor mata directamente a su víctima. Ampliamente: ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

La observación del fenómeno ha venido a resaltar un aspecto más que caracteriza estas relaciones³: y es que cuando la mujer tiene hijos –sobre todo, de corta edad– y está reciente la adopción del convenio de separación o divorcio⁴, el autor en no pocas ocasiones amplía en su dirección el radio de acción de su violencia con la finalidad principal de aumentar el sufrimiento de ella. La constatación de este dato está en el origen del fenómeno criminológico de la *violencia vicaria de género* que sufren las mujeres por el hecho de serlo, y plantea graves dificultades jurídico-penales para separarlo de otros episodios de violencia.

Lógicamente la utilización de los hijos e hijas como armas arrojadas no es patrimonio exclusivo de los hombres: nada más lejos de la realidad. También hay mujeres que repiten estos comportamientos: basta con analizar los hechos probados de la STS 321/2024 de 17 abril, en la que se castiga a una mujer por el asesinato de su hija con la circunstancia agravante de parentesco a la pena de prisión permanente revisable, descartando que sufriera ninguna anomalía que anulara o simplemente limitara su imputabilidad⁵. Sin embargo, es posible mantener que se trata de fenómenos criminológicos distintos. Así, cuando es el padre el que mata a su hijo/a con la finalidad punitiva de infligirle el mayor daño posible a la madre lo hace como respuesta a una decisión tomada por la mujer que él no comparte, como es el inicio por su parte de los trámites para la separación, el divorcio, la presentación de una denuncia o el comienzo de una nueva vida en pareja a través de la cual manifiesta su libertad de autodeterminación. Se trata por ello de una violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres con la que su autor vuelve a recuperar el control sobre la vida de la mujer (aunque sea lo último que haga en aquellos casos frecuentes en los que posteriormente, se suicide). Por el contrario, en el caso de mujeres que matan a sus hijos para hacerle daño al padre de los mismos, se

³ Hasta el momento, la doctrina le ha dedicado escasa atención a esta modalidad de violencia. Vid. PERAL LÓPEZ, M.C., *Madres maltratadas. Violencia vicaria sobre hijos e hijas*, e-book, Unión de Editoriales Universitarias Españolas, Málaga, 2018; ACALE SÁNCHEZ, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», en Fernández Teruelo, J. García Amed, J. Fernández-Rivera González, P. (dirs.), *Nuevas formas de prevención y respuestas jurídico social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 125 y ss.

⁴ Vid. por todos RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Gritos de un mundo desconocido: una aproximación a la muerte violenta de menores a través de la jurisprudencia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19/2018, pp. 289 y ss. La incidencia de decisión de separarse por parte de la mujer en los casos de feminicidios en España es objeto de estudio por FERNÁNDEZ TERUELO, J., «La necesaria intervención en los procesos de ruptura de la relación de pareja en contextos de dominio, como instrumento de prevención de feminicidios», en Fernández Teruelo y Fonseca Fortes-Furtado (dirs.), *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 237 y ss.

⁵ Vid. también la STS 413/2025, de 7 de mayo.

asiste ante episodios individuales de violencia que no pueden ser explicados a la luz de ningún patrón global de comportamiento⁶ y que a la vista de los casos que han llegado ante los tribunales se plantea más que patrón común de comportamiento, la incidencia en el comportamiento de la autora de factores individuales como la alteración psíquica y en especial el trastorno mental transitorio⁷. Pues bien, a la violencia vicaria de género se prestará atención en estas páginas.

Victimológicamente pues, los hijos e hijas se convierten en un mero eslabón intermedio de una violencia que tiene como finalidad causar a otra persona un daño. Y esto es lo que distingue la violencia vicaria de otras modalidades de violencia.

Ya a los efectos estadísticos, el asesinato de «hijos e hijas menores de edad víctimas mortales por violencia en pareja o ex pareja contra sus madres» ha sido calificado por el Ministerio de Igualdad como *feminicidio vicario* a través de la *Nota* publicada el 20 de diciembre de 2022, cuyo objetivo ha sido la creación del Observatorio sobre feminicidios en España⁸, en la que se define el feminicidio como el «asesinato de una mujer o hijos o hijas menores de edad, por parte de un hombre como instrumento para causar perjuicio o daño a otra mujer», llegando a distinguir entre «feminicidio vicario en la pareja o expareja» y «feminicidio vicario fuera de la pareja o expareja». Se trata de un documento que no tiene otra finalidad que la de determinar las muertes violentas que van a engrosar las cifras oficiales en España sobre violencia de género, pero al significar como muertes feminicidas las muertes de los hijos de una mujer causadas para hacerle daño a ella por parte de su pareja o expareja, ha contribuido a visibilizar este fenómeno criminal que hasta este momento ha pasado oculto tras la propia gravedad de los resultados producidos sobre los menores. Más allá de la identificación del feminicidio vicario como una modalidad de feminicidio estadísticamente, la *Nota* ha servido para poner de relieve una gran confusión entre *violencia feminicida vicaria* y *violencia doméstica*. Y sirve para constatar la imposibilidad para distinguir dentro de la cifra los 65

⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 19 y ss.

⁷ Queda pendiente pues el estudio de esta otra modalidad de violencia vicaria que también requiere ser abordada desde una perspectiva de género que tenga particularmente en consideración el especial reproche social que suscita el comportamiento de una mujer que es capaz de causar la muerte de un ser humano que ha traído ella misma al mundo. Vid. PÉREZ GÓMEZ, L., «Del mito de Medea al ‘Síndrome de Medea’», en *Florentia Iliberritana: Revista de estudios de Antigüedad Clásica*, 29/2018, pp. 211 y ss.

⁸ En cumplimiento de las indicaciones del Convenio de Estambul y del Primer Informe realizado por el GREVIO. Datos extraídos de las estadísticas del Ministerio de Igualdad <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaencifras/victimasmortales/>.

menores asesinados que aparecen recogidos en las cifras oficiales, cuales de ellos han sido víctimas mortales *junto con sus madres* frente a los que lo han sido *en lugar de ellas* para causarles el mayor daño posible.

Las dudas suscitadas en torno a la modalidad de la violencia de género examinada hacen necesario ajustar su hechura: es vicaria aquella violencia sufrida por la mujer a través del daño infligido a su hijo o hija y para ello es esencial que la mujer quede con vida para que sufra con su muerte. En otras palabras, si la mujer muere junto a su hijo, habrá violencia de género-doméstica, pero no será vicaria que es aquella que pretende sostener en el tiempo el daño o sufrimiento. No lo ha entendido así la STS 3/2026, de 14 de enero que ha considerado que existe un supuesto de violencia vicaria⁹ en el caso de un marido que mata a su esposa y a su hija afirmando que «en el relato de hechos probados se evidencia la comisión de un crimen contra su expareja como hecho de crimen de género y a su propia hija en un contexto de *violencia de género reduplicada en combinación con violencia de género vicarial*, [cursivas en el original] por cuanto el temor de la mujer a que pudiera hacer daño a la hija se comprobó en la forma en la que ejecutó ambos crímenes y sus sentimientos de repulsa hacia la menor que quedaron comprobados en el cruel crimen perpetrado contra quien era su propia hija de 11 meses de edad en la forma en la que la mató a ella y a su madre, a su vez expareja del recurrente. Las mató por razones de género y odio evidente a su propia hija ante una violencia *de género y vicaria mixta reduplicada*, lo que evidencia la maldad humana en la ejecución de estos hechos». La construcción que lleva a cabo el Tribunal Supremo puede ser discutida desde el momento en el que se presume el sufrimiento de la madre fallecida que todo lo más se deduce a partir del amor general que profesa una madre hacia sus hijos. Por otra parte, aunque sin duda alguna estos hechos reflejan la *maldad* de quien los ha cometido, no parece que la violencia vicaria pueda sostenerse en ella: más bien es necesario identificar cual sea el bien jurídico menoscabado cuando se está ante estos supuestos. Todo apunta al hecho de que las reflexiones tan amplias que se llevan a cabo en esta sentencia son consecuencia de la falta de una tipificación penal alguna (como delito o como circunstancia de agravación) de la violencia vicaria¹⁰.

A atajarla esta nueva forma de violencia va destinado parte del contenido del *Anteproyecto de Ley Orgánica de 30 de septiembre de medidas en materia de violencia vicaria*: la tramitación parlamentaria del mismo es un momento

⁹ A ningún efecto penal, todo hay que decirlo, pero sí como categoría analítica que permite conocer mejor los hechos dados por probados.

¹⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», cit., pp. 125 y ss.

oportuno para someter a examen la realidad de su existencia, así como para entrar a analizar los resortes penales que existen hoy en día para hacerle frente. En cualquier caso, el hecho de que desde la aprobación de la LO 3/2023, de 25 de mayo se considere circunstancia agravante en los delitos de maltrato animal en el art. 340 bis 2 g) el hecho de que el autor lo lleve a cabo «para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido su cónyuge o a persona que esté haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia»¹¹, debería abrir las puertas a un debate sopesado sobre la eventualidad de agravar la responsabilidad criminal por alguna vía al sujeto que cause la muerte de un menor para causar un daño a su madre con esa misma finalidad.

II. EL CASO BRETÓN

La sincronización de los dos procesos victimales que se ensalzan por la finalidad del autor en el ámbito de la violencia vicaria queda clara en la STS 587/2014, de 18 de julio: cuando en septiembre de 2011 Ruth Ortiz comunicó a su marido que quería el divorcio, «el acusado concibió la idea de dar muerte a sus hijos, como venganza contra su esposa, dada su negativa a aceptar pacíficamente la ruptura matrimonial, su personalidad refractaria a la frustración y su carácter rencoroso»¹². Tras ese momento, lo preparó todo para aprovechar uno de los fines de semana que le correspondía la custodia para hacerles ingerir una cantidad de ansiolíticos y antidepresivos que le habían prescrito a él previamente, causarles la muerte y hacer desaparecer sus cadáveres tras un proceso de incineración rudimentaria que consiguió desviar en un principio la atención de la investigación policial. La Sentencia constata que el acusado, prevaliéndose «de su condición de padre y de su mayor fortaleza física, confianza de los niños y autoridad sobre ellos, acabó con la vida de sus hijos Ruth y José». También se considera en el apartado de la fundamentación jurídica que el autor actuó así «ante la decisión de su esposa de separarse», por lo que

¹¹ Vid. la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Las Palmas de Gran Canaria de 22/09/2025 que ha condenado al hombre que mató a la mascota que compartía con su excompañera sentimental –al tiempo que amenazaba con suicidarse– como autor de un delito de maltrato psicológico del art. 153 en concurso con un delito de maltrato animal del art. 340 bis) apartado 3 en relación con el apartado 2 letra g). vid. FUENTES-LOUREIRO, M., «El maltrato animal como instrumento violento en contextos de violencia de género y doméstica. Un estudio a raíz de la introducción de la circunstancia agravante de la letra G) del art. 340 bis, apartado segundo CP», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2/2023 (<https://doi.org/10.17345/rcda3702>).

¹² Vid. PERAL LÓPEZ, M.C., *Madres maltratadas Violencia vicaria sobre hijos e hijas*, cit., p. 21.

«decidió vengarse»; en otro pasaje se añade que el acusado «aceptó de muy mal grado la decisión de su esposa de separarse y que advirtió a propios y extraños que ello iba a tener consecuencias muy graves, temiéndose alguno de sus interlocutores –amigos, familiares, el psiquiatra al que acudió– que pudiera utilizar a los niños como sujetos pasivos de su reacción vengativa contra su esposa». El autor fue condenado a una pena de 40 años de prisión por dos delitos de asesinato y a una multa de 9 meses (a razón de 10 euros diarios) por un delito de simulación de delito. Por los delitos de asesinato también se le impuso la prohibición de acercamiento a la madre y abuelos maternos en un radio de un kilómetro y de comunicación por cualquier medio durante 21 años por cada delito de asesinato; en el ámbito de la responsabilidad civil, se le condenó al pago a su exesposa de 500.000 euros. El fallo de esta sentencia nos permite constatar que el daño sufrido por la madre –esto es, el verdadero objetivo perseguido por el autor– ha sido tenido en consideración a los efectos exclusivos del cálculo de la responsabilidad civil¹³, como si fueran meras *secuelas* (STS 658/2019, de 8 enero).

Cumpliendo el condenado la pena de prisión impuesta, este caso –como se analizará posteriormente– ha tenido un segundo momento de actualidad, cuando el periodista Luisgé Martín anunció la aparición de su libro *El odio* en la editorial Anagrama en el que Bretón se explayaba sobre el asesinato de sus hijos. La mera aparición en los medios de comunicación de estas noticias causó un tremendo daño a la madre de los niños. El periplo acabó con la decisión de la editorial de retirar voluntariamente la publicación para evitar causar más daño a la madre¹⁴. Muchas librerías habían hecho antes presión negándose a vender el libro. Judicialmente sin embargo si bien la Fiscalía solicitó como medida cautelar la suspensión de la publicación, el Juzgado de primera instancia núm. 29 de Barcelona desestimó las medidas cautelares solicitadas por la Sección de Menores de la Fiscalía para paralizar la publicación del libro y autorizó a Anagrama la difusión. El discutible argumento del juzgado fue que «no se puede analizar en qué medida el libro socava la intimidad y la propia imagen de los menores al desconocerse su contenido»¹⁵.

¹³ La pena de alejamiento impuesta respecto de la madre y de los abuelos maternos es una consecuencia directa de la aplicación del art. 57 en relación con el hecho principal de los dos asesinatos.

¹⁴ El comunicado de la editorial puede leerse en <https://www.anagrama-ed.es/noticias/general/comunicado-sobre-el-odio-de-luisge-martin-a-16-de-abril-1106>.

¹⁵ La noticia está en todos los medios de comunicación del momento. *Vid.* –por ejemplo– *El País*, de 16 de abril. Sobre la progresiva visibilización legal de la violencia vicaria: ACALE SÁNCHEZ, M., «Acercamiento a la violencia vicaria», cit., pp. 125 y ss.

III. SECUENCIALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA VICARIA DE GÉNERO

Como se decía, actualmente el Código penal no cuenta con un tipo penal específico en el que haga frente a la violencia vicaria¹⁶, si bien ello no impide el análisis de otras figuras delictivas en las que poder subsumir una violencia caracterizada criminológicamente por la identificación de dos secuencias victimales. Para ello hay que partir del hecho de que tras sucesivas reformas, hoy el art. 1.4 LO 1/2004 contempla la violencia vicaria, entendiéndola como una modalidad específica de violencia de género en la que el autor concatena los dos procesos victimales que lo conforman —el que sufre la víctima inmediata e indirecta (el menor) y el que sufre mediata y directamente su madre— a partir del particular elemento subjetivo que dirige sus actos: el ánimo de causar un daño a la mujer. Esta secuencialización de la violencia vicaria pone de manifiesto cómo la relevancia penal de estos hechos es inversamente proporcional a la importancia que el autor le concede a cada uno de ellos.

Los resultados causados por el comportamiento del autor en relación con la primera secuencia criminal tienen una nítida respuesta por parte del Código Penal que, por lo demás, en el ámbito de los delitos de lesiones, el art. 148 se agrava la pena «si la víctima fuere menor de 12 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección» o si la víctima fuera «una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»; mientras que la LO 1/2015 incorporó al art. 140 una modalidad específica de asesinato castigada con la pena de prisión permanente revisable que tiene lugar cuando la «víctima sea menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»¹⁷.

Debe tenerse en consideración que en relación con los delitos contra la vida o la salud de los menores efectivamente cometidos, no sería posible aplicar la circunstancia agravante de discriminación cuando, por ejemplo, el autor causara la muerte de su hijo o hija por causar daño a la madre del mismo por razones de género puesto que tal como señala el art. 22.4 es necesario que se cometa el delito en atención al sexo, orientación sexual, razones de género de la «víctima», esto es, del hijo o hija, no de la madre a la que se quiere causar un daño¹⁸. Y a pesar de que penalmente puedan ser tenidos en cuenta conjun-

¹⁶ Más allá de la conducta castigada en el art. 340 bis e).

¹⁷ En la medida en que existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en considerar en términos generales alevosa y, por tanto, constitutiva de asesinato, la causación de la muerte de menores y personas indefensas. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 38. Vid. la STS 1046/2019, de 5 de mayo de 2020.

¹⁸ Vid. STS 1002/2025, de 10 de diciembre.

tamente, desde el punto de vista de la construcción de la categoría victimológica de la violencia vicaria, no puede desconocerse el hecho de que el autor causa un daño doble con un único acto¹⁹.

La gravedad de los daños ocasionados en la primera secuencia criminal no puede hacer olvidar que el autor los ha llevado a cabo con una finalidad directa de infligir el mayor daño posible a la mujer que es o ha sido su compañera sentimental: de ahí las dudas que surgen en torno a l tratamiento de la segunda secuencia de la violencia vicaria.

Al *espíritu* de la violencia vicaria descrita, responde el delito de sustracción de menores del art. 255 bis, castigado dentro del Capítulo III («de los delitos contra los derechos y deberes familiares»), del Título XII, en el que se recogen los delitos contra las relaciones familiares, bien jurídico de titularidad compartida que excede a la libertad individual del propio menor «objeto material» del delito. En efecto, la propia ubicación sistemática del precepto está poniendo de relieve que cuando un progenitor en el marco de un proceso de separación y divorcio sustrae a su hijo o hija menor de su otro progenitor con quien convive o tiene su patria potestad o su tutela –incluso en los casos que sea compartida– «sin causa justificada» lo hace para causarle un gran daño, una sensación de miedo y de angustia por perder el control sobre su hijo o hija. Sin embargo, el daño al bien jurídico se produce de forma directa, no vicaria a través del menor: de ahí que pueda decirse que se trata de una conducta que obedece criminológicamente al patrón de la violencia vicaria pero penalmente, al estar castigada como un delito contra las relaciones familiares, obliga a considerar víctima directa –no vicaria– al progenitor que se ve privado de la compañía y del control sobre su hijo o hija: ello es tanto como afirmar que en los casos de violencia vicaria hay dos delitos y en la sustracción de menores hay uno solo.

También la identificación de la violencia vicaria como un fenómeno victimológico específico requiere su distinción del delito de violencia doméstica habitual (art. 173.2) a partir del dato de que en este último las distintas víctimas de violencia la sufren directamente mientras que en el caso de la violencia vicaria, la madre víctima sufre el atentado a su integridad moral vicariamente, es decir, a través de los actos de violencia a los que son sometidos sus hijos e hijas con la singular finalidad de causarle un daño a ella. en este sentido, los hechos probados en la STS 3/2026, de 14 de enero guardan más relación con el delito de violencia doméstica habitual con la violencia vicaria.

¹⁹ Causándole un «daño extremo» «del que la mujer no se recuperará jamás», en opinión de PERAL LÓPEZ, M.C., *Madres maltratadas. Violencia vicaria sobre hijos e hijas*, cit., p. 2.

Despejados los problemas de interpretación de estas figuras delictivas, el delito de trato degradante del art. 173.1 puede ser un título de imputación apropiado en los procesos de violencia vicaria por los daños ocasionados a la madre²⁰. Basta pensar que esto es precisamente lo que hace el autor: infligir a la mujer un trato que le cause daño a través de la violencia que lleva a cabo sobre sus hijos indefensos menoscabando gravemente su integridad moral. Junto al delito de trato degradante, si el autor ha conseguido *causando* la muerte de su hijo, *causar* a la mujer una lesión psíquica del art. 147, como recuerda la STS de 27/2/2018 teniendo en cuenta su consideración de delito de medios indeterminados. Todo ello con independencia de que ambos delitos –lesiones psíquicas y trato degradante– pueden castigarse conjuntamente si como afirma la STS 86/2020, de 3 marzo «ha existido una lesión adicional de la integridad moral de la víctima que justifica una sanción específica por el delito contemplado en el artículo 173.1CP».

IV. LA SEGUNDA PARTE DEL CASO BRETÓN Y EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS EN MATERIA DE VIOLENCIA VICARIA, DE 30 SEPTIEMBRE DE 2025

1. Acercamiento

Como se decía, el pasado 30 de septiembre ha visto la luz el *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria*. Es un texto que se hace eco de las previsiones del Pacto de Estado así como del Informe del Defensor del Pueblo de noviembre de 2024 en el que refleja la escasa visibilización, el insuficiente reconocimiento institucional, así como la falta de herramientas específicas para la identificación precoz de la violencia vicaria. En su interior se aborda la reforma de normas que giran en torno al mejor interés del menor, que van desde el Código Civil, pasando por el Estatuto de la Víctima y –entre otros– el propio Código penal.

Por muchas referencias que se hagan a los déficits de intervención que en esta materia presentaba –y presenta– el ordenamiento jurídico español, no

²⁰ Sería un supuesto que no es equiparable al de las torturas oblicuas castigadas en el art. 174 a través de la modalidad de infligir un trato que le suponga a la víctima un sufrimiento físico o mental, en la medida en que la presencia del tercero en el momento en el que se infringen los actos de tortura a otro hace que ambos estén siendo torturados, por lo que la «vicariedad» brilla por su ausencia. *Vid.* RODRÍGUEZ MESA, M.J., «Torturas», en Acale Sánchez, M. (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Volumen I, Iustel, Madrid, 2023, pp. 179 y ss.

cabe duda de que se trata de un texto que se somete a su tramitación parlamentaria en este preciso momento tras destaparse la polémica en torno a la publicación del libro *El Odio*, de Luisgé Martín, que es lo que verdaderamente justifica el concreto contenido que se la ha dado.

2. El delito

En su Preámbulo se afirma que la reforma del Código penal persigue el objetivo de tipificar «específicamente» la violencia vicaria como un delito contra la integridad moral con la finalidad de poder visibilizar y sancionar «de forma autónoma una conducta con entidad propia» cuya finalidad no es otra que la de «infligir sufrimiento a la víctima mediante el daño directo a otras personas con las que guarda algún tipo de vínculo efectivo». De esta forma, se afirma que «se colma una laguna legal» y se dota al ordenamiento de una «herramienta más clara y eficaz» para castigar estas conductas. Lo cierto es que «se colma una laguna legal» y se dota de una «herramienta más clara y eficaz» son afirmaciones contradictorias: más bien hoy no existe una laguna legal para hacer frente a la violencia vicaria, por lo que la tipificación expresa supondrá una *herramienta más clara y eficaz* para luchar contra esta lacra.

Con estas finalidades se prevé la incorporación de un nuevo delito de trato degradante en un nuevo art. 173 bis²¹, visibilizando la lesión a la integridad moral de la víctima de la violencia vicaria. El precepto incorpora dos tipos básicos y un criterio de agravación de la pena, además de una regla concursal (innecesaria si se tiene en cuenta la nueva conducta delictiva se lleva al Código específicamente para visibilizar la singularidad de la violencia vicaria, a lo que habría que añadir que el art. 177 ya se remite a los concursos de delito).

Se trata de un delito de resultado cortado que castiga al que «para causar daño o sufrimiento a quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», cometa sobre «sus hijos o descendientes o sobre las personas menores de edad que se hallan sujetas a su tutela o guarda y custodia», hechos constitutivos de «homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor, contra los derechos y deberes

²¹ De llegar a convertirse en ley, habrá que tener en consideración que simultáneamente sigue su tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica 121/000052, para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales que también prevé incluir el castigo de las *deepfake* en un art. 173 bis.

familiares o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación». La constatación del elemento subjetivo de causar daño o sufrimiento a la víctima deberá producirse a partir de las características objetivas de la relación existente entre el sujeto activo y la víctima de la violencia vicaria.

El extenso listado de delitos que pueden dar lugar a la comisión de la violencia vicaria cuya enumeración termina con una cláusula de recogida tan amplia que incluye cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, desdibuja el fenómeno de referencia que contrasta con el que estadísticamente se identifica hoy como tal: homicidios/asesinatos. Ello al margen ya de que se impone la misma pena por la causación de un atentado contra la integridad moral de la mujer como cuando se mate o se cause lesión a la otra víctima: sin duda alguna, el daño causado a la víctima de la violencia vicaria será mayor cuando se cause la muerte del hijo que cuando se le cause un acto de maltrato²². Se parte de que, a todas luces, la pena por el correspondiente delito cometido contra la persona objeto de violencia vicaria será obviamente distinta, pero la cuestión es que el daño o sufrimiento que se causa al a víctima sujeto pasivo de dicha violencia es también mensurable²³.

En número 2 contiene una cláusula de extensión de la responsabilidad criminal en virtud de la cual se castigará con la misma pena la comisión de «hechos constitutivos de homicidio o de cualquier otro delito grave de los enumerados en el apartado anterior» sobre «los ascendientes o hermanos de ésta, o sobre su cónyuge o persona a la que esté ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia». La separación en dos bloques de los sujetos que van a permitir construir el delito de violencia vicaria permite visibilizar en primera instancia a los menores como las víctimas principales de este fenómeno violento, lo que se corrobora al comprobar los delitos a los que deben haber sido sometidos los sujetos incluidos en el número 2.º, que se limitan a los «hechos constitutivos de homicidio o cualquier otro delito grave de los enumerados en el apartado anterior», por lo que se constata que se regulan dos modalidades de violencia vicaria que en el fondo no son equiparables. Ello no significa que la comisión sobre estas víctimas de un delito de menos graves de los descritos en el número 1 sea atípico en la medida en que quedará la posibilidad de aplicar el delito de trato degradante del art. 173.1.

²² Podría compensarse la menor importancia del daño causado con el hecho de que de tratarse de una violencia de menor entidad que deje al menor con vida y respecto al cual exista un régimen civil que le obligue a pasar periodos temporales con el agresor, se prolongue la angustia de la víctima de la violencia vicaria en el tiempo.

²³ Parece lógico pensar que la condena por la violencia vicaria exigirá otra previa por la comisión de estos otros delitos en los casos que no puedan procesalmente unificarse en una misma causa.

El número 3 incorpora como criterio de agravación el hecho de que la conducta se haya cometido para «causar daño o sufrimiento a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». La cláusula agravatoria –como la del art. 180.4– ha de ser bien recibida, pues permite aplicar el tipo básico a supuestos en los que sea una madre la autora.

La pena dispuesta es la de prisión de 6 meses a 3 años, cuando la prevista en el genérico art. 173 es la de prisión de 6 meses a 2 años²⁴, por lo que se está reflejando que es una conducta más grave y por tanto la incorporación del nuevo precepto no tiene solo la finalidad de significar esta violencia dentro de los delitos contra la integridad moral, sino de castigarla con más pena. A dotar de mayor coherencia al precepto hubiera venido la imposición de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad –tal como se ha hecho en el art. 140 bis 2)– dado que no todos los resultados referidos en el nuevo precepto conlleven la muerte del menor, si no es porque se espera que el nuevo delito se aplique en concurso con otro que sí la imponga.

3. La pena

El Anteproyecto también ha previsto la inclusión dentro del Código Penal de una nueva pena a través de la reforma simultáneamente proyectada de los arts. 33.2, 39, 48.4 y 70.3 con la finalidad de prevenir una nueva forma de violencia vicaria *diferida*, si bien a la vista del contenido de la misma, nada impedirá aplicarla en otros casos mencionados en el art. 57 aunque el autor no sea o haya sido pareja de la víctima. La pena consiste en la prohibición de publicar o difundir mensajes, textos, imágenes u otros contenidos que tengan relación directa con el delito cometido, que impide al penado realizar estas conductas o facilitar estos contenidos a terceros, para evitar el menoscabo de la dignidad de la víctima o generarle un daño psicológico. Con su previsión se abrió un enorme debate en torno, por una parte, al respeto a la memoria, la intimidad y la imagen de los niños asesinados y de su madre y, por otra, del derecho fundamental a la libertad de expresión²⁵.

²⁴ El hecho de que se haya elevado el límite máximo y no el mínimo de la pena establecida en el art. 173.1 tiene más relevancia simbólica que real dado que en la mayoría de los casos los tribunales tenderán a la imposición de la pena en su límite mínimo: basta tener en consideración que se trata de un precepto que está concebido para ser aplicado en todo caso con otro delito respecto al cual el número 4 del precepto se remite a las reglas del concurso real.

²⁵ Vid. la noticia en eldiario.es de 30 de septiembre en https://www.eldiario.es/sociedad/gobierno-tipificara-delito-propio-violencia-vicaria-permitira-prohibir-libros-jose-breton_1_12643367.html.

A pesar de las intenciones loables del legislador de evitar causarle daño a las víctimas supervivientes, no puede ignorarse el dato fundamental y es que se le impondrá al autor del delito, pero no a terceros hacerlo. Piénsese en las veces que los medios de comunicación han seguido publicando las fotos de estas víctimas.

La nueva pena plantea dudas fundamentalmente relacionadas con su fundamentación, lo que permite plantearse alternativas. Así, más que una nueva pena, lo que parece que es más fácil de plantear es si publicar o difundir mensajes, textos, imágenes u otros contenidos que tengan relación directa con el delito cometido es una violación de la pena de alejamiento art. 48.3 en su modalidad de prohibición de comunicarse con la víctima que «impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual» a la que la STS 587/2014, de 18 de julio castigó a Bretón durante 42 años. Más bien parece que lo que correspondería sería abrir diligencias por un delito de quebrantamiento de condena (art. 468).

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

La violencia de género vicaria es un fenómeno criminal que va perfeccionando sus ramificaciones y que requiere de instrumentos legales para poder hacerle frente. La complejidad del fenómeno examinado obliga a poner en marcha mecanismos de prevención bifrontes, que apunten a la mujer y a los hijos e hijas, víctimas conjuntas de un autor que sabe cómo causar el mayor daño posible, lo que conduce sin dudas al régimen de tutela y/o patria potestad, en la medida en que es precisamente ese el ámbito en el que actúa el agresor causando un daño sucesivo a la víctima menor y a su madre. Es más, el hecho de que muchas veces el autor se suicide convierte en un *lunes al sol* las reformas penales si no se incide en las medidas de naturaleza civil que alejen al menor del agresor. Y es que no es posible dejar de pensar si asesinatos de menores como Ruth y José Bretón se hubieran evitado con otro régimen civil de visitas²⁶.

²⁶ Pendiente tiene el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Tribunal Supremo en su Auto de 11 enero de 2023 (Rec. 8870/2021) respecto al art. 92.7 del Código Civil, en el que alega que «el interés superior del niño obliga pues a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego, que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada».

Para ello hoy ya cuenta nuestro Código penal con resortes para hacerle frente, como son el delito de trato degradante del art. 173.1 párrafo 1.º o el de lesiones psíquicas del art. 147. La inclusión de una nueva figura delictiva es una decisión de política criminal que solo al legislador compete. Su legitimidad penal pasa por la delimitación clara de su contorno de manera que fuera capaz de condensar el reproche que esa violencia hoy suscita por la importancia de los bienes jurídicos en juego. La ampliación del número de sujetos que han de recibir el acto delictivo o la del número de delitos que pueden llevarse a cabo, solo contribuirá a desdibujar un fenómeno que criminológicamente parece que está más definido.

Por otra parte, *de lege ferenda* sería posible tipificar un nuevo delito que castigara al condenado por determinados delitos que con *ánimo de lucro* publique o difunda mensajes, textos, imágenes u otros contenidos que tengan relación directa con el delito cometido con la finalidad de causar menoscabo a la integridad moral de la víctima. Se trataría en todo caso, de un delito relacionado con la apología, y con los delitos de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo (art. 578) o con el de incitación al odio (art. 510), sometidos –como es sabido– siempre al establecimiento en vía jurisdiccional de los límites a la libertad de expresión.

Se espera, en definitiva, que si el Anteproyecto de 30 de septiembre de medidas en materia de violencia vicaria pudiera superar el *iter* parlamentario, se afine más su contenido desde el punto de vista de los principios de ofensividad y de lesividad.

Las reflexiones acabadas de realizar vienen a poner de manifiesto que como ya en 1998 afirmaba nuestro homenajeado, el Prof. José Luis de la Cuesta, el Título VII del Libro II del Código no solo fue en 1995 un título muy novedoso sino que, pasados los años, se ha podido comprobar la rentabilidad de la integridad moral en términos victimológicos²⁷.

²⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI/1998, pp. 43 y ss.

56. EL TIPO PENAL DE REVELACIÓN DE IMÁGENES ÍNTIMAS DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS PENALES

JOSÉ R. AGUSTINA
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Abat Oliba CEU

Desde su introducción en el Código penal en 2015 –ahora hace diez años–, la figura delictiva prevista en el art. 197.7 del Código penal ha planteado un buen número de problemas en su aplicación práctica y ha generado un intenso debate doctrinal, con posturas muy alejadas unas de otras. Algunas voces autorizadas en la materia, entienden que no era esta una figura necesaria, sosteniendo que, en realidad, las conductas de difusión in consentida de imágenes íntimas ya tenían cabida en al art. 197 CP mediante «una correcta interpretación de la exigencia de consentimiento que se recoge en el tipo básico del artículo 197.1»¹; otras, yendo aún más allá, consideran que este tipo penal es absolutamente desproporcionado, decantándose por relegar la solución de estos problemas a la vía civil². El mismo Tribunal Supremo, al referirse al redactado del art. 197.7 CP, lo ha llegado a calificar como «una torpeza del legislador», y ello antes de aprobarse las modificaciones, de muy difícil interpretación, introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

¹ LLORIA GARCÍA, P. (2020). *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías: habitualidad, sexting y stalking*. Iustel, Madrid, p. 117.

² MORALES PRATS, F. (2016). *Comentarios al Código penal español* (7.ª ed.). Aranzadi, pp. 1466-1473.

Me dispongo a realizar, en las breves líneas que siguen, un examen del tipo penal en cuestión a la luz de los principios penales y, sobre todo, del principio de intervención mínima como instrumento analítico en manos de los operadores jurídicos. Mi tesis, en apretada síntesis, es que el recorte de lo típico, en este y otros muchos casos, debe efectuarse por el legislador, de forma que el ámbito de punibilidad quede prefigurado antes de que, una vez interpuesta la denuncia o querrela, deba entrar el órgano instructor a determinar si se rebasa o no el umbral de relevancia penal.

Tuve el inmenso honor de que el Prof. De la Cuesta presidiera mi tribunal de tesis doctoral en la Universitat Pompeu Fabra. Desde entonces hemos mantenido una relación de amistad que, en mi caso, considero un precioso regalo. No es necesario ahondar en la enorme calidad humana y científica del homenajeado, si bien me gustaría destacar su humildad y honradez, virtudes que no siempre relucen en el ámbito académico.

I. LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES ANTE UN TIPO PENAL AMBIGUO, ABIERTO, PLURIOFENSIVO E INDIFERENCIADO

1. Principio de taxatividad

De la simple lectura del artículo 197.7 del Código penal, emergen interrogantes no menores desde el punto de vista del principio de taxatividad, principio que exige al legislador que defina las conductas punibles de forma precisa y estricta. En algunos elementos del tipo, la falta de precisión se traduce en una arbitraria exclusión de conductas con idéntico o similar desvalor; en otros, en una excesiva y peligrosa indeterminación.

En efecto, una interpretación literal conduciría *ad absurdum*, por ejemplo, a dejar fuera del tipo la difusión de vídeos de contenido sexual explícito *grabados sin sonido*, al referirse el tenor literal a «grabaciones audiovisuales». Y, en sentido contrario, parece problemática la indeterminación del resultado previsto en el tipo («menoscabo grave») como único parámetro delimitador de la afectación típica a la intimidad.

El mismo Tribunal Supremo en su STS 70/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:492), se refirió a la «defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto», defecto congénito que vendría, a su entender, a «oscurecer su cabal comprensión». Frente a dicho defecto y para superar los problemas a los que conduciría una «interpretación microliteral de sus vocablos», el pleno de la Sala 2.^a introdujo criterios de interpretación que, de forma

considerable, suponían una ampliación del ámbito de lo punible. El propósito no fue otro que evitar que quedaran fuera del tipo supuestos que, según su razonamiento, no podían dejar de castigarse, como en los casos de envíos de imágenes por la propia víctima, supuestos que, solo forzando (mucho) las palabras del legislador, tienen encaje típico. De este modo, se vino a aprobar jurisprudencialmente una ampliación del alcance del tipo mediante una interpretación extensiva, a mi juicio, contraria al *sentido literal posible*.

2. Principio de proporcionalidad

Por otro lado, las deficiencias en la técnica legislativa se refieren no solo al principio de taxatividad, sino que también afectan al principio de proporcionalidad. Y es que la introducción de la figura delictiva recogida en el art. 197.7 CP (con una pena tan exigua) está provocando en la práctica un «efecto eclipsador» respecto de otras figuras delictivas que son más importantes en términos de lesividad. La cuestión se debe a que la pena prevista no es acorde con la naturaleza potencialmente pluriofensiva del delito y las reglas concursales no acaban de proporcionar una respuesta satisfactoria desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Además de que no siempre las acusaciones califican los hechos solicitando el correspondiente concurso.

Como botón de muestra, en la SAP Madrid 476/2022, de 14 de julio (ECLI:ES:APM:2022:10542) se resuelve un caso en el que, a pesar de que el acusado, según el propio relato de hechos probados, envió la fotografía «con ánimo de menoscabar la integridad moral» de la víctima, solo fue condenado por un delito del art. 197.7 CP:

«Salvador, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000/1984, con DNI NUM001, con antecedentes penales cancelables y no computables a efectos de reincidencia, quien ha mantenido una relación de afectividad con Dña. María Ángeles hasta marzo del año 2021. Dña. María Ángeles, en fecha indeterminada, siendo pareja de D. Salvador, le envió una fotografía de ella misma desnuda en el cuarto de baño de su casa. La citada fotografía se envió voluntariamente por la ahora perjudicada, haciéndolo en el ámbito de la relación de afectividad que mantenían en ese momento. Tras la ruptura de la relación sentimental, en fecha 7 de junio de 2021, el acusado, con ánimo de menoscabar la integridad moral de Dña. María Ángeles, sin el consentimiento ni conocimiento de la misma, le envió a Pedro Miguel, a través de la red social Facebook, la fotografía de María Ángeles desnuda que había recibido de la misma».

La clave, a mi juicio, reside en que en muchas ocasiones la difusión in-consentida de *sexting* (principal supuesto, si no el único, en el que se aplica el art. 197.7 CP) lleva aparejada de forma casi inherente una afectación a la integridad moral de la víctima. Sin embargo, el legislador no parece haber tenido en cuenta este hecho si se comparan los marcos penológicos de los arts. 197.7 y 173.1 CP, pues la pena del segundo supera con creces la del primero.

Ante esta tesitura, cabrían dos opciones interpretativas: (1) entender que la lesión a la integridad moral es inherente al art. 197.7 CP (absorción vía concurso de normas: art. 8.3 CP, desplazando así el art. 197.7 al 173.1 CP) o, por el contrario, (2) considerar que concurre un plus de desvalor y apreciar un concurso de delitos. En toda disyuntiva concursal se plantea esa complejidad inherente al «arte de contar los delitos»³, siendo imposible lograr unas reglas precisas en esas matemáticas *sui generis* del derecho penal que a veces pretendemos que sean las reglas concursales, como si se pudiera aspirar a identificar el método de una ciencia exacta. No ha optado en el presente caso nuestro legislador por la utilización de la cláusula «sin perjuicio» (cláusula de compatibilidad de carácter débil)⁴, opción que, a mi juicio, habría contrarrestado el efecto eclipsador antes aludido.

La primera opción es del todo inviable: resultaría contrario al principio de proporcionalidad que si, en un caso de difusión de *sexting*, concurre una afectación a la integridad moral se resuelva en sentencia afirmando que esta queda absorbida por el propio art. 197.7 CP, una figura delictiva castigada con pena inferior (el delito con pena mayor no puede quedar absorbido por el delito con pena inferior).

La segunda opción sería la correcta. No obstante, no siempre se formula acusación por ese segundo delito contra la integridad moral. En efecto, la denominación y especificidad del art. 197.7 CP genera confusión en los operadores jurídicos, eclipsando ese concurso de delitos subyacente que, en realidad, se podría haber resuelto de haberse establecido una mayor pena: si se hubiera tenido en cuenta el desvalor global del hecho de difundir *sexting*, no sería necesario acudir al art. 77 CP⁵.

³ SANZ MORÁN, A. (2022). «Sobre el «arte de contar los delitos». Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales». En *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*. coord. por Laura Pozuelo Pérez, Daniel Rodríguez Horcajo, Estrella Escuchuri Aisa. BOE, pp. 35-64.

⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (2022). «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código Penal español». *RECPC* 24-24 (2022), *passim*.

⁵ Es interesante, con respecto a lo que se acaba de señalar, que el Consejo Fiscal entendió en su informe previo que no era necesaria la inclusión del art. 197.7 CP porque dicha conducta podía ser cubierta a través del delito contra la integridad moral, en tanto que «tipo de recogida o tipo de arrastre».

A la vista de dicha pluriofensividad natural (como regla general), conviene detenerse en la desproporción que resulta de haber creado una figura delictiva con una pena insignificante que no encaja armónicamente con otras figuras delictivas preexistentes que tienen asignadas penas superiores. Lo deseable tal vez hubiera sido haber optado por crear un tipo básico cuya pena incluyera el desvalor relativo tanto a la intimidad como a la integridad moral acompañado, a renglón seguido, por un subtipo atenuado para los casos excepcionales (de mera revelación sin difusión) en que solo exista afectación a la intimidad.

3. Proporcionalidad y necesidad de distinción típica

En efecto, al difundirse de forma masiva imágenes sexuales íntimas se puede lesionar no solo la intimidad, sino que puede afectarse a la víctima en su integridad moral e incluso, como veremos, en su misma libertad sexual. El problema reside en que tenemos un tipo penal que puede abarcar conductas de naturaleza muy diversa y ello requeriría un mayor esfuerzo de distinción típica en su seno, es decir, un esfuerzo del legislador por graduar la pena dentro del tipo en función de la diversidad lesiva y tipológica de un delito no solo con vocación claramente pluriofensiva, sino con una taxonomía de casos extremadamente variada. De hecho, el mismo núcleo del injusto puede variar enormemente, por ejemplo, en función de la intención del sujeto, la clase de imagen o la potencialidad lesiva de la distribución de la misma. En todo caso, si el legislador no ha previsto subtipos agravados, como es el caso, los problemas concursales merecerían ser tratados de forma clara y pormenorizada mediante una jurisprudencia que no rehúya la necesidad de distinguir grupos de casos mediante una taxonomía clarificadora.

A la vista del pobre tratamiento jurisprudencial, en ausencia de la necesaria reflexión en materia concursal (hasta la fecha), la pena prevista en el art. 197.7 CP resulta, a mi juicio, desproporcionadamente baja (infraprotección a la que nos referiremos seguidamente). Y, teniendo en cuenta los marcos penológicos de los delitos en posible relación concursal (arts. 197.7 y 173 CP), o se introduce en la ecuación el bien jurídico *libertad sexual* o se hace necesario reformar el tipo penal del art. 197.7 CP. Y es que el recorrido de un marco penal que va desde los 3 meses al año de prisión o multa, a pesar de sus agravantes, no permite valorar adecuadamente la muy diversa gravedad de las distintas modalidades subsumibles en una misma figura delictiva tan ampliamente definida.

En ese sentido, se afirma que la proporcionalidad como principio conlleva una prohibición de infraprotección del que, en sentido positivo, se derivarían ciertos mandatos de criminalización⁶. Porque, a todas luces, no es lo mismo (1) enseñar puntualmente a un tercero, sin llegar a transmitirla, la imagen estática de carácter provocador recibida de una persona con la que se está en los inicios de un flirteo o cortejo sexual, que (2) difundir a través de una plataforma de internet un vídeo sexual explícito con la expareja, vídeo que se obtuvo de forma tácitamente consentida muchos años antes y que ahora se difunde tratando de causarle un daño con motivo de la ruptura sentimental. Como tampoco sería equiparable con lo anteriormente señalado (3) la revelación de secretos confiados por la víctima, de los que se tiene soporte audiovisual, que revelen aspectos muy importantes para ella, como podría ser la práctica de una religión determinada, el consumo de tabaco (por ej. en el caso de un deportista de élite) o la amistad con un personaje controvertido por parte de un cargo público.

En términos de desvaloración ético-social y jurídica, no es desmesurado incluso llegar a pensar que colgar en una red social el desnudo integral de una persona realizando prácticas sexuales puede conllevar unos efectos que son perfectamente comparables a obligar a la víctima a desnudarse frente a su agresor en contra de su voluntad, conducta que se subsume sin problema alguno en el tipo de agresión sexual. Conviene tener presente que, como se ha señalado en la doctrina, los atentados a la libertad sexual consisten en la vulneración del «derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad»⁷.

4. La afectación en la intimidad/libertad sexual

Siguiendo con el anterior razonamiento, conviene señalar que algunas agresiones sexuales pueden ser mucho menos lesivas para con la víctima que la viralización de *sexting*, en especial, cuando la víctima es un personaje público. A este respecto, es interesante traer a colación la relativamente reciente equiparación que efectúa la jurisprudencia entre las agresiones sexuales *offline* y *online* (por todas, STS 301/2016). Teniendo en cuenta dicha equivalencia, la virtualización del bien jurídico *libertad sexual* hace que se difuminen las ba-

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas, Aranzadi La Ley, Madrid, p. 383.

⁷ RAGUÉS I VALLÈS, R. (2023). «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». En Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Atelier. Barcelona, pp. 133-161.

rreras y se aproximen, de algún modo, las esferas de libertad e intimidad en lo que respecta a la sexualidad de la persona⁸.

No obstante, al situarse en un plano de igualdad las ofensas en los dos mundos (virtual y físico), se plantea un problema a la hora de medir la respuesta punitiva adecuada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Aun admitiendo un grado de afectación suficiente para la lesión del bien jurídico, ¿es realmente lo mismo desde el punto de vista del daño? Algunas voces han señalado que no parece haber base empírica para sustentar esa equivalencia plena⁹. Esta discusión, sin embargo, no ha hecho más que empezar, a la espera de profundizar en la comprensión de fenómenos como la realidad aumentada y virtual. La percepción de las nuevas generaciones con respecto a la línea divisoria entre la realidad física y la realidad virtual es cada vez más difusa, en un contexto híbrido en el que la intermitencia entre lo físico y lo virtual parece ser la regla general. Es todavía prematuro para cualquier predicción que prevea cómo serán las relaciones sociales, por ejemplo, en los metaversos y cómo se aplicarán las normas y sanciones penales en espacios de convivencia humana a través de avatares. Tampoco sabemos mucho de cómo evolucionarán las funciones y potencialidad de los sensores para conectar, hasta niveles impensables, lo que suceda en esos espacios de realidad virtual con nuestro yo-físico.

De hecho, mirando al derecho comparado y yendo un paso más allá, se ha llegado a proponer recientemente una reconceptualización de los delitos de *revenge porn* como delitos contra la libertad sexual¹⁰. En efecto, según Rosenberg & Dancing-Rosenberg, las víctimas de *revenge porn* manifiestan su experiencia de forma similar a como si se tratara de una violación en sentido real. Dicha similitud se apoya asimismo en que los tribunales norteamericanos reconocen que los valores protegidos en una violación incluyen la intimidad sexual, la autonomía sexual y la dignidad humana. Esa reconceptualización se ha propuesto a la vista de que, según estos autores, la inmensa mayoría de los ordenamientos estatales propios dentro de los Estados Unidos no han catego-

⁸ La relación intrínseca entre intimidad y libertad, por otra parte, es evidente y ha sido señalada con especial clarividencia desde Schoeman, F.D. (1984). *Philosophical Dimensions of Privacy: An Antology*. Cambridge. Cambridge University Press, 1984.

⁹ TAMARIT SUMALLA (2018). «¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC». *IDP: Revista de Internet, derecho y política*, núm. 26, pp. 30-42; en sentido contrario, en parte, con muchos matices, Agustina Sanllehí, J.R. (2023). «La inmersión del derecho penal en la era de la postmodernidad tecnológica». En *La cultura jurídica en la era digital*, coord. José María Pérez Collados. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 219-249.

¹⁰ ROSENBERG/DANCIG-ROSENBERG (2021). *Reconceptualizing Revenge Porn*. Ariz. L. Rev., 63, 199, p. 234.

rizado los delitos de *revenge porn* como delitos sexuales, sino como delitos contra la intimidad o delitos de obscenidad.

La cuestión queda aquí simplemente apuntada. En definitiva, lo que interesa ahora señalar es que en el diseño del nuevo delito del art. 197.7 CP no se tuvo en cuenta, a mi juicio, que más allá de la intimidad de la persona, con la difusión in consentida de *sexting* se está afectando en la mayoría de ocasiones a otros bienes jurídicos y que la pena asignada no responde adecuadamente a algunas conductas que tendrían cabida en el tipo penal del art. 197.7 CP. Esa pena responde a una lógica de mínimos, cuando nos hallamos ante un delito que, en realidad, suele ser pluriofensivo. Y es pluriofensivo porque, al menos en los casos más graves (que, en realidad, y esto es lo más relevante, son los únicos que reclaman una clara respuesta jurídico-penal), a la víctima no solo se le despoja de su intimidad, si no que se puede llegar a atentar contra su integridad moral o su honor y, sobre todo, contra su intimidad/libertad sexual en el sentido apuntado.

II. PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* Y NECESIDAD DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LO PUNIBLE DEL ART. 197.7 CP MEDIANTE UN SIGNIFICATIVO RECORTE EN LA TIPICIDAD

Sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, conviene detenerse en última instancia en el principio de *ultima ratio*, a los efectos de poder responder ya en el plano del legislador a las tres siguientes preguntas: (1) ¿qué conductas de difusión in consentida de imágenes íntimas merecen reproche penal y qué otras deberían solventarse en el ámbito civil o administrativo?; (2) ¿qué parámetros deben introducirse en el tipo penal para adecuar la pena a la intención del sujeto activo, al desvalor de la conducta y al desvalor del resultado?; (3) ¿qué clase de intervenciones por parte de terceros merecen una respuesta penal?

Por razones de espacio, solo me detendré en la primera de las cuestiones. Me referiré brevemente, primero, al desarrollo jurisprudencial en relación al principio de intervención mínima y, posteriormente, a su aplicación al tipo penal del art. 197.7 del Código penal.

Los jueces, ciertamente, no pueden utilizar el principio de intervención mínima como un elemento interpretativo de la ley penal, pues solo al legislador le corresponde la determinación de las conductas y los bienes jurídicos protegidos por la norma y, en consecuencia, les está vedado acudir directamente al principio de intervención mínima para descartar la aplicación de un tipo penal, pues solo podrían utilizar tal principio para fundar dudas de constitucio-

nalidad planteando la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional. Entenderlo de otro modo, sería tanto como atribuir a los Jueces funciones legislativas que de ningún modo les corresponden.

Lo anterior no significa que la función judicial se deba limitar a una subsunción típica meramente formal o mecánica, puesto que en la labor interpretativa de la norma puede atenderse a la adecuación social de la conducta enjuiciada cuando se trate de acciones insignificantes y socialmente toleradas, ello sin perjuicio de que no puedan los jueces aplicar directamente el principio de intervención mínima para adoptar una decisión excluyente del tipo penal.

En la STS 185/2023, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1224), se señala, en conexión con una jurisprudencia consolidada, que el principio de intervención mínima no puede conllevar la declaración de atipicidad de una conducta que reúne los elementos previstos en el tipo penal de que se trate. Es un principio informador de la dogmática penal, un criterio de política criminal, dirigido al legislador, que no alcanza el carácter de principio penal, en la medida que no tiene respaldo constitucional alguno. No puede considerarse un principio de aplicación de la norma penal. En definitiva, concluye, «la aplicación de un criterio de atipicidad en aplicación del principio por el que pretende afirmarse que el legislador no puede castigar como delito conductas que no supongan la afectación de algún bien jurídico confunde este principio con el de lesividad, conforme al cual, el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el derecho penal es subsidiario y fragmentario, de manera que solo debe proteger los más esenciales y frente a los ataques más intolerables».

Todo ello me conduce a afirmar que es importante separar claramente los dos filtros que, en última instancia, reducen el ámbito de lo punible: el recorte de aquellas conductas que entran dentro del tipo y la interpretación de las que, superado ese filtro más formal, lesionan el bien jurídico y se hacen merecedoras de reproche penal. Esta cuestión, hasta donde alcanzo, ha sido poco desarrollada en la doctrina y, sin duda, reviste notoria importancia tanto para limitar la discrecionalidad del órgano instructor a la hora de inadmitir a trámite una querrela o sobreseer sobre la base de que, a tenor de los indicios existentes, la conducta no alcanza el umbral de relevancia penal; como para descartar esa misma relevancia penal por parte del órgano de enjuiciamiento tras la práctica de la prueba. En efecto, muchas decisiones preliminares en la instrucción penal adolecen de esa «usurpación» de funciones, en tanto que si la conducta es típica no es el juez instructor quien debe decidir si merece o no continuar con el procedimiento, invocando un principio de intervención mínima que no le corresponde aplicar. Y, del mismo modo, el órgano sentenciador debería inter-

pretar los tipos penales sin desconocer las diferencias entre el principio de *ultima ratio* y el principio de lesividad, si bien, ciertamente, es en fase de instrucción donde desarrolla este principio su principal eficacia.

No me resisto a apuntar la trascendencia de esta cuestión en aquellos tipos penales en los que el legislador no ha previsto criterios precisos para establecer la frontera entre la ilicitud administrativa o mercantil y la ilicitud penal. Obviamente, cuando el umbral se fija con criterios cuantitativos, como el de los 120.000 euros (art. 305 CP) o de los 0,60 miligramos (art. 379.2 CP), se facilita la labor interpretativa, sin perjuicio de otros elementos del tipo que excluyan o justifiquen la tipicidad. El problema radica en aquellos tipos penales en los que se recurre, de forma abusiva, a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para operar un recorte típico subjetivista del ámbito de lo punible. En del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP) se exige en la jurisprudencia que concurra una arbitrariedad patente y grosera. En los delitos societarios, en ocasiones, se exige la interposición previa de acciones en la jurisdicción mercantil. En el delito de acoso laboral se condiciona en muchas ocasiones la tipicidad penal de la conducta a la presentación de un informe pericial psicológico, como si se tratara de un delito de resultado. A mi juicio, todas esas limitaciones o exclusiones de la tipicidad penal en aras de preservar el principio de intervención mínima son enormemente cuestionables, entre otros motivos, porque no han sido introducidos por el legislador en el tenor literal que, de conformidad con el principio de legalidad, debe configurar el ámbito de lo punible.

A este respecto, ¿qué concretos criterios existen en el tipo penal para delimitar el umbral de relevancia jurídico-penal?

Desde el punto de vista objetivo, la estructura del tipo penal define el ámbito de lo típico por medio de cuatro recortes sucesivos que restringen el círculo de conductas subsumibles en el art. 197.7 CP: (1) la conducta es punible solo cuando se circunscribe a un objeto material (imágenes o grabaciones audiovisuales); (2) sobre el que se proyecta una conducta que debe encajar en alguno de los tres verbos típicos descritos (revelar, ceder o difundir); y (3) esta, a su vez, debe cristalizar en un resultado típico separable espacio-temporalmente de la conducta. Finalmente, (4) conducta, objeto material y resultado deben ordenarse en la lógica del sentido típico de la acción, que no puede ser otra que la protección del bien jurídico: la intimidad compartida.

En relación al objeto material, resultado típico y bien jurídico, si se observan estos tres elementos del tipo de forma conjunta se puede apreciar que, sin duda, se hallan indisociablemente unidos, aportando cada uno de ellos criterios materiales restrictivos para justificar la necesidad de intervención penal.

Los principios de *ultima ratio*, intervención mínima y exclusiva protección de bienes jurídicos deberían en este sentido servir de marco limitador para definir la *norma de conducta* (en el sentido original de Binding).

1. Objeto material

En cuanto al objeto material, nos encontramos con que la redacción típica induce a confusión. En primer lugar, debemos referirnos al significado que debe atribuirse cuando se refiere el legislador a «imágenes». (1) ¿Serían típicas las representaciones pictóricas más o menos realistas? (2) ¿Y las imágenes generadas por inteligencia artificial (IA)?

Ciertamente, ante el significado tan abierto del término «imágenes», se echa en falta, una vez más, que en nuestro Código penal no se proporcione, para definir con claridad los elementos de algunos tipos penales más complejos, una definición precisa en el propio artículo (como así sucede, por ejemplo, en la *Criminal Justice and Courts Act 2015*) de algunos conceptos normativos o de ciertas reglas procesales para la valoración del juzgador. Y es que, en sentido amplio, por la *imagen* de una persona podría, ciertamente, entenderse toda representación reconocible de la persona titular de la misma¹¹. Sin embargo, las dos preguntas formuladas deben tener una respuesta negativa.

Primero, porque las imágenes, en tanto que objeto material del tipo, deben conectarse directamente con lo que estas revelan: la intimidad (visual, como razonaremos seguidamente) compartida, bien jurídico del delito. Y, desde una interpretación teleológica, se debería limitar el tipo de imágenes penalmente relevantes a aquellas que, tal y como exige el propio art. 197.7 CP, sean aptas para producir un «menoscabo grave» en la intimidad personal. En tal sentido, parece excesivo que se pretenda castigar penalmente la difusión de imágenes más o menos realistas, ya sean pictóricas o generadas por IA, no solo porque no supondrían un menoscabo grave, sino también porque no afectan a la intimidad *stricto sensu*: en efecto, en sentido estricto *ni son imágenes fieles o auténticas extraídas de la realidad* (solo se aproximan a ella en el caso de imágenes realistas), ni pueden lesionar la intimidad *perceptible visualmente* (al ser una creación simulada o indirecta, las imágenes no ha sido *captadas* y, por tanto, no pueden afectar a la intimidad percibida directamente por la visión). Debería quedar, por tanto, fuera del tipo, toda imagen que suponga una

¹¹ DE LAS HERAS, L. (2018). *Protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código penal español*. Tesis doctoral.

representación más o menos fidedigna y no haya sido captada directamente, sin perjuicio de la posible lesión de otros bienes jurídicos, como el honor o la integridad moral¹².

En segundo lugar, al referirse el art. 197.7 CP a «grabaciones audiovisuales», es necesario determinar si en el objeto material se podrían llegar a incluir grabaciones de imagen (sin voz: grabaciones mudas) o grabaciones solo de voz (sin imagen: grabaciones acústicas) o si, por el contrario, se exige para colmar las exigencias del tipo archivos en los que indisociablemente se capten imagen y audio, obtenidos en el momento de intimidad objeto de la posterior difusión.

Pues bien, en tanto que las imágenes estáticas son típicas, parece absurdo excluir del tipo la concatenación de imágenes, ya sea en yuxtaposición (por ejemplo, en *fotoprinters*) o en movimiento (imágenes dinámicas) aunque no se haya registrado la voz ambiental del momento captado. Por tal razón, bastaría que el legislador se hubiera referido a imágenes íntimas, entre las que se incluirían las imágenes estáticas y dinámicas¹³.

Obsérvese que desde una interpretación *literalista*, no serían plenamente típicos ninguno de los dos tipos de grabaciones (grabaciones mudas y grabaciones acústicas) por carecer la grabación de la parte auditiva o de la parte visual, respectivamente. No obstante, si bien se debe superar esa interpretación rigorista y literal con respecto a las grabaciones mudas, no sucede lo mismo con las grabaciones acústicas. A mi juicio, parece razonable, en virtud de los principios penales de lesividad y *ultima ratio*, que solo sean punibles aquellas revelaciones de la intimidad que comparten dos o más personas cuando esta se plasma en imágenes. Lo visual goza de una potencialidad lesiva mucho mayor frente a lo escrito o lo hablado entre amigos, confidentes o compañeros momentáneos que deciden abrir su intimidad de forma recíproca. Dicho de otro modo: parece razonable sostener que la defraudación de la confianza en el otro solo merecería reproche penal si la indiscreción o el secreto lleva soporte visual, por tratarse de un medio fácilmente transmisible de forma indiscriminada y en un breve lapso de tiempo.

Esta parece ser la razón por la que las grabaciones meramente acústicas no deberían alcanzar el umbral de lesividad penal. Por mucho que un mensaje de voz pueda revelar aspectos muy íntimos de la persona, su lesividad potencial es (en igualdad de condiciones) sensiblemente menor. Además de lo ya

¹² Sin guardar relación con el art. 197.7 CP, esta cuestión se ha planteado en parte en el mediático caso *Almendralejo* y merecerá toda la atención posible, incluso del legislador, sin descartar la necesidad de tipificar la difusión de *deepfake nudes*. Escapa a los objetivos del presente trabajo.

¹³ En la misma línea, LLORIA GARCÍA (2020).

señalado, es evidente que, en líneas generales, la persona afectada puede ser más fácilmente identificable por su imagen que por el timbre de su voz. Nuestro legislador no ha previsto como requisito el carácter identificable (como sí hizo, por ejemplo, el Código penal de California) y no es necesario que por la sola imagen se pueda identificar a la persona afectada. Con todo, no cabe duda de que *una imagen vale más que mil palabras* y que, *nolens volens*, mediante una imagen viralizada las expectativas de pasar desapercibido en nuestro entorno social se ven seriamente afectadas, seamos o no personas conocidas públicamente. Y aun no siendo la víctima un personaje público, a partir de la viralización de la imagen tal vez no se la pueda identificar por su nombre, pero sí vincular con una imagen que puede perdurar durante mucho tiempo en la memoria colectiva.

Por idénticas razones tampoco deberían entrar dentro del objeto material aquellas pseudo-imágenes que consistan en la captura visual de un texto (como una captura de pantalla de una conversación de *whatsapp*).

2. Resultado típico y bien jurídico

Tras el primer filtro típico, relativo al objeto material, nos adentramos en el análisis del resultado. La definición del resultado típico debería coadyuvar a fijar el umbral y grado de lesión del bien jurídico protegido, concretando los supuestos que merecen reproche penal.

Morales Prats (2016) ha criticado con dureza la indeterminación con que el legislador ha delimitado el resultado típico del art. 197.7 CP. Hasta la Sala 2.^a, en la misma STS 70/2020 y haciéndose eco de esta postura de un sector de la doctrina, ha manifestado que «están justificadas las críticas dogmáticas que han alertado acerca del hecho de que el único recorte típico en la esfera de incriminación venga dado por una cláusula valorativa indeterminada que genera inseguridad jurídica (“menoscabe gravemente la intimidad”)».

Del tenor literal del precepto parece obvio que dentro del tipo podrían subsumirse conductas que, en principio, no afecten a la esfera sexual. Bastaría con que se tratara de un secreto íntimo plasmado en imágenes, siempre y cuando la repercusión de su divulgación fuera grave. Ante la ausencia de otros criterios delimitadores, el ámbito de lo punible se expande de forma considerable.

Piénsese, por ejemplo, en la posible tipicidad de la difusión de las imágenes de un personaje público (como las tan utilizadas fotografías de Alberto Núñez Feijóo con un conocido narcotraficante a bordo de una embarcación y en tono distendido); o en las instantáneas captadas por los amigos del futbolis-

ta portugués Fábio Coentrao donde se puede ver a, por aquel entonces jugador del Real Madrid, fumando alegremente cuando se trataba de una conducta que podría ser sancionada. En uno y otro caso, no cabe duda de que el perjuicio personal podría llegar a ser grave. No obstante, ¿merecería la difusión de las imágenes una respuesta penal?

En mi opinión, resultaría desproporcionado e innecesario a la luz del principio de *ultima ratio*. Existen otras vías más efectivas para valorar los daños e imponer las medidas adecuadas a conductas, sin duda, reprobables, pero no penalmente. En el marco de la teoría de las esferas, conviene distinguir el nivel de afectación o cercanía con el núcleo duro de la intimidad personal. Y se debe distinguir también si la revelación frustra una expectativa de confianza en grado máximo, reservando solo a estas la respuesta punitiva.

Desde esta perspectiva, de lo único que no parecen existir dudas respecto a su relevancia penal serían de las imágenes con claras connotaciones sexuales. A este respecto, habría que distinguir entre intimidad corporal e intimidad sexual. De hecho, en la STS 70/2020 se llega a afirmar, respondiendo a las alegaciones del recurrente (diciendo que tan solo se trataba de un «mero desnudo» sin relevancia típica), que «lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal». Por tanto, un mero desnudo, según el Tribunal Supremo, se consideraría siempre menoscabo grave, criterio que, a mi juicio, debería ponerse en relación con las características de la persona afectada, contexto de la fotografía y finalidad de la difusión. Incluso, quizá convendría incorporar algunos parámetros como el carácter particularmente vejatorio para agravar el castigo¹⁴.

Finalmente, se debe hacer una breve referencia propiamente al bien jurídico. Basta señalar aquí, como ya se ha adelantado, que en el art. 197.7 CP se protege la intimidad *compartida*, siendo este un criterio delimitador frente a esos envíos unilaterales de imágenes íntimas en los que no concurre expectativa alguna de privacidad, ni de confianza, entre la víctima y el receptor de la imagen que, posteriormente, revela su contenido a terceros. En caso contrario, cualquier envío unilateral de una imagen íntima a un tercero convertiría *ipso facto* a cualquiera en un «confidente necesario» con un deber de sigilo jurídi-

¹⁴ A este respecto, es interesante señalar otra incongruencia y traer a colación la discusión sobre si las imágenes de simples desnudos tienen cabida en el tipo agravado del art. 197.5 CP. Por ejemplo, en un caso en el que un bombero instaló una cámara oculta en el vestuario femenino, se descartó su encaje con la siguiente argumentación: «Es verdad aparecen desnudas o realizando actos de higiene íntima, pero no lo es menos que estos actos carecen de contenido que implique afectación a la sexualidad en cuanto expresión o manifestación de la persona» (SAP de Barcelona de 17 de febrero de 2021: ECLI:ES:APB:2021:721). Sin duda, *de lege lata* no cabe, si bien es más que discutible que se excluya de la agravación los *simples* desnudos.

co-penal. Coincido en parte en este punto con Morales Prats (2016). En mi opinión, para que intervenga el *ius puniendi* es necesario que el receptor de la imagen consienta de algún modo *ex ante* en la generación de un espacio de intimidad compartida. Es decir, no basta con que el remitente posea una expectativa de intimidad, sino que esta debe ser compartida, resultado de un contexto previo vinculante.

No obstante, las expectativas de privacidad compartidas y, por tanto, vinculantes pueden generarse en ocasiones con el simple envío, si bien de forma atenuada, cuando este se realiza en un contexto en el que hasta el observador medio reconocería ese deber vinculante. Por ejemplo, en una plataforma en la que se acostumbra a enviar este tipo de imágenes (por ej., Tinder) y se asume de algún modo esa obligación. En sentido contrario, si un desconocido envía una imagen erótica a alguien para iniciar un flirteo solo cabría acudir a la protección civil en caso de difusión inconsentida, siempre y cuando la persona fuera identificable a partir de la imagen y le generara un daño objetivable.

Por todo lo señalado anteriormente, esa intimidad compartida debería restringirse a lo visual y, más en concreto, mediante una nueva interpretación restrictiva, a la dimensión sexual de la persona. Por todo ello, podría concluirse que el bien jurídico sería la intimidad sexual compartida plasmada en imágenes.

57. TRÁFICO DE PERSONAS: EL SURGIMIENTO DE UN PÁNICO MORAL

HANS-JÖRG ALBRECHT

I. INTRODUCCIÓN

El tráfico de personas ha atraído y sigue atrayendo una considerable atención política y atención de las medias de comunicación. Esta atención se hace visible, en particular, en las actividades de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la OCDE y la OSCE, otros organismos internacionales, parlamentos nacionales y diversas ONG. Estas han creado una densa red de normas y estándares que buscan fortalecer la penalización y el enjuiciamiento, promover la prevención y el monitoreo del tráfico de personas, así como responder y atender a sus víctimas. La Red de Relatores Nacionales de la UE sobre el tráfico de personas y la Plataforma de la Sociedad Civil de la UE contra el tráfico humano se proponen incluir sistemáticamente a la sociedad civil y a las ONG, y desarrollar sistemas integrales de información e intercambio de información. El tráfico de personas es, sin duda, un fenómeno global, si bien sus manifestaciones concretas son multifacéticas y dependen de las condiciones económicas, sociales y culturales regionales.

Si bien la cooperación y la coordinación se enfatizan y se consideran elementos esenciales para unas políticas eficaces contra el tráfico de personas, han surgido disputas y controversias que obstaculizan la colaboración. El crimen organizado, la migración y la inmigración están estrechamente vinculados con la trata de personas, al igual que la violencia contra las mujeres y los

niños, el problema general de las víctimas y la victimización, y, sobre todo, la prostitución, la sexualidad y los mercados laborales. El establecimiento de vínculos con el crimen organizado, la inmigración, las zonas rojas y la prostitución contribuye a un alto valor de señal (*signal value*) del tráfico de personas y atrae a una amplia gama de actores y activistas políticos (y activistas criminológicos) interesados en proteger y salvar a las víctimas, castigar a los traficantes y exigir leyes penales más severas, implementar los derechos humanos, avanzar hacia la abolición total de la prostitución, contener el crimen organizado y, en ocasiones, también controlar la inmigración.

El tráfico de personas se vincula a diversas y conocidas causas fundamentales lo que también puede describirse como males globales. La pobreza, los conflictos armados, la desigualdad, la violencia de género, la falta de oportunidades laborales o de apoyo social, las crisis humanitarias, la apatridia, la discriminación y, recientemente, también el cambio climático, se consideran los principales factores que hacen que las personas, especialmente las mujeres, los niños y los miembros de grupos marginados, sean vulnerables al tráfico (Directiva UE 2024/1712 por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra el tráfico de personas y a la protección de las víctimas, 13 de junio de 2024, p. 1). Esta combinación de cuestiones sensibles, actores interesados y activistas convierte la elaboración de políticas y leyes, la teoría y la investigación sobre el tráfico de personas en un campo complejo y propenso a conflictos.

II. DEFINICIONES Y ESTIMACIONES GLOBALES

El tráfico de personas comparte algunos puntos en común con la delincuencia organizada y la delincuencia transnacional. Cabe destacar que el concepto del tráfico de personas es tan difícil de definir como el de delincuencia organizada. Además, el tráfico de personas, al igual que la delincuencia organizada, no puede contabilizarse ni cartografiarse fácilmente de forma fiable. Sin embargo, es evidente que existe un gran interés en las llamadas «estimaciones globales» sobre el número de personas objeto de trata, el número de personas sometidas a servidumbre, servidumbre por deudas o esclavitud, sometidas a prostitución forzada o trabajo forzado, y las ganancias generadas por tráfico de personas¹.

¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2014): *Profits and Poverty: The economics of forced labour*. International Labour Office: Geneva, 5-6.

Las estimaciones del número de personas «esclavas» (o víctimas de trata) para 2020 ascienden a aproximadamente 50 millones de personas sometidas a condiciones análogas a la esclavitud (trabajo forzoso: 27,6 millones, matrimonio forzoso: 22 millones)². Para 2023, Walk Free también ha detectado 50 millones de «esclavos» (www.walkfree.org). La base de datos de estas estimaciones globales es deficiente³. Y, en ocasiones, este tipo de «investigación» activista genera resultados extraños. Así, por ejemplo, los factores de riesgo (predictores) más importantes del matrimonio forzado, según un texto de 2018, coescrito por Jacqueline Joudo Larsen, jefa de Investigación Global de Walk Free, se identifican como: «ser mujer», «estar casada», «vivir en un pueblo pequeño» y «vivir en un país con mayor índice de vulnerabilidad»⁴. El objetivo principal de generar estas «estimaciones globales» es, evidentemente, movilizar al público, los medios de comunicación y los políticos, así como concienciar⁵ y legitimar el llamamiento a la eliminación total de la «esclavitud moderna» (sin embargo, Emile Durkheim ciertamente sugeriría que, al eliminarse la «esclavitud moderna», se detectarían otras y nuevas formas de esclavitud).

El mismo objetivo (movilización) se persigue al estimar las ganancias globales de la trata de personas (en lugar de las ganancias derivadas de la prostitución, el trabajo forzoso y el trabajo infantil). Sin embargo, la base de estas estimaciones es aún más débil que la de las estimaciones del número de «esclavos». En este caso, encontramos una estimación de las ganancias anuales derivadas de la trata de personas en Europa que ascendió a 29400 millones de euros en 2015, cifra para la cual se utiliza una publicación de Europol⁶. Sin embargo, un análisis más detallado de la publicación de Europol⁷ revela que Europol, en dicha publicación, afirmó que no existen datos disponibles sobre las ganancias en Europa⁸ y se refirió entonces a una estimación global de las

² ILO, Walk Free & IOM (2022). *Global Estimates of Modern Slavery Forced Labour and Forced Marriage*. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/, 2.

³ Véanse las evaluaciones críticas de ALBRECHT H.-J. (2019). «Measuring Human Trafficking». In: Haverkamp, R., Herlin-Karnell, E., Lernestedt, C. (eds.): *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*. London: Hart, 37-51 y Bartsch, T. et al. (2021). *Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB)*. Hannover: KFN, 36-37.

⁴ news.gallup.com/opinion/methodology/237281/estimating-risk-modern-slavery-2018.aspx

⁵ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2014): *Profits and Poverty: The economics of forced labour*. International Labour Office: Geneva.

⁶ COMISIÓN EUROPEA (2021). *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*. COM (2021) 171 final, Brussels, 14. 4. 2021, 6.

⁷ EUROPOL (2015). *The THB Financial Business Model. Assessing the Current State of Knowledge*. The Hague: Europol, 5.

⁸ EUROPOL (2015). *The THB Financial Business Model. Assessing the Current State of Knowledge*. The Hague: Europol, 5.

ganancias realizada por la OIT en 2005 (lo cual parecía posible, aunque no se disponía de datos sobre Europa).

Sin embargo, la Comisión Europea continúa afirmando que los ingresos delictivos derivados de la trata con fines de explotación sexual en la UE en un solo año pueden estimarse en 14000 millones de euros⁹. Sin embargo, el estudio «Mapeo del riesgo de que la delincuencia grave y organizada se infiltre en negocios legítimos», citado para respaldar dicha estimación y realizado en nombre de la Comisión Europea, generó una estimación inferior de ingresos de 400 millones de euros y una superior de 14000 millones de euros¹⁰. Este amplio rango indica que no es posible realizar estimaciones válidas. La Comisión simplemente tomó la estimación superior y suprimió la inferior. Además, se argumenta que la aplicación de la legislación penal sobre la trata de personas adolece de problemas bien conocidos en la vigilancia de otros delitos de trata (y transacciones) y de los mercados (ilícitos) asociados a dichas transacciones. Estos mercados pueden caracterizarse de la siguiente manera:

Están impulsados por la demanda (expresada por la sociedad en general, visible en particular en el trabajo forzoso que proporciona las bases físicas del campeonato mundial de fútbol de 2022). Efectos de reemplazo: los perpetradores son reemplazados fácil e inmediatamente (si es que quedan incapacitados). Las víctimas se muestran reacias o no están dispuestas a apoyar a las fuerzas del orden. Los delitos contra las transacciones requieren el desarrollo de estrategias policiales proactivas (y preventivas). El fenómeno de la trata de personas presenta vínculos con otros problemas delictivos. El tráfico de inmigrantes se considera estrechamente asociado con la trata de personas (van der Leun y van Schijndel, 2016)¹¹. La trata de personas para la extracción de órganos se refiere a la conflictiva regulación del trasplante de órganos en general. Ciertas prácticas de adopción internacional se han identificado hace décadas como trata de menores¹². Por supuesto, la trata de personas está estrechamente asociada con prácticas de explotación (como el trabajo forzoso o la prostitución forzada). Sin embargo, la trata es un precursor de la explotación.

⁹ COMISIÓN EUROPEA (2021). *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*. COM (2021) 171 final, Brussels, 14. 4. 2021, 6.

¹⁰ HULME, S. et al. (2021). *Mapping the risk of serious and organised crime infiltrating legitimate businesses*. Brussels: European Commission, 19.

¹¹ VAN DER LEUN J., VAN SCHIJNDEL, A. (2016). «Emerging from the shadows or pushed into the dark? The relation between the combat against trafficking in human beings and migration control». *International Journal of Law, Crime and Justice*, 44, 26-42.

¹² ALBRECHT, H.-J. (1994). *Kinderhandel – Eine Untersuchung zum (gewerblichen) Handel mit Kindern*. Bonn: Bundesministerium der Justiz.

III. ¿QUÉ ES EL TRÁFICO DE PERSONAS?

El tráfico de personas se refiere a las actividades mediante las cuales, mediante el uso de la fuerza, la coerción o el fraude, se recluta a personas y se las coloca en diversos mercados (lícitos e ilícitos) con fines de explotación. Por lo tanto, el tráfico de personas debe distinguirse, por un lado, de otras actividades delictivas como el tráfico ilícito de migrantes, ciertas formas de adopción internacional y las formas penalizadas de explotación de la prostitución, el abuso sexual infantil o situaciones como la esclavitud y la servidumbre. El término trata de personas no puede ser engañoso, como sugiere incorrectamente el Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2009¹³. Este delito no se describe con precisión como esclavitud, pero sí enfatiza correctamente el reclutamiento y la colocación. Los delitos de trata de personas tipifican como delito el riesgo de explotación (intencionada) a través de la prostitución o el trabajo, así como los actos que reclutan, trasladan y colocan a personas mediante la fuerza, la coerción o el fraude (en el caso de víctimas adultas) en los mercados laborales o sexuales. Por lo tanto, la protección mediante el derecho penal interviene con anterioridad y sanciona las acciones que preceden a las propias prácticas de explotación (que se tipifican en las legislaciones penales nacionales bajo tipos penales específicos, como por ejemplo la prostitución forzada, el trabajo forzoso, la adopción ilegal o el trasplante ilícito de órganos). Desde una perspectiva criminológica, el concepto de trata de personas ofrece un enfoque a los procesos de reclutamiento y colocación, que son de gran relevancia para comprender y explicar los mercados del sexo, pero también los mercados de drogas, las prácticas de adopción o el trasplante de órganos.

IV. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO

El Protocolo sobre la Trata de Personas, anexo a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (COT) de 2000, ha proporcionado por primera vez una definición internacionalmente autorizada de la trata de personas, que orienta la elaboración de la legislación penal nacional sobre la trata de personas, pero también señala la complejidad del fenómeno y las sensibilidades asociadas a él, en particular a la hora de definir la «explotación». El Protocolo sobre la Trata de Personas marca el inicio de los esfuerzos internacionales

¹³ UNODC (2009). *Global Report on Trafficking in Persons*. Vienna: United Nations, 6.

para reprimir y prevenir eficazmente la trata de personas en sus formas primarias (trata con fines de explotación sexual, explotación laboral, explotación infantil y extracción de órganos). Sin embargo, varias convenciones internacionales precursoras ya han prohibido la esclavitud (blanca) y la explotación de la prostitución; además, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 exige la represión (aunque no se menciona explícitamente en el derecho penal) de todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución (artículo 6).

En el marco de las Naciones Unidas, un Relator Especial sobre la trata de personas se ocupa de los aspectos de derechos humanos de las víctimas de la trata, realiza visitas a países y publica informes temáticos (véase, por ejemplo, el Informe del Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 2022, que profundiza en la relación entre el cambio climático y el aumento del riesgo de trata de personas impulsado por la desigualdad, la pobreza y la discriminación). Con base en la TOC 2000 y sus protocolos, se facilita la coordinación y el desarrollo de capacidades para la represión y prevención de la trata de personas. Posteriormente, la UNODC desarrolló (en parte en cooperación con la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Internacional para las Migraciones) una importante capacidad de investigación e implementó la recopilación sistemática de datos sobre la trata, lo que contribuyó al Informe Mundial sobre la Trata de Personas, disponible ahora en su séptima edición (2023), y a la creación de una base de datos completa de casos de trata de personas (que hoy en día constituye un conjunto de datos que incluye información sobre más de 450.000 víctimas y 300.000 sospechosos de delitos identificados por organismos de justicia penal en todo el mundo entre 2003 y 2021¹⁴). Sin embargo, el propósito de esta iniciativa no está claro. Los datos, si es que son significativos, son el resultado de procesos de selección parcialmente conocidos, pero en su mayoría desconocidos. Reflejan el marco jurídico internacionalmente muy divergente de la trata de personas y la aplicación de las leyes sobre delitos de trata.

Entre los instrumentos internacionales y supranacionales, se encuentra el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005, que reitera las obligaciones derivadas del Protocolo Adicional al TOC de 2000 y exige políticas y programas eficaces destinados a prevenir la trata y proteger a las víctimas, perseguir penalmente a los tratantes y promover la coordinación de las acciones nacionales y la cooperación internacional. Con

¹⁴ www.unodc.org/unodc/data-and-analysis/glotip.html

base en el artículo 36 del Convenio, se establece un mecanismo de revisión y seguimiento denominado GRETA (Grupo de Expertos en la Lucha contra la Trata). GRETA se encarga de examinar y supervisar la implementación del Convenio en los Estados miembros, formular observaciones sobre su estado de implementación y publicar informes. Recientemente, el Consejo de Europa ha emitido la Recomendación CM/Rec (2022)²¹ sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. La exposición de motivos de la Recomendación CM/Rec (2022)²¹ argumenta que aún existen deficiencias significativas en la respuesta a la trata de personas y que se debe mejorar la eficacia de las iniciativas de prevención. Se recomienda a los Estados miembros del Consejo de Europa que adopten normas estrictas de diligencia debida para detectar (y proteger) a las posibles víctimas basándose en factores de riesgo de trata de personas actualizados periódicamente (y válidos) y que creen e implementen regulaciones del mercado laboral (y agencias de empleo con el personal y la financiación adecuados) adecuadas para monitorear y prevenir prácticas propensas al abuso.

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Exposición de Motivos de la Recomendación CM/Rec (2022)²¹ recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que, en la sentencia más importante *Rantsev c. Chipre y Rusia* de 2010, resume los enfoques europeos sobre la trata de personas (véase *Rantsev c. Chipre y Rusia*, n.º 156-174). El tribunal concluyó que la falta de identificación y protección efectiva de las víctimas de la trata constituye una violación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien el artículo 4 prohíbe explícitamente la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, el TEDH argumenta que la trata de personas (tal como se define en el protocolo del TEDH) también entra en el ámbito de aplicación del artículo 4 (*V.C.L y A.N. c. Reino Unido*, sentencia de 16 de febrero de 2021, n.º 148), ampliando así los conceptos de esclavitud y trabajo forzoso. La jurisprudencia sobre trata de personas del Tribunal de Estrasburgo ha ampliado las obligaciones de los Estados derivadas del artículo 4 (*S. M. c. Croacia*, sentencia de 25 de junio de 2020, n.º 305). Los Estados deben establecer e implementar un marco regulatorio que permita la investigación y sanción efectivas de la trata de personas (con especial énfasis en la identificación efectiva de las posibles víctimas), la prevención efectiva de la trata de personas y la protección práctica y efectiva

de los derechos de las víctimas. La esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de personas han sido explícitamente prohibidos en el artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

VI. EVALUACIÓN DE LA DIRECTIVA DE LA UE SOBRE EL TRÁFICO DE PERSONAS DE 2011

Poco después de la entrada en vigor de la TOC y en sus Protocolos, la Unión Europea emitió la Decisión Marco sobre la lucha contra el tráfico de personas (2002/629/JAI). Esta Decisión Marco de 2002 fue sustituida por la Directiva de 2011 sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. Esta Directiva amplió el ámbito de aplicación de los delitos de trata, estableció penas mínimas más severas e introdujo normas más detalladas sobre la protección, la asistencia y el apoyo a las víctimas, la prevención y la recopilación de datos sobre la trata de personas. Las víctimas de la trata estarán protegidas del enjuiciamiento y el castigo por los delitos que se hayan visto obligadas a cometer. Esto se justifica por los derechos humanos de las víctimas, la prevención de una mayor victimización y la mayor eficacia del enjuiciamiento penal, al animar a las víctimas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Estos objetivos también se consideran en la legislación de la Unión Europea relativa a los permisos de residencia para víctimas con nacionalidad de terceros países. Se hizo hincapié en la asistencia y el apoyo a los niños víctimas de la trata, reconociendo su especial vulnerabilidad y las obligaciones correspondientes derivadas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

El artículo 18 de la Directiva de 2011 aborda la cuestión de desincentivar la demanda y, por lo tanto, abre un debate sobre cómo responder a la prostitución (y a la demanda de prostitución). En este caso, la Unión Europea no impuso la obligación de penalizar la demanda de prostitución (ni la compra de servicios sexuales), sino que introdujo una recomendación (suave) para considerar la desincentivación de la demanda tipificado como delito el uso de servicios prestados por víctimas de trata de personas a sabiendas de que la víctima ha sido víctima de trata. La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la explotación sexual y la prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)), adopta una postura diferente y se muestra claramente a favor de la prohibición total de la prostitución y la demanda de servicios sexuales remunerados. Ante la falta de datos válidos sobre la trata de personas, la Directiva de la UE de 2011 introduce finalmente la obligación

de implementar mecanismos que permitan recopilar estadísticas relacionadas con la trata de personas y evaluar las políticas nacionales contra la trata. Al presentar la Estrategia de la UE para la Lucha contra el Tráfico de Personas 2021-2025, la Comisión Europea¹⁵ reconoció la urgente necesidad de evaluar la Directiva de 2011 sobre la trata de personas, evaluar su impacto en las diversas formas de tráfico de personas, sus deficiencias y considerar las peticiones de una nueva directiva que responda a los antiguos problemas sin resolver y a los nuevos desafíos. Se llevó a cabo una evaluación en 2021/2022 y se presentó un informe a finales de 2022¹⁶. El informe de evaluación, en primer lugar, destaca las importantes limitaciones debidas a las lagunas y otras deficiencias en la recopilación de datos, lo que impide un análisis detallado del tráfico de personas. A continuación, señala las deficiencias en la detección del delito (también debido a la falta de recursos disponibles para la formación y el desarrollo de capacidades), que suponen importantes obstáculos para la identificación temprana de las víctimas¹⁷. Además, el informe reconoce que el número de investigaciones, procesamientos y condenas de tratantes es bajo y concluye que el uso limitado de las leyes penales contra la trata genera una cultura de impunidad¹⁸. A continuación, se destacan nuevas formas de trata de personas, como el matrimonio forzado, la adopción ilegal, la trata con fines de fraude en las prestaciones sociales y la gestación subrogada ilegal. La extensión de la explotación a los matrimonios forzados se corresponde con la obligación del Convenio de Estambul del Consejo de Europa (Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011) de introducir un estatuto penal que penalice el matrimonio forzado. Respecto a la tipificación del matrimonio forzado como delito, se ha planteado la cuestión de si esto contribuirá a la estigmatización de los grupos inmigrantes y minoritarios, y se ha argumentado que se trata de un mero derecho penal simbólico que se centra en las prácticas culturales nocivas. De hecho, la experiencia con el estatuto penal del

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION (2021). *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*. COM (2021) 171 final, Brussels, 14.4.2021.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION (2022). *Evaluation of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*. Brussels, 19.12.2022, SWD (2022) 427 final.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION (2022). *Impact Assessment Report accompanying the document «Proposal for a Directive amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims»*. Brussels, 19.12.2022, SWD (2022) 425 final.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION (2022). *Impact Assessment Report accompanying the document «Proposal for a Directive amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims»*. Brussels, 19.12.2022, SWD (2022), 16.

matrimonio forzado en Europa demuestra que se aplica con poca frecuencia y que se califica como derecho penal simbólico.

Se observan deficiencias en el procesamiento de personas jurídicas y en la asistencia a las víctimas, en particular a las pertenecientes a minorías, incluidas las víctimas con discapacidad y los miembros de la comunidad LGBTIQ+¹⁹. La importancia de las responsabilidades corporativas para prevenir la trata de personas ha sido reconocida en una Directiva de la Unión Europea sobre la debida diligencia corporativa en materia de sostenibilidad (Directiva 2024/1760), que entró en vigor el 25 de julio de 2024 y que se sumó a la ya pesada carga burocrática de las empresas europeas. La Directiva tiene como objetivo fomentar un comportamiento corporativo sostenible y responsable en todas las cadenas de valor globales e identificar y prevenir la explotación laboral, la esclavitud y el trabajo infantil (véase también la Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, 2018). Si bien ya parece difícil lograr el consenso sobre las obligaciones de supervisión de las cadenas de valor globales entre los miembros de la Unión Europea, sin duda será un desafío extraordinario establecer este tipo de obligaciones de supervisión a nivel mundial. El informe señala, por tanto, (de nuevo) la cuestión de La demanda (que se corresponde con los problemas que se encuentran en otros mercados ilícitos, por ejemplo, las drogas, la pornografía infantil, la inmigración ilegal, etc.) y la ya conocida cuestión de si la amenaza de sanciones penales reducirá (o disuadirá) la demanda (o la delincuencia en general). Según la evaluación de la Comisión, la demanda fomenta la trata de seres humanos y contribuye a la amenaza continua de la trata de personas. Sin duda, existe demanda de prostitución, aunque no está claro si existe una demanda específica de prostitutas víctimas de trata (o prostitución forzada) ni cómo podría medirse dicha demanda²⁰. Además, la legislación penal que penaliza el uso de servicios exigidos a las víctimas de trata difiere ampliamente en la Unión Europea y en todo el mundo²¹. Finalmente, se abordó la cuestión de cómo se aplica el principio de no sanción establecido en el artículo 8 de la Directiva de la UE sobre la trata de personas de 2011 (y el artículo 26 del Con-

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION (2022). *Impact Assessment Report accompanying the document «Proposal for a Directive amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims»*. Brussels, 19.12.2022, SWD (2022) 425 final, 20.

²⁰ CAUDURO, A. (2009). «Review of the Research Studies on the Demand for Prostitution in the European Union and Beyond». In: Nicola, A.D., Cauduro, A., Lombardi, M., Ruspini, P. (eds.): *Prostitution and Human Trafficking*. Springer, New York, NY. https://doi.org/10.1007/978-0-387-73630-3_2.

²¹ EUROPEAN COMMISSION (2022). *Impact Assessment Report accompanying the document «Proposal for a Directive amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims»*. Brussels, 19.12.2022, SWD (2022) 425 final, 22.

venio del Consejo de Europa sobre la trata de personas de 2005). Los informes de GRETA²² y de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior²³, así como el Informe del Relator Especial sobre la trata de personas²⁴, revelan deficiencias en las disposiciones nacionales de no sanción y en su aplicación a nivel europeo y mundial, y subrayan la necesidad de realizar investigaciones sociojurídicas sobre este tema. En este sentido, también deben considerarse las denuncias de que los inmigrantes manipulan el sistema de justicia penal y de inmigración haciéndose pasar por víctimas de la trata de personas.

VII. DIRECTIVA SOBRE EL TRÁFICO DE PERSONAS DE 2024

La Directiva sobre la Trata de Personas 2024/1712 de la Unión Europea (Directiva por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas), de 13 de junio de 2024, amplía la explotación a la gestación subrogada, el matrimonio forzado y la adopción ilegal, endurece las sanciones para las empresas infractoras, hace hincapié en la aplicación estricta del embargo preventivo y el decomiso de activos derivados de la trata y busca mejorar la recopilación de datos sobre la trata de personas. Además, la Directiva introduce normas mínimas relativas a la penalización del uso de servicios explotados por víctimas de trata. Los Estados miembros estarán obligados a promulgar leyes penales que tipifiquen como delito el uso de servicios de personas explotadas y objeto de trata a sabiendas de que son víctimas de trata. No se introdujo la obligación de penalizar a los compradores de servicios sexuales en general. Suecia introdujo en 1999 una legislación penal que penaliza la demanda de servicios sexuales de pago, pero no a quienes los prestan. Además, ha introducido un modelo adoptado en algunos países europeos²⁵ y aprobado en Irlanda

²² GRETA (2021). Submission by the Council of Europe Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA) pursuant to the call for written submissions from the UN Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children concerning input for the report on the implementation of the non-punishment principle. Strasbourg: Council of Europe.

²³ COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS (2021). *Report on the implementation of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*. European Parliament, A9-0011/2021.

²⁴ Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons (2021). Implementation of the non-punishment principle. Implementation of the non-punishment principle. United Nations, General Assembly, A/HRC/47/34, 17 May 2021.

²⁵ KINGSTON, S., THOMAS, T. (2019). «No model in practice: a 'Nordic model' to respond to prostitution?». *Crime, Law and Social Change* 71, 423–439.

y Francia, Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no siempre se comparte la idea generalizada de que el enfoque sueco ha logrado reducir la prostitución y, por lo tanto, puede servir de modelo (véase el análisis exhaustivo de las leyes sobre compra de sexo en el Comité de Asuntos Internos de la Cámara de los Comunes²⁶).

El enfoque nórdico, de tener éxito, constituiría uno de esos casos excepcionales de disuasión mediante el castigo. En cualquier caso, plantear la cuestión como un conflicto entre «pro-prostitución» y «contra-prostitución» (o «abolicionistas»)²⁷ es una estrategia desacertada que se nutre de un enfoque altamente polarizado y moralizante de la prostitución. Desde la perspectiva de la teoría del derecho penal y la criminología, surgen dos preguntas cruciales en este contexto:

(1) ¿Conlleva la oferta o la demanda de servicios de prostitución un daño lo suficientemente grave como para merecer un castigo penal?

(2) ¿Es el castigo penal de la compra (y venta) de servicios sexuales proporcional en el sentido de que previene el daño y, en última instancia, proporciona más beneficios que perjuicios (que siempre conlleva la penalización)?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Francia ha tratado estas cuestiones en un caso presentado contra Francia (M.A. y otros contra Francia, sentencia del 25 de julio de 2024), que también ha adoptado una legislación penal que amenaza con una multa penal a los compradores de sexo (artículos 225-12-1 y 611-1 del Código Penal). El Tribunal de Estrasburgo sostuvo que la legislación francesa relativa a los compradores de sexo no infringe el artículo 8 del CEDH (derecho a la privacidad). Reconociendo que Francia había adoptado una posición minoritaria en Europa, el Tribunal subrayó entonces que se estaba produciendo un debate, que mostraba amplias diferencias de opinión en relación con la cuestión de si la penalización podría dar lugar a una reducción de la trata. De estas diferencias, el Tribunal concluyó que se seguía «un amplio, si no ilimitado, margen de apreciación». La legislación francesa que penaliza la compra de sexo interfiere con el derecho a la privacidad, pero estaba en consonancia con los estándares de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal sostuvo finalmente que Francia tenía el deber de mantener bajo revi-

²⁶ HOUSE OF COMMONS HOME AFFAIRS COMMITTEE (2016). *Prostitution. Third Report of Session 2016–17* London: Home Affairs Committee, 22–28.

²⁷ EKBERG, G.S. (2019). «The Swedish Approach to Prostitution and Trafficking in Human Beings Through a Gender Equality Lens». In: Winterdyk, J., Jones, J. (eds) *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*. Palgrave Macmillan, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-63192-9_34-1.

sión constante el enfoque basado en el derecho penal de la prostitución. Al analizar la proporcionalidad, el Tribunal no intentó analizar exhaustivamente la evidencia sobre si la trata de personas con fines de explotación sexual puede reducirse penalizando la prostitución consensual entre adultos. El Tribunal dio margen para moralizar el derecho penal, simplemente concluyendo, a partir de opiniones internacionalmente muy dispares, que existe un margen de apreciación ilimitado al decidir sobre la sanción de las relaciones sexuales remuneradas consensuales entre adultos.

VIII. CONCLUSIONES

Sin duda, la depuración del derecho penal de los delitos morales tuvo su momento en los años 1960 y 1970. Hoy en día, los efectos moralizadores y censuradores del derecho penal y del castigo son evidentemente bienvenidos de nuevo, no sólo en este campo.

58. EL USO ILEGÍTIMO DE EQUIPOS TERMINALES DE TELECOMUNICACIÓN (ART. 256 CP) COMO DELITO DE DEFRAUDACIÓN

ALBERTO ALONSO RIMO

I. Pretendo con este trabajo aproximarme a uno de los principales problemas interpretativos que plantea el delito de uso ilegítimo de equipos terminales de telecomunicación regulado en el art. 256 CP: el alcance de su acción típica y, estrechamente vinculado a ello, la delimitación de esta figura delictiva frente a la prevista en art. 255 CP. Dadas las limitaciones de espacio existentes, el análisis se realizará de manera concisa. Más allá de las aportaciones concretas sobre el tema que puedan derivarse de estas líneas, lo relevante es que sirvan para contribuir al homenaje a José Luis de la Cuesta Arzamendi, al que me sumo con admiración y afecto.

II. Según se suele señalar, esta infracción se introdujo en nuestro ordenamiento con el Código penal de 1995 para hacer frente a los abusos telefónicos del personal en determinados sectores como el de los trabajadores del hogar o de la Administración Pública. Pero lo cierto es que, en los términos en que se acabó plasmando en la ley, no queda limitada a esos ámbitos específicos¹, ni tampoco exclusivamente a las actuaciones referidas a servicios de te-

¹ Destacándolo, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «De las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas», en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, V. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1270, y MIRA BENAVENT, J.; «El delito de defraudación de fluido eléctrico y análogas (con especial referencia crítica a su bien jurídico protegido y al objeto del delito)», *RGDP* 26, 2016, p. 27.

lefonía², por más que estas últimas sí que constituyan, con diferencia, la principal casuística en la que se aprecia en la práctica. Habitualmente se aplica, así, a supuestos de utilización de un teléfono sin consentimiento de su titular, por ejemplo para llamar a parientes o amigos por parte de quien presta servicios en una casa como cuidadora (SAP de Álava 169/2013, 16-5), de un administrativo que trabaja para una mercantil (SAP de Asturias 303/2005, 27-10), de un sujeto al que se le habían dejado las llaves del inmueble para que hiciera trabajos de albañilería y aprovecha para llamar a teléfonos con prefijo 906 de contactos, líneas eróticas y servicios de lectura del tarot (SAP de Burgos 124/2001, 27-9), o en casos de llamadas llevadas a cabo por quienes se han encontrado previamente un teléfono móvil o lo han sustraído (SSAP de Ciudad Real 178/2003, 30-10 y de Madrid 144/2006, 1-3).

El tenor legal del art. 256 CP habla simplemente de *hacer uso* de un equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento del titular y causando a este un perjuicio económico, sin que, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 255 CP, se haga referencia a cometer defraudación o al empleo de medios clandestinos. Con base en ello, partiendo de una interpretación estrictamente literal del art. 256 CP, se ha considerado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritarias que bastaría en principio para cumplimentar el tipo con cualquier clase de utilización no consentida del terminal de telecomunicación. No sería necesario, pues, de acuerdo con este entendimiento del precepto, y dado que no se exige expresamente, que la referida conducta vaya acompañada del engaño característico de las defraudaciones, y de esa forma vendría dada su diferenciación con el delito del art. 255 CP.

Lo interpreta así, por ejemplo, Pérez Manzano³, subrayando que no es preciso que el equipo terminal se manipule fraudulentamente, sino que se utilice correctamente pero sin autorización del titular, y, en sentido similar, González Rus⁴, Gallego Soler⁵, Bajo Fernández/Carracedo Carrasco/Molina Fer-

² QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal español, Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 558.

³ PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas», en Bajo Fernández, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, V. II, Madrid: Centro de estudios Ramón Areces S.A., 1998, p. 498.

⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Artículo 256», en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Comentarios al Código penal*, T. VIII, Madrid: Edersa, 1999, p. 554.

⁵ GALLEGO SOLER, J.I.: «Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255)», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023 p. 593.

nández⁶, Roca de Agapito⁷ y Faraldo Cabana⁸, entre otros. En el marco de esta concepción, algunos entienden que es típico solo el uso no autorizado⁹, mientras que otros consideran que lo sería también el abuso —es decir, la utilización del terminal por parte de quien cuenta con autorización para ello pero extralimitándose en las condiciones de su uso, realizando llamadas de carácter personal, por ejemplo, pese a tratarse de un teléfono de empresa—¹⁰. A mi juicio, desde la perspectiva de esta exégesis amplia del art. 256 CP que ahora se analiza, llevarían razón los segundos, pues el empleo del equipo terminal fuera de las coordenadas en las que se ha autorizado, para fines o en horarios distintos a los convenidos, puede considerarse un uso no consentido, y el ataque patrimonial derivado del mismo se produce en similar medida si no ha existido consentimiento en absoluto o si este se hallaba sujeto a determinados límites que se han incumplido.

En la jurisprudencia es un buen ejemplo de la interpretación literal del art. 256 CP a que se viene haciendo referencia la SAP de Álava 169/2013, 16-5, en la que se resalta que el delito contenido en dicho precepto no es una defraudación en los términos que requiere la figura del art. 255 CP, por cuanto en aquel no se contemplan los medios o formas de defraudación típicos que definen a esta. O la SAP de Santander 567/2012, 2-11, que singulariza el delito del art. 256 CP frente al anterior con base en que en él el uso no autorizado tiene lugar sin la utilización de medios clandestinos, «mediante el

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M./CARRACEDO CARRASCO, E./MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento Penal* 2025, Madrid, 2024, p. 1399.

⁷ ROCA DE AGAPITO, L.: «Defraudaciones del fluido eléctrico y análogas», en VVAA (dirs.) y Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (coords.): *Esquemas de la parte especial de derecho penal (I)*, Valencia, 2011, p. 326.

⁸ FARALDO CABANA, P.: «Capítulo 16. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 770.

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M./CARRACEDO CARRASCO, E./MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Defraudaciones...», cit., p. 1399, GALLEGO SOLER, J.I.: «Defraudaciones...», cit., p. 593, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: «Las objetables y escasamente atendidas "defraudaciones de fluido eléctrico y análogas": ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?», *Revista Penal*, enero 2025, 55, p. 198, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: «Capítulo 24. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI)», en Morillas Cueva, L. (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2024, p. 619, SAP de Madrid 728/2015, 19-10.

¹⁰ VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «De las defraudaciones...», cit., p. 1270, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal: Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 477, GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Artículo 256», cit., p. 555, ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 76, ROCA DE AGAPITO, L.: «Defraudaciones...», cit., p. 326, SALINERO ALONSO, C.: «Defraudaciones: estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en Terradillos Basoco, J.M. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, T. III, Derecho Penal, Parte Especial, V. I*, Madrid: Iustel, 2016, p. 431, SAP de Asturias 303/2005, 27-10.

simple empleo no consentido del equipo terminal conforme a su destino». Asimismo pronunciamientos como los de las SSAP de Zamora 29/2003, 26-2 y de Barcelona 25/2005, 15-12, o el Auto AP de Soria 33/2004, 6-2, en los que se enumeran como requisitos típicos de la figura del art. 256 CP: «a) la utilización de un terminal o teléfono móvil por quien no aparece como titular del mismo; b) la falta de consentimiento por parte de su titular para esta utilización efectuada por el sujeto activo de la infracción; c) la causación de un perjuicio económico (...); y d) el elemento subjetivo del injusto típico que ha de abarcar la falta de consentimiento del titular del equipo telefónico y el perjuicio económico para el mismo», no requiriéndose a esos efectos, por tanto, ninguna clase de comportamiento engañoso. O, en fin, aquellos que, aun sin enunciar expresamente esta caracterización del tipo, condenan por el art. 256 CP acciones de mero uso del terminal sin consentimiento de su titular (entre otras, SSAP de Burgos 124/2001, 27-9, de Asturias 303/2005, 27-10, y de Gipuzkoa 217/2006, 15-6).

III. En sentido diverso, el delito de defraudaciones de fluido eléctrico y análogas regulado en el art. 255 CP se considera de forma muy generalizada por doctrina y jurisprudencia una infracción de carácter defraudatorio. Además de su ubicación sistemática –en un capítulo titulado «De las defraudaciones»– y de la propia denominación legal («defraudaciones de fluido eléctrico y análogas»), ello se deduce asimismo en este caso de su formulación típica, pues al describir la conducta el art. 255 CP habla del que «cometiere defraudación», y al definir los medios comisivos típicos, en el inciso 1.º, alude a mecanismos instalados «para realizar la defraudación»¹¹.

Lo anterior deja fuera del marco de tipicidad de este delito los comportamientos consistentes en la utilización de fluidos o energías en los que está ausente el engaño, aun cuando tal utilización se lleve a cabo sin autorización del titular y causando un perjuicio económico a este. Se ha afirmado en esta línea que «la derivación irregular de energía no es conducta típica por sí sola si no va acompañada de defraudación económica, mediante la manipulación o elusión de los medios técnicos puestos por las compañías suministradoras para la cuantificación económica del servicio», y que el hecho de beneficiarse «del consumo de electricidad no abonado no implica por sí solo la comisión del tipo

¹¹ Cfr., no obstante, considerando que esta figura se acerca más al hurto que a las defraudaciones en sentido estricto, MORILLAS CUEVA, L.: «Artículo 255», en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal, T. VIII*, Madrid: Edersa, 2005, p. 527, o que tiene una naturaleza muy similar al hurto, PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., «Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 2025, p. 301.

penal» (SSAP de Tarragona 437/2019, 30-10 y 121/2020, 13-3)¹². En los términos en que lo expresa Mira Benavent, en atención al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal «para que la conducta sea constitutiva de delito es necesario que la causación del perjuicio económico derivada de un uso no consentido de la energía o fluido (desvalor del resultado) vaya acompañada de una forma de actuar especialmente grave que el tipo del art. 255 CP ha concretado en la realización de una defraudación (desvalor de acción)»¹³. De acuerdo con ello, se ha absuelto en un supuesto en el que por parte de la compañía eléctrica no fue «cortado el suministro de energía ni quitado el contador», con base en que «el impago del fluido eléctrico consumido no supone infracción penal alguna, sino un simple incumplimiento contractual que debiera ser reclamado en la vía civil» y en que no ha quedado probado que el sujeto «haya consumido fluido eléctrico valiéndose de algún mecanismo o artificio ajeno a los instalados (...) o empleando cualquier otro procedimiento encaminado a ocultar, en todo o en parte, ese consumo a la entidad suministradora» (SAP de Granada 555/2002, 21-9).

El carácter clandestino que deben tener los medios típicos utilizados refuerza esta idea. Aunque de entrada el tenor literal del art. 255 CP parezca requerir dicha condición solo en la tercera modalidad comisiva del precepto, la referencia legal en esta a «cualesquiera otros medios clandestinos» permite entender que las anteriores igualmente deben reunir esa condición, que se alude con ello a otros medios (pero clandestinos, como los precedentes), lo que resulta acorde además con la naturaleza defraudatoria que ya se ha señalado que tiene el delito. Es importante resaltar que tal requisito de clandestinidad de los medios, ya consistan estos en mecanismos instalados para defraudar, en la alteración de los aparatos contadores o en cualquier otro ardid homologable, implica la atipicidad de los empleados de manera ostentosa, sin unas mínimas condiciones que permitan calificarlos de ocultos o secretos («clandestinos») –si, por ejemplo, la toma del suministro tiene lugar en un tramo muy visible de la vía pública y de manera indisimulada–, por mucho que acaben causando igualmente un perjuicio económico al titular de la energía o fluido suministrado. Ello se justifica por las razones gramaticales ya indicadas, y asimismo por razones de injusto, relacionadas en concreto con el necesario desvalor de acción que debe concurrir vinculado al carácter

¹² En sentido parecido, STS 509/2004, 20-4 y SAP de Barcelona de 13-5-1998; cfr. también las SSAP de Valladolid 17/2009, 13-1, y de Ávila 186/2010, 30-11, y la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Palma de Mallorca 507/2009, 11-12, calificando todas ellas el tipo del art. 255 CP como una forma impropia del delito de estafa.

¹³ MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., p. 17.

defraudatorio de la infracción –en el sentido señalado más arriba–, y, en estrecha relación con lo anterior, también por razones de imputación objetiva, parecidas en última instancia a las que fundamentan que en la estafa el engaño deba ser «bastante»¹⁴.

IV. El delito del art. 256 CP se ubica, igual que el del art. 255 CP, en el ámbito de las defraudaciones (capítulo VI del Título XIII del Libro II del CP), y se le atribuye legalmente, por tanto, esa misma designación genérica de defraudación. Tiene asignada, además, idéntica pena que el delito del art. 255 CP, el cual, según se ha comprobado en líneas anteriores, se interpreta de manera prácticamente unánime en términos defraudatorios. Con base en todo ello, y en atención especialmente a su penalidad, creo que se debería interpretar asimismo el delito del art. 256 CP como un tipo defraudatorio. De modo que, aun cuando no lo exija aquí explícitamente su tenor literal –tampoco lo excluye–, se restrinja su aplicación a conductas de utilización no autorizada de carácter engañoso o llevadas a cabo de manera fraudulenta, por ejemplo accediendo al terminal empleado marcando la clave de acceso obtenida ilícitamente. Conforme a esta exégesis, no bastaría entonces para apreciar el delito del art. 256 CP con un uso no consentido del equipo terminal¹⁵. Más allá de las razones sistémicas y de proporcionalidad en sentido estricto ya indicadas, esta concepción se sustenta en los mandatos de fragmentariedad y subsidiariedad penal. La posición que interpreta el tipo del art. 256 CP desvinculándolo del especial desvalor de acción inherente a los comportamientos defraudatorios obliga a considerar delictivos comportamientos de gravedad muy escasa. Desde esa perspectiva, una simple llamada no autorizada con un teléfono móvil ajeno, aunque sea por un valor económico insignificante, cubriría ya las exigencias típicas del art. 256 CP. Y esto resulta difícilmente conciliable, como decía, con las exigencias de mínima intervención penal, que se ha de recordar que derivan del principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso.

Se suele criticar con dureza la tipificación penal de estas conductas. Se destaca que se podrían prevenir con medios técnicos de control y a través de

¹⁴ De distinta opinión, afirmando que el término «clandestinos» debe interpretarse en este contexto en sentido amplio, como equivalente a «ilícitos», QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal...*, cit., p. 557, o a «no autorizados por la empresa suministradora», PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 496, y MORILLAS CUEVA, L.: «Artículo 255», cit., p. 534.

¹⁵ De este parecer también, GARCÍA ARÁN, M.: «De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte Especial, T. I*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 863 y 864, y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C.: «Arts. 255 y 256 CP», en GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Arts. 234-318 bis CP, T. III*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 241.

normas laborales, disciplinarias y civiles, y que la intervención penal resulta por tal razón «desmesurada»¹⁶. No obstante, a la vez, hemos visto como la gran mayoría de los autores optan por defender *de lege lata* una interpretación literal del delito que amplía en exceso su ámbito de aplicación y conduce a la vulneración de los principios citados¹⁷. En la misma línea, la SAP de Santander 567/2012, 2-11, empieza cuestionando la distinción entre los delitos de los arts. 255 y 256 CP sentada en la premisa de que solo en el primer caso se requiere a efectos típicos el uso de maniobras clandestinas y considerando necesaria una interpretación restrictiva del art. 256 CP que acote su aplicación a los comportamientos engañosos, si bien a renglón seguido afirma que una tal interpretación no se ha impuesto en la práctica, justificando que ello sea así con base en un argumento histórico (la desaparición en la versión final del precepto del adverbio «subrepticamente», que acompañaba a la conducta típica en el Proyecto de CP de 1994).

Aquí, con apoyo en los argumentos sistemáticos y garantistas explicados, se rechaza esta tesis hermenéutica de carácter literal, y tan amplia, del tipo del art. 256 CP, y se concluye en la obligatoriedad de interpretarlo en clave defraudatoria. Ello obliga a acudir a otras pautas –distintas a la que basa la diferenciación en su carácter o no defraudatorio– para delimitar ambas figuras delictivas.

V. Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia pone el acento, a estos efectos, en el dato de si el perjuicio económico se ocasiona al suministrador del servicio, en cuyo caso se aplicaría el art. 255 CP, o bien al consumidor obligado al pago del precio del suministro, debiendo apreciarse solo en estos últimos supuestos, según dicha concepción, el tipo del art. 256 CP¹⁸.

¹⁶ MORÓN LERMA, E.: *Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 47, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: «De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.): *Comentarios al Código penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 728, PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 498, QUINTERO OLIVARES, G.: «De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 705, GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Artículo 256», cit., pp. 553 y 554, ROCA DE AGAPITO, L.: «Defraudaciones...», cit., p. 326, ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos...*, cit., pp. 75 y 76, GARCÍA ARÁN, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 863, HERRERA MORENO, M.: «Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.): *Lecciones de Derecho Penal*, Parte Especial, T. II, Madrid: Tecnos, 2011, p. 112, MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., p. 27, SALINERO ALONSO, C.: «Defraudaciones...», cit., p. 431, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: «Las objetables...», cit., p. 185, entre otros.

¹⁷ *Vid.*, por todos, PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 498, y GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Artículo 256», cit., p. 554.

¹⁸ VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «De las defraudaciones...», cit., p. 1270, ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos*, cit., p. 77, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): administración desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en el mismo autor (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*,

Pero nada en la configuración legal de ambos preceptos justifica que se deba inferir esto.

Sujeto pasivo del delito del art. 255 CP es la persona, física o jurídica, que sufre el perjuicio económico resultante de la conducta de utilización fraudulenta de energías, fluidos o elementos análogos. Podrá tratarse de la empresa encargada de suministrar estos o bien del consumidor titular. El citado perjuicio económico cabe que se produzca, en efecto, solo para la compañía suministradora si la conducta defraudatoria consiste en un enganche no autorizado a la acometida general de distribución de fluido eléctrico, que evita que aquella pueda facturar por el servicio prestado (como sucede en los hechos enjuiciados en la SAP de Ciudad Real 29/2000, 4-12, entre muchas otras similares), pero también es posible que afecte directa y principalmente al consumidor, cuya red individual o contador han sido manipulados por un tercero para obtener energía gratuitamente, que será facturada al primero, ya sea este un particular (sí, como se recoge en la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Palma de Mallorca 507/2009, 11-12, existe un mecanismo instalado en el tubo de alimentación del contador de agua de una vivienda que permite a la vivienda contigua el disfrute del correspondiente suministro de agua sin pagar por ello, o bien desde el cuarto de contadores se efectúa una conexión directa de la luz de un local al contador eléctrico de otro propietario, según se refleja en la SAP de Murcia 93/2019, 26-11), ya sea una comunidad de vecinos (cuando se ha manipulado la caja de conexión eléctrica de la comunidad de propietarios ubicada en el rellano de la escalera a fin de realizar un enganche no autorizado a una vivienda particular, o se ha conectado un equipo de aire acondicionado de uso individual de una vivienda al cuadro de luz de emergencia de la comunidad de vecinos, como acontece en los casos juzgados respectivamente en las SSAP de Murcia 39/2020, 3-3, y de Madrid 185/2018, 8-3), o bien la propia Administración (si la conexión ilícita se efectúa a la red de suministro de energía eléctrica del sistema de alumbrado público y asimismo a la red de suministro de agua potable, aprovechándose de modo irregular el suministro de ambos fluidos en perjuicio del Ayuntamiento, SAP de Toledo 52/1998, 15-10)–. La primera clase de supuestos, los que afectan a las empresas suministradoras de

Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 485, QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal...*, cit., p. 558. Y, entre otras, la SAP de Barcelona 115/2010, 8-1, en la que se absuelve del delito por el hecho de que el enganche no autorizado estuviera conectado a la instalación particular de un vecino y no a la red general de la compañía eléctrica, indicándose que el acto de suministrarse energía de un vecino podrá conculcar normas administrativas e incluso causar un perjuicio a la empresa suministradora, pero «no supone defraudación en el sentido que describe el art. 255 CP», o la SAP de Soria 60/2019, 19-6, en la que se afirma que el delito exige la causación de «un perjuicio a la empresa suministradora».

las energías o fluidos, es a los que se aplica mayoritariamente el art. 255 CP, pero no de forma exclusiva, como hemos visto¹⁹.

A la luz de la configuración típica de dicho delito –dada la amplitud con que se definen los medios defraudatorios de los incisos primero y tercero del tipo básico del art. 255 CP, y dado también que en lo que respecta a su objeto material, como pone de relieve Mira Benavent, se especifica solo que las energías, fluidos o elementos utilizados fraudulentamente sean «ajenos»²⁰– no se ve por qué habrían de quedar descartados los comportamientos realizados en perjuicio de un consumidor y restringirse el ámbito de aplicación del precepto a los llevados a cabo en perjuicio del suministrador²¹. Como se afirma en la ya citada sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Palma de Mallorca 507/2009, 11-12, «(e)stamos ante un delito contra el patrimonio, sin que (...) sea un elemento determinante de la especialidad la titularidad del patrimonio defraudado. La especialidad viene determinada por el objeto de la defraudación, defraudación que puede perjudicar tanto al usuario del suministro de que se trate, como de la empresa suministradora del respectivo fluido. Si el perjudicado es un tercero privado, el perjuicio resultará al comparar la facturación con el consumo real». Por lo demás, mantener esa interpretación obligaría a concluir que defraudar cualquiera de los elementos a los que se refiere el art. 255 CP distintos a las telecomunicaciones –que es el que abarca solo el art. 256 CP– resultaría impune cuando el comportamiento se llevara a cabo en perjuicio de un particular. Es

¹⁹ Resaltándolo, entre otros, PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 496, BAJO FERNÁNDEZ, M./CARRACEDO CARRASCO, E./MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Defraudaciones...», cit., p. 1398, MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., p. 15, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: «Las objetables...», cit., p. 187, y, por ejemplo, las SSAP de Santander 7/2001, 18-1, de la AP de Las Palmas 62/2020, 26-2, y la sentencia del Juzgado n.º 3 de Palma de Mallorca 507/2009, 11-12.

²⁰ MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., p. 15.

²¹ En alguna sentencia se ha defendido que la interpretación que excluye al sujeto pasivo consumidor del marco de tipicidad del art. 255 CP viene avalada por el hecho de que haya desaparecido en la actual regulación el tipo previsto en el art. 537 del CP precedente, en el que se castigaba al que «con ánimo de obtener lucro ilícito en perjuicio del consumidor, alterare maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores de fluido eléctrico o cometiere cualquier otro género de defraudación» (SAP de Cáceres 75/1998, 30-11). Si bien en el art. 255 del CP de 1995, más que eliminarse dicho tipo, lo que se hace es agrupar las conductas previamente contenidas en los arts. 536 a 538 del CP anterior, salvo en lo que respecta a las de facturar, en perjuicio del consumidor, cantidades superiores por productos o servicios con precio medible por aparatos automáticos, que son ahora constitutivas del delito contra los consumidores del art. 283 CP y cuya penalidad más alta se justifica por la indefensión existente en estos casos de los consumidores frente a los suministradores (BLANCO LOZANO, C.: «El delito de defraudación de fluido eléctrico», en La Ley, n.º 1, 1997, p. 1791), con el consiguiente riesgo para sus intereses desde la perspectiva supraindividual y difusa en que son objeto de tutela en dicha infracción (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 377, y CARRASCO ANDRINO, M.: «Delitos relativos al mercado y a los consumidores II», en Álvarez García, F.J. (dir.) y Manjón-Cabeza Olmeda, A./Ventura Püschel, A. (coords.): *Derecho Penal español, Parte Especial [III]*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 599).

decir, defraudar, por ejemplo, la energía eléctrica, o el gas o el agua, de un particular no se castigaría penalmente (pues, desde ese punto de vista, tal conducta no quedaría comprendida en el art. 255 CP) y sí en cambio si se tratara de sus telecomunicaciones (vía art. 256 CP).

Por lo que respecta al delito del art. 256 CP, aunque lo habitual es que el titular del equipo terminal de telecomunicación al que se le causa el perjuicio económico sea un consumidor, veremos más adelante que caben también actuaciones que redunden en detrimento del suministrador del servicio.

VI. Se ha señalado asimismo que la jurisprudencia estima como criterio diferenciador entre las dos infracciones analizadas el carácter propio o ajeno del terminal de comunicación utilizado, de tal forma que cuando este es propio se aplicaría el art. 255 CP y si es ajeno el art. 256 CP²².

La asunción de dicho criterio por parte de nuestros tribunales resulta, a mi juicio, dudosa. Más bien da la impresión de que no se maneja un concepto claro de equipo terminal de comunicación, que es el elemento sobre el que ha de recaer la conducta del art. 256 CP, y de que ello genera dudas sobre el ámbito típico del precepto²³.

En cualquier caso, debe señalarse que el carácter ajeno del terminal es algo que, ciertamente, exige la configuración legal del delito del art. 256 CP, en la medida en que la conducta típica consiste en la utilización del terminal sin consentimiento de su titular y causando a este un perjuicio económico. Ambos requisitos carecerían de sentido si se tratara de un terminal propio. Por tanto, en el marco del art. 256 CP no hay duda de que no caben las defraudaciones realizadas –lógicamente contra un tercero– desde un terminal propio. Sin embargo, lo que no está tan claro es que el terminal que pudiera utilizarse para acceder al proceso fraudulento de telecomunicación constitutivo del comportamiento típico del art. 255 CP haya de ser necesariamente propio. Cabría pensar en supuestos de acceso desde un terminal ajeno a un servicio de telecomunicación que causaran un perjuicio económico a persona distinta de su titular (el suministrador), que por tal motivo no podrían encontrar acomodo en el art. 256 CP y que, atendiendo al tenor literal del art. 255 CP y a razones de injusto, no hubiera motivo para no castigarlos por la vía de este último precepto.

VII. En mi opinión, la diferenciación entre ambas infracciones, en el ámbito en el que confluyen –el de las defraudaciones relativas a las telecomunicaciones–, debe verse principalmente en el hecho de que el comportamiento

²² MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., pp. 23 y 24.

²³ *Vid.* a este respecto, lo apuntado *infra*: apartado VII.

tipificado en el art. 256 CP recae sobre un equipo terminal (de telecomunicación), mientras que en el caso del art. 255 CP se trata de conductas que han de comportar necesariamente una intervención material sobre la red de suministro o distribución del elemento, energía o fluido, o bien sobre los mecanismos medidores de su consumo, pero no sobre los dispositivos o aparatos que permiten el uso del elemento, energía o fluido.

Usualmente, en efecto, como notas comunes añadidas a la inmaterialidad inherente a los elementos sobre los que se proyecta la defraudación del art. 255 CP («energía eléctrica, gas, agua, telecomunicación u otro elemento, energía o fluido ajeno»), y de manera estrechamente vinculada a aquella característica, la doctrina ha exigido, a efectos de acotar la holgada fórmula utilizada por el legislador para definir el objeto material de este delito, que exista una instalación permanente del suministrador para generar el elemento, una red que lo distribuya y dirija hasta el usuario, y aparatos contadores que midan su consumo²⁴. A partir de aquí cabe derivar que la conducta típica del art. 255 CP se haya de proyectar sobre la referida red de suministro o los mecanismos medidores²⁵. En la jurisprudencia se ha subrayado, en sentido convergente, que «el *telos* de esta regulación no es otro que el de proteger los fluidos o elementos energéticos fluyentes cuyo alejamiento de las empresas suministradoras, en razón de la distancia que recorren, impide no pocas veces el eficaz control de los mismos; cosa muy distinta de aquellos otros elementos o agentes físicos que subyacen en cisternas o depósitos de los que periódicamente y no de manera continua, se extraen»²⁶.

Por las razones explicadas, comportamientos como el de extraer clandestinamente gasolina de un surtidor de una estación de servicio para llenar el depósito de un vehículo quedarían fuera de esta figura delictiva, por cuanto aquí, además de que no se defraudaría utilizando el fluido, tal y como exige el tipo, tal fluido se presentaría como producto encerrado en tanque o depósito del que se extrae y se computa solo en el momento de la venta —sí podría encajar en aquella, en cambio, obtener la gasolina de un oleoducto

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, PÉREZ MANZANO, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 496, MORILLAS CUEVA, L.: «Artículo 255», cit., p. 528, GARCÍA ARÁN, M.: «De las defraudaciones...», cit., p. 861, MIRA BENAVENT, J.: «El delito...», cit., p. 13.

²⁵ *Cfr.*, señalando asimismo este criterio distintivo entre las figuras delictivas de los arts. 255 y 256 CP, GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Artículo 256», cit., p. 555, con la importante matización de que para dicho autor la delimitación viene dada igualmente por el hecho de que la segunda no requiera —en su concepción— que concurra el engaño propio de la defraudación, sino que baste a efectos típicos con un mero uso no consentido del terminal (*ibidem*, p. 554).

²⁶ STS 1-4-1977, reflejada por MORILLAS CUEVA, L.: «Artículo 255», cit., p. 530.

alterando los aparatos destinados a medir su distribución—²⁷. Y se entiende así también que se haya considerado no aplicable el art. 255 CP, sino el delito de estafa, a un caso en el que «(n)o se defraudó (utilizando telecomunicaciones) mediante la alteración del funcionamiento de los aparatos de control del consumo ni mediante el empleo de otros medios clandestinos, sino mediante el engaño al suscribir el contrato», y en concreto facilitando el uso del terminal a terceros, cobrándoles por ello, y no abonando después el importe por el gasto generado a la compañía suministradora (STS 1281/2005, de 14 de diciembre). De acuerdo asimismo con lo dicho se puede concluir que quedaría fuera del tipo el uso de agua, gas o cualquier otro fluido o energía con ocasión de la entrada y permanencia ilícitas en una propiedad ajena, puesto que tal modo comisivo, pese a que admitiría calificarse como clandestino, no cumpliría los aludidos requisitos (sin perjuicio, naturalmente, de que de la actuación citada se pudiera derivar responsabilidad por otros delitos como el de ocupación de inmuebles).

Pues bien, volviendo al delito del art. 256 CP, los supuestos a los que este se aplica mayoritariamente en la práctica se refieren, como se ha comprobado antes, al empleo de teléfonos, fijos o móviles. Por los motivos acabados de indicar, tales conductas no podrían castigarse por la vía del art. 255 CP, de la misma forma que tampoco cabría castigar, en referencia a elementos distintos a las telecomunicaciones, las de uso de una lámpara, de un aparato de calefacción o de un grifo: en ninguna de ellas habría una actuación, en los términos que —según se ha expuesto— implica la figura del art. 255 CP, atinente al suministro o a su medición, sino al dispositivo a través del cual se utiliza el elemento, energía o fluido. También por eso, creo que las hipótesis a las que alude la FGE, en la Consulta n.º 3/2001, de uso de tarjetas telefónicas falsas fabricadas a fin de suplantar a las auténticas tarjetas prepago, realizando llamadas sin coste en las cabinas telefónicas públicas, encajan en el tipo del art. 256 CP, y no, como se sostiene en la referida Consulta, en el del art. 255 CP²⁸; pues, de nuevo, el comportamiento no implica propiamente una intervención material sobre la red de suministro de la telecomunicación ni sobre el aparato medidor de su consumo.

Se ha discutido igualmente en este contexto si la utilización de una tarjeta SIM de otro en un teléfono propio puede considerarse que es hacer uso de un equipo terminal de telecomunicación (ajeno), como requiere el tipo del

²⁷ MORILLAS CUEVA, L.: *ibidem*, p. 537, recogiendo la doctrina jurisprudencial más arriba citada.

²⁸ Consulta n.º 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago.

art. 256 CP. Algunas sentencias han sancionado el comportamiento descrito a través del art. 255.1.3.º CP. En concreto, la SAP de Barcelona de 29-12-2003, n.º de recurso 429/2003, justifica esta solución con base en que «cuando el tipo penal (del art. 256 CP) consigna un equipo terminal de telecomunicaciones, solo puede referirse a aquel equipo que por sí solo, y sin ningún aditamento, puede realizar y recibir comunicaciones, es decir, a un equipo completo, que constará, en caso de teléfonos móviles, tanto del equipo físico como del programa que se halla incorporado normalmente en una tarjeta». También aplican el art. 255.1.3.º CP en casos así, aunque aquí sin razonar por qué no se habría de apreciar el art. 256 CP, las SSAP de Cuenca 94/2006, 31-10 y de Valladolid 17/2009, 13-1, y en la misma línea se han pronunciado autores como Faraldo Cabana²⁹, afirmando que esta solución se acomoda mejor al concepto de equipo terminal contemplado en la Ley General de Telecomunicaciones³⁰. Otro sector de la jurisprudencia y de la doctrina se inclina por apreciar en estos supuestos el delito del art. 256 CP, argumentándose que «lo que realmente hace operativo al aparato y permite la utilización del servicio de telefonía a cargo del legítimo titular del servicio es precisamente la tarjeta, que (...) no es parte del teléfono sino que por sí sola funciona como terminal, pues (...) tiene programación específica que le permite ser operativa en cualquier aparato, sin necesidad de código PIN o PUK», y que «(e)n definitiva, la tarjeta es el único elemento que permite el consumo telefónico con cargo al número contratado por su titular»³¹. A mi juicio, de acuerdo con la delimitación entre los tipos de los arts. 255 y 256 CP que se viene defendiendo, no resulta posible encuadrar estas hipótesis en el tipo del art. 255 CP, pues no existe en ellas una intervención directa sobre la red de suministro o distribución del elemento, o bien sobre los mecanismos mediadores de su consumo –lo que resulta definitorio, en el sentido reiterado, de la esfera de tipicidad del art. 255 CP–. Sí, en cambio, podrían punirse como defraudaciones de telecomunicación del art. 256 CP, en tanto que actuaciones sobre el dispositivo (el equipo terminal) que permite el uso del elemento

²⁹ FARALDO CABANA, P.: «Capítulo 16...», cit., p. 766.

³⁰ Esta, en su versión actual (Ley 11/2022, de 28 de junio), dispone que habrá de entenderse por tal «el equipo conectado directa o indirectamente a la interfaz de una red pública de telecomunicaciones para transmitir, procesar o recibir información». Se señala también que «(e)n ambos casos (conexión directa o indirecta), la conexión podrá realizarse por cable, fibra óptica o vía electromagnética», que «(l)a conexión será indirecta si se interpone un aparato entre el equipo terminal y la interfaz de la red pública», y que «(t)ambién se considerarán como equipos terminales los equipos de las estaciones terrenas de comunicación por satélite» (punto 19 del Anexo II de la Ley citada).

³¹ SAP de Madrid 144/2006, 1-3; en sentido muy parecido, la SAP de Valencia 930/2014, 16-12, y aplicando asimismo el art. 256 CP a estos casos, las SSAP Gipuzkoa 217/2006, 15-6, y de Madrid 191/2008, 5-3. A esta posición se adscribe, entre otros, BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.: «Capítulo 24...», cit., pp. 619 y 620.

(la telecomunicación), bien entendido que una tarjeta SIM, conforme a lo precisado en las SSAP de Madrid 144/2006, 1-3, y de Valencia 930/2014,16-12, ya citadas, admitiría ser calificada como equipo terminal a estos efectos, y que, sin perjuicio de lo anterior, habría de tratarse en todo caso, como se ha explicado más arriba, de un comportamiento fraudulento.

59. UNA EXÉGESIS DEL DELITO DE OCULTACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE EL PARADERO DE CADÁVER

EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Deusto

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ofrece como modesta contribución al libro homenaje dedicado al Profesor Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi, cuya trayectoria académica ha ejercido una influencia decisiva en varias generaciones de penalistas. En mi caso, dicha influencia se ha manifestado de manera especialmente significativa desde los primeros momentos de mi formación universitaria, entre los que cabe destacar su participación como miembro del tribunal que evaluó mi tesis doctoral, defendida en el año 2011 en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Las observaciones críticas formuladas entonces por el profesor de la Cuesta resultaron de gran valor para la posterior reelaboración y publicación de la monografía que fue fruto de aquella investigación predoctoral. Junto a ello, sus aportaciones doctrinales –y, de modo muy particular, sus trabajos en torno al bioterrorismo– han constituido un referente metodológico y conceptual de primer orden, no solo para la aproximación a esa concreta problemática del Derecho Penal, sino también para el desarrollo de una mirada crítica sobre diversas manifestaciones, tanto recientes como persistentes, de la criminalidad contemporánea.

Ahora bien, al preparar mi contribución a este libro homenaje, opté deliberadamente por no centrar el estudio en aquellas cuestiones que habían ocu-

pado una parte relevante de mis investigaciones anteriores, con el propósito de abordar un objeto de análisis distinto y, para mí, novedoso. En este contexto se enmarca el examen del delito de ocultación de información sobre el paradero de un cadáver, introducido en el artículo 173.1 del Código Penal por la Ley Orgánica 14/2022. Tras una primera aproximación a las razones aducidas por el legislador para justificar su incorporación al ordenamiento penal, el trabajo analiza críticamente el bien jurídico protegido y la necesidad de configurar esta conducta como un injusto autónomo. A continuación, se abordan los principales problemas que plantea el precepto, con especial atención a la estructura de la conducta típica, concebida como un delito de omisión pura, a la exigencia de reiteración, al concepto penalmente relevante de cadáver y a la delimitación de los sujetos activo y pasivo. El análisis se completa con el estudio del tipo subjetivo, de las formas imperfectas de ejecución, del régimen de penas y de los posibles concursos de delitos, prestando una atención particular a las tensiones que el precepto suscita en relación con los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Todo ello conduce, finalmente, a la propuesta de una interpretación restrictiva del tipo, orientada a salvaguardar los principios de legalidad, proporcionalidad y lesividad que deben presidir la aplicación del Derecho Penal en un Estado de Derecho.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. NECESIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA CREACIÓN DEL NUEVO TIPO PENAL

El segundo párrafo del art. 173.1 CP dispone que:

«Igual pena se impondrá a quienes, teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma.»

Nos encontramos ante una figura que no tiene precedentes en el marco de nuestra legislación penal y que ha sido introducida en el CP de 1995 en virtud de la LO 14/2022. Su contenido no debe ser confundido con el del delito relativo a la profanación de cadáveres que se inserta en el art. 526 CP, ni con el correspondiente a los diversos delitos contra la Administración de Justicia (tipificados en el Título XX del Libro II del CP). El proactivo legislador penal de 2022 confiesa, en el propio Preámbulo de la LO que sirve de vía para la inclusión de este novedoso delito en nuestro CP, que «ante la preocupación social que han generado algunos casos recientes» [no cabe duda que hace alu-

sión al doloroso y conocido caso de Marta del Castillo] «y visto el especial sufrimiento ocasionado a los familiares y allegados de las víctimas de algunos delitos cuando los responsables se han negado a dar cuenta del paradero del cadáver, es procedente hacer una referencia expresa en dicho precepto a este tipo de supuestos, contemplando además un agravamiento de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece» [agravamiento que, por lo demás, no se cristaliza en la redacción final del precepto que contiene el nuevo delito]. La confesión mencionada refleja, una vez más, la intolerable inclinación que tiene el legislador español por producir o perfilar herramientas jurídicas orientadas a la protección de bienes jurídicos que ya gozan de tutela penal, no en función de las necesidades técnico-jurídicas puestas de manifiesto por la doctrina o por los operadores judiciales sino, más bien, en función del beneficio electoral que puede cosechar por medio de la instrumentalización de las dramáticas y muy mediáticas tragedias acaecidas en nuestro territorio. En este sentido, el análisis de la técnica legislativa utilizada para castigar a quien lesiona la integridad moral de familiares o allegados, por medio de la ocultación de información sobre el paradero del cadáver de un ser querido, permite evidenciar la serie de problemas relacionados con el contenido del tipo objetivo y subjetivo que se expondrán en los párrafos siguientes.

En cuanto al bien jurídico objeto de tutela, y en línea de lo que ya se ha apuntado en los párrafos precedentes, cabe señalar que, en general, no nos encontramos frente a un delito contra la Administración de Justicia ni, en particular, frente a uno que pueda obstaculizar la función del Estado en la persecución de los delitos. De lo contrario, el delito objeto de estudio se encontraría adecuadamente ubicado, bien en el Capítulo III «Del encubrimiento» (artículos 451 y siguientes) o bien en el Capítulo VII «De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional» (artículos 463 y siguientes) del Título XX del Libro II del CP. Queda descartada, también, la posibilidad de concebir a este delito como uno que atente contra sentimiento de respeto que inspira a la sociedad la memoria de los difuntos (de lo contrario el delito materia de análisis tendría que haber sido insertado en la sección correspondiente del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del CP que castiga los «delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos»).

De acuerdo con lo expuesto en el propio Preámbulo de la LO 14/2022, justifica el castigo de las conductas de ocultación de información sobre el paradero de un cadáver el hecho de que, en determinados supuestos, este tipo de comportamientos provocan, a los familiares o allegados de la persona fallecida, un sufrimiento añadido al dolor derivado de propia pérdida de su ser querido. En este sentido, las víctimas no sólo sufren por la muerte y pérdida de su

ser querido sino porque, además, se ven imposibilitadas de disponer de sus restos para poder darles las honras fúnebres prescritas por nuestras costumbres sociales o religiosas –y todo ello a pesar de que, en efecto, existe la posibilidad de recuperar el cadáver, dado que el acusado conoce el paradero del mismo, pero oculta dicha información de manera deliberada–. De esta forma, en el Preámbulo de la LO 14/2022, el legislador deja expresa constancia de que su voluntad se orienta a castigar, por medio de la incorporación de este nuevo tipo penal en el CP, «un injusto diferenciado que atenta contra un bien jurídico distinto» y de que «el castigo de esta conducta no puede realizarse en el marco de los delitos contra la vida, como el delito de homicidio o el delito de asesinato». Nuestro legislador completa su línea argumental señalando que es posible que quien oculta la información puede ser una persona que no ha intervenido, ni participado, en la comisión del previo delito contra la vida y que, por tanto, este comportamiento, por sí mismo, «también puede merecer un reproche penal». En cualquier caso, la conclusión a la que llega nuestro legislador es clara: «se trata de un injusto añadido que merece una respuesta penal diferenciada».

Con la justificación expuesta, nuestro legislador introduce, dentro de los delitos contra la integridad moral, este tipo penal que contiene el castigo de las específicas conductas de ocultación de información sobre el paradero del cadáver atendiendo, como se ha expuesto, al sufrimiento que este comportamiento puede provocar a los familiares o allegados de la persona fallecida. Nos encontramos, pues, ante un tipo penal orientado a castigar a quien lesiona la integridad moral de las personas enunciadas. Nuevamente, el bien jurídico protegido es la «integridad moral».

Sentadas las premisas que, según señala el legislador, justificarían la punición de este singular delito, cabe preguntarse si era, en efecto, necesaria la incorporación de este nuevo tipo penal. En sintonía con lo expuesto por el legislador en el Preámbulo de la LO 14/2022, una primera aproximación podría llevarnos a afirmar que estos comportamientos ya tenían cabida en el tipo básico de atentado contra la integridad moral (el TS también reconoce esta posibilidad en la Sentencia que resuelve el caso de Marta del Castillo ECLI:ES:TS:2013:178) pero que la preocupación social generada por dramáticos casos recientes, así como el especial sufrimiento que se causa a los familiares y allegados de las víctimas, justifican la construcción de un tipo penal que contenga, de manera expresa y específica, el castigo de este tipo de conductas. Cabe preguntarse, lógicamente, si es razonable afirmar que todas y cada una de las conmovedoras tragedias que ocurren, de cuando en cuando, en nuestro país justifican la simbólica creación de nuevos tipos penales, particularmente en aquellos casos en

los que (como ha ocurrido en el dramático caso de Marta del Castillo) la conducta ya puede ser castigada penalmente (1.º párrafo del art. 173.1 CP) y, por tanto, no existe la necesidad de crear un tipo penal *ad hoc*.

Resulta innegable que la falta de cooperación por parte del acusado (que se niega a facilitar información útil para que se pueda encontrar el cadáver) es, en efecto, una conducta que puede llegar a provocar mayor dolor a la familia y otros allegados de la persona fallecida. Sin embargo, también se debe admitir que la falta de colaboración en el esclarecimiento de otro delito grave o la negativa a reparar el daño causado con la comisión de dicho delito, constituye también un comportamiento idóneo para incrementar el dolor de las víctimas. Pongamos un par de ejemplos: *a)* El coautor de un delito de secuestro, detenido ya por la policía, que relata las duras condiciones de vida a las que está siendo sometida la víctima –que, bajo el control de los demás coautores del delito, aún se encuentra privada de libertad– pero se niega a dar cuenta del paradero de la misma. ¿Por qué razón castigamos, de forma autónoma, la falta de colaboración para encontrar un cadáver y no la falta de colaboración para encontrar a la víctima, aún viva, de un secuestro? ¿Es que en el ejemplo de la falta de colaboración en el delito de secuestro, no se causa a la familia un sufrimiento añadido debido a la frustración derivada de la falta de colaboración de uno de los coautores del delito –recordemos que este dolor puede verse claramente intensificado por la toma de consciencia respecto de las pésimas condiciones de vida a las que está siendo sometida la víctima del secuestro–? *b)* El autor de un delito de estafa que ha dejado al sujeto pasivo y a su familia en la más absoluta ruina, se niega a dar explicaciones sobre el paradero del dinero defraudado señalando, únicamente, que acepta la muy merecida pena, pero que luego de cumplirla usará el dinero «para darse el "caprichito" de recorrer el mundo», causando con esta falta de cooperación una mayor frustración y dolor, tanto en el sujeto pasivo del delito como en sus familiares más cercanos, a quienes afectará la situación de escasez económica.

Cabe pensar, lógicamente, que las conductas de falta de cooperación ejemplificadas en el párrafo anterior deben ser valoradas por el órgano judicial en el momento en el que se proceda a individualizar la pena correspondiente, bien del delito de secuestro, o bien del delito de estafa –tampoco se excluye, por supuesto, la posibilidad de tener en cuenta la reparación del daño a efectos de valorar la progresión en grado en sede penitenciaria–. Sin embargo, esto no nos lleva, necesariamente a la conclusión de que el reproche del daño a la integridad moral de familiares o allegados de las víctimas de otros delitos, deba quedar absorbido en todos los casos por el castigo impuesto por el delito precedente. Podemos imaginar supuestos especial-

mente sangrantes en los que, por medio de conductas omisivas, se realiza un nuevo comportamiento claramente orientado a menoscabar, de forma grave, la integridad moral de los familiares. Sirvan de ejemplo los hechos sobre los que se pronunció el TS en el caso de Marta del Castillo: A lo largo del proceso judicial, el principal acusado cambió, en repetidas oportunidades, su versión de los hechos –de hecho, incluyó, en una de las versiones, el relato de una violación– así como las versiones sobre lo que había hecho posteriormente con el cadáver. Todo ello provocó grandes y nuevos padecimientos a los integrantes de la familia de la víctima. Con excepción de la opinión del magistrado que emitió un voto particular sobre este extremo, la mayoría de la Sala consideró suficientemente probado que el autor, con la realización de tales conductas, tenía la voluntad de provocar un sufrimiento mayor al padre, a la madre y a las dos hermanas de la víctima del delito de asesinato, por lo que le condenó por la comisión, no sólo del mencionado delito contra la vida, sino también por la comisión del tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral previsto en el primer párrafo del art. 173.1 CP. En el plano objetivo, señaló dicha STS que era completamente innecesario – para poder ejercer el derecho de defensa, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE)– que el acusado haya dado tantas versiones distintas de los hechos, entre las cuales se incluían dolorosos relatos que acrecentaban el sentimiento de vejación que ya padecía la familia.

Teniendo en cuenta, que se admite de forma unánime que el ejercicio los derechos consagrados en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable) permite al acusado guardar silencio total o parcial e, incluso, mentir abiertamente con el fin de no colaborar en su propia incriminación, resulta aconsejable realizar una interpretación restrictiva respecto del alcance del plano subjetivo del delito de «ocultación de información sobre el paradero de cadáver». En este sentido, sólo se debería apreciar la configuración de este delito en aquellos casos en los que se haya acreditado que el autor ha actuado, bien con dolo directo de primer grado, o bien con dolo eventual. Se ha de descartar, por tanto, la posibilidad de admitir la configuración del delito en cuestión, en aquellos casos en los que el autor ha actuado con dolo directo de segundo grado pues, recordemos, éste abarca las consecuencias –menoscabo de la integridad moral en este caso– inevitablemente ligadas a la realización de una conducta con la que se persigue, con dolo directo de primer grado, otro tipo de finalidades –como puede ser la de no colaborar en la propia incriminación–.

III. CONDUCTA TÍPICA Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Cabe destacar, en cuanto a la conducta típica, que nos encontramos frente a un tipo penal formulado en términos de delito de «omisión pura»: se castiga a quien oculta de forma reiterada, a los familiares o allegados de la persona fallecida, información relativa al paradero del cadáver. Al respecto son varias las consideraciones que procede realizar. En primer lugar, realiza la conducta –omisiva en ambos casos– tanto quien se niega a revelar la información sobre el paradero del cadáver solicitada por la familia o allegados, como quien facilita información mendaz o inexacta sobre dicha cuestión (Acale Sánchez en Cuerda Arnau Dir., p. 1153). Por lo tanto, el tipo penal objeto de análisis no alcanza a quien simplemente oculta de manera física o, incluso, a quien destruye el cadáver (la conducta castigada es la de ocultar «información» sobre la localización del cadáver, no la de ocultar o destruir el cadáver). Una segunda cuestión que merece la pena resaltar es la vinculada con la exigencia, realizada por el tipo, de reiteración en la conducta típica. En efecto, el tipo penal requiere que el autor haya ocultado la información sobre el paradero del cadáver de «modo reiterado» por lo que, consecuentemente, la no revelación puntual de dicha información no puede ser subsumida en el tipo penal en cuestión. Ello nos sitúa ante una nueva dificultad de carácter interpretativo: ¿Cuántas veces es necesario ocultar la información para que dicha conducta pueda ser calificada de «reiterada»? Sin perjuicio de que se puedan encontrar otros criterios que sirvan, eventualmente, para limitar el alcance de este tipo penal –algunos de los cuales ya han sido expuestos, mientras que otros se evidenciarán en los párrafos siguientes– es pertinente señalar que existe «reiteración» en aquellos casos en los que la conducta del autor tiene una naturaleza sistemática y prolongada en el tiempo.

El tipo penal analizado sólo es de aplicación en aquellos casos en los que se oculta información sobre el paradero del «cadáver de una persona». Para aproximarnos a la definición de «cadáver» no parece aconsejable recurrir a su concepto normativo pues éste conduce a una restricción del alcance del tipo, injustificable desde el punto de vista teleológico. En efecto, el art. 7 del Decreto 2263/1974 hace una distinción entre las definiciones de «cadáver» y de «restos cadavéricos» estableciendo que, cadáver es «El cuerpo humano durante los cinco primeros años siguientes a la muerte real. Esta se computará desde la fecha y hora que figure en la inscripción de defunción en el Registro Civil», mientras que restos cadavéricos son «Lo que queda del cuerpo humano, terminados los fenómenos de destrucción de la materia orgánica, una vez transcurridos los cinco años siguientes a la muerte real». Por ello parece adecuado en-

tender el término «cadáver» en el sentido que le confiere el lenguaje común: Cadáver es un «cuerpo muerto». Desde esta perspectiva resulta irrelevante, tanto el tiempo transcurrido desde la muerte, como el estado de conservación del cuerpo. No obstante, en atención a las exigencias interpretativas que derivan del principio de legalidad, quedaría fuera del alcance del tipo penal la ocultación de información sobre el paradero de los restos biológicos inertes de un embrión, del cadáver de un feto (el tipo hace referencia al cadáver de una «persona»), de las cenizas, de los líquidos resultantes de la destrucción del cadáver mediante el uso de disolventes químicos, así como de las partes pequeñas y aisladas del mismo (un dedo que ha sido cercenado, por ejemplo). La ocultación de información sobre el paradero de tales restos biológicos, llegado el caso y si se dieran los presupuestos necesarios para ello, sólo podría reprocharse penalmente por medio de la apreciación del tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral previsto en el primer párrafo del art. 173.1 CP. Por último, en relación con el «cadáver» cabe anotar que el tipo penal analizado no exige que la persona que ha fallecido haya sido víctima de un delito, doloso o imprudente, contra la vida. Por tanto, no existe impedimento para apreciar la configuración de este delito en aquellos casos en los que el autor oculta información sobre el paradero del cadáver de una persona que ha fallecido de manera accidental, natural o, incluso, a causa de un suicidio.

Para terminar, procede realizar un último comentario sobre la conducta típica: Como se ha visto, la técnica legislativa elegida por nuestro entusiasta legislador es la que corresponde a los delitos de omisión pura (se castiga la reiterada negativa a revelar información sobre el paradero del cadáver). Se puede concluir, por tanto, que la mera realización de tal omisión da lugar a la plena configuración del delito (consumación) dado que el tipo –a diferencia de lo que sucede con el tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral– no incorpora una expresa referencia a la necesidad de apreciar la producción del menoscabo de la integridad moral del sujeto pasivo. El hecho de que este delito haya sido incorporado en el CP por medio de un tipo penal de omisión pura (lo cual implica, por tanto, que tenemos entre manos un delito de peligro abstracto) nos lleva a plantear, al menos, un par de cuestiones. *a)* ¿Estamos presuponiendo que la ocultación reiterada de la información descrita en el tipo es una conducta idónea (*ex ante*) para *lesionar gravemente* la integridad moral del sujeto pasivo y, además, aceptamos que esa conducta peligrosa merece, por sí misma, un reproche penal específico y diferenciado? *b)* ¿Estamos castigando la mera realización de esta conducta con la misma pena que la que ha sido asignada al tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral que, por el contrario, sí exige que el trato degradante haya supuesto un *menos-*

cabo grave de la integridad moral de las víctimas (comprobación que, en todo caso, se ha de realizar *ex post*)? A la luz de las respuestas que podemos dar a estas preguntas, creemos que es recomendable realizar una interpretación principialista (acorde, fundamentalmente, con los principios de proporcionalidad y de lesividad) respecto del alcance de este precepto. Con esta interpretación (reductora) podríamos limitar el ámbito de aplicación del tipo únicamente a aquellos casos en los que la conducta cause, efectivamente, un grave menoscabo de la integridad moral de los miembros de la familia y demás seres queridos afectados (no es lógico, ni proporcional, castigar con la pena dispuesta para el tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral, un comportamiento que supone la realización de un injusto de menor gravedad). Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho y defendido en estas líneas, no podemos negar que la interpretación reductora propuesta, genera una evidente tensión con las exigencias que derivan del principio de legalidad. Por ello, habría sido aconsejable introducir, en el mismo tipo, una referencia a la lesión del bien jurídico tutelado, de manera similar a la referencia incorporada en la redacción del tipo básico de atentado contra la integridad moral (con ello, los operadores judiciales habrían contado con una herramienta que, sin generar tensiones con el principio de legalidad, habría permitido limitar el ejercicio desmesurado del poder punitivo).

En relación con las formas imperfectas de ejecución cabe mencionar dos cuestiones: *a)* No es factible atribuir responsabilidad penal por la comisión de éste delito «en grado de tentativa» a quien no realiza la conducta de manera reiterada, sino que, tras una inicial negativa a revelar la información solicitada, accede a comunicar el lugar donde se encuentra el cadáver. En dicho caso no se aprecia una tentativa acabada (partiendo del concepto formal de consumación) y, aunque se podría afirmar que sí nos encontramos frente a una conducta inacabada (nuevamente desde las coordenadas del concepto formal de consumación) se puede argumentar que ha sido el propio autor quien ha tomado la decisión de desistir en su cometido. *b)* Por otro lado, en vista de que para apreciar la configuración de este delito tampoco se exige que se haya producido un grave menoscabo de la integridad moral, la única vía para poder castigar la realización reiterada de las conductas de ocultación de información sobre el paradero de un cadáver —orientadas de manera directa a provocar un padecimiento en la familia— que no hayan conseguido producir el deseado menoscabo de la integridad moral (gracias, por ejemplo, a la intervención preventiva, en el ámbito de la salud y equilibrio mental, realizada conjuntamente por parte de un psicólogo y de un psiquiatra) se concreta por medio de la apreciación del

tipo básico de atentado contra la integridad moral en grado de tentativa (primer párrafo del art. 173.1 CP).

IV. OBJETO MATERIAL

Procede realizar una brevísima observación en relación con el objeto material de este delito. El hecho de que la conducta castigada no sea la de ocultar físicamente (o, en su caso, destruir) el cadáver, sino la de no revelar información que conduzca a identificar el paradero del mismo, nos lleva a la conclusión de que el objeto material (esto es, la cosa o la persona sobre la que recae la conducta típica) no es el cadáver, sino las personas que pueden verse afectadas por la realización de dicha conducta típica (es decir, los familiares y allegados). Como se verá más adelante, estas personas son, al mismo tiempo, los sujetos pasivos del delito.

V. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Nos encontramos frente a un delito común, por tanto, cualquier persona que tenga conocimiento del paradero del cadáver puede ser sujeto activo del delito. Conviene destacar que no se requiere que el mencionado sujeto activo haya intervenido (como autor o partícipe) en la comisión del previo delito contra la vida (se podría apreciar, en tal caso, un concurso real entre el delito contra la vida y el delito contra la integridad moral).

Ahora bien, el castigo de los delitos de omisión exige la identificación de una fuente normativa que permita exigir al autor la realización de una acción determinada (acción cuya realización se omite, realizándose, con ello, la conducta típica). En este sentido, el hecho de que se castigue a quien no revela la información que posee sobre el paradero de un cadáver supone que el omitente tiene, en efecto, la obligación de transmitir dicha información. Al preguntarnos sobre la fuente de dicha obligación podríamos señalar que, de la lectura del propio tipo, se infiere que el legislador ha positivizado en dicho precepto el conocido «deber de solidaridad» que, vale la pena recordar, también es proclamado al momento de justificar la punición de otras conductas omisivas (v. Capítulo 11).

En otro orden de cosas y sin perjuicio de se tengan en cuenta los criterios de reducción, propuestos anteriormente, respecto del alcance de este tipo penal, procede realizar dos comentarios centrados en el papel que juegan algunas

características específicas que podrían concurrir en el sujeto activo y que nos llevan, en algunos casos, a limitar el ámbito de aplicación del delito analizado: *Primero:* Teniendo en cuenta que el ejercicio los derechos consagrados en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva, derecho de defensa, a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable) permite al acusado guardar silencio e, incluso, mentir explícitamente con el fin de no colaborar en su propia incriminación (todo lo cual permite justificar la impunidad del «autoencubrimiento») debe quedar descartada, como regla general, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por la comisión del delito de ocultación de información sobre el paradero del cadáver, a aquellas personas que se niegan reiteradamente a revelar dicha información por haber intervenido (como autores o como partícipes) en la previa comisión del delito contra la vida realizado en agravio de la persona que se ve ahora reducida a la condición de cadáver. Todavía más, también debe descartarse la atribución de responsabilidad penal por el delito objeto de análisis, en aquellos casos en los que el acusado no ha intervenido en el delito contra la vida, pero sí en uno –de distinta naturaleza– conectado de algún modo con aquél. Por ejemplo, en los casos en los que el acusado ha intervenido, como autor o partícipe, en un delito contra la libertad sexual, o contra el patrimonio, pero no en el delito contra la vida realizado por otro de los intervinientes con posterioridad al delito inicial. De esta forma, al ser el acusado un mero testigo de un asesinato, pero autor o partícipe de un delito de otra naturaleza (sexual o patrimonial, según los ejemplos que presentamos) no cabe imponerle la obligación de realizar una declaración que pueda facilitar su propia incriminación. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar que los derechos consagrados en el art. 24 CE no deberían amparar a la conducta de quien, aprovechándose de la previsible impunidad de su conducta, invente hechos especialmente sangrantes dirigidos, de modo exclusivo, a causar un grave menoscabo de la integridad moral de los miembros de la familia de la víctima inicial (ECLI:ES:TS:2013:178). *Segundo:* El ejercicio de los derechos conferidos por el mencionado art. 24 CE también nos lleva a descartar la responsabilidad penal (por el delito de ocultación de información sobre el paradero de cadáver) de quien, a pesar de no haber intervenido (ni como autor, ni como partícipe) en el delito previo (contra la vida, sexual, patrimonial, etc.) está siendo juzgado por un delito de falso testimonio (CP arts. 458 y siguientes) por haberse negado a señalar dónde se encuentra el cadáver (por ejemplo, para ayudar a quienes sí deben responder por el o los delitos precedentes). En este sentido, amenazarle con la imposición de la pena propia del «delito de ocultación de información sobre el paradero del cadáver» en el proceso penal que se sigue en su contra por la presunta comisión del «delito de falso testimonio»

implica una vulneración de su derecho a no colaborar en su propia incriminación (en este caso, de su derecho a no colaborar en su propia incriminación por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia). Desde luego, procede destacar, nuevamente, que los derechos incorporados en el art. 24 CE no deben amparar a quien, aprovechándose de la previsible impunidad de la conducta omisiva, inventa hechos especialmente sangrantes dirigidos, de modo exclusivo, a causar un grave menoscabo de la integridad moral de los miembros de la familia de la persona fallecida.

Al ser portador del bien jurídico individual protegido (integridad moral) el familiar o, en su caso, el allegado de la persona fallecida es el sujeto pasivo del delito (el tipo penal hace expresa referencia a él mediante el uso de los términos «familiares» o «allegados»). Será necesario perfilar jurisprudencialmente el alcance de estos amplios conceptos en atención al bien jurídico cuya lesión se castiga (sería razonable, por tanto, restringir el alcance del delito a los familiares –por consanguinidad o afinidad– y allegados más cercanos a la persona fallecida). De otro lado, cabe señalar que el tipo no exige que los mencionados familiares o allegados hayan requerido al acusado (de forma puntual o reiterada) que revele la ubicación o el paradero del cadáver de su ser querido (en efecto, tal requerimiento podría provenir de las autoridades judiciales) sin embargo, el reiterado requerimiento efectuado por los propios familiares o allegados podría constituir un indicio de la larga aflicción y angustia que padecen tales personas. Se descarta, desde luego, la posibilidad de que una persona jurídica sea considerada sujeto pasivo del delito (por ejemplo, una ONG o asociación de apoyo a una específica víctima de asesinato) pues una entidad de esta naturaleza no puede ser considerada familiar ni allegada de la persona fallecida (tampoco nos encontramos frente a un ente que, desde el plano ontológico, sea capaz de sufrir las consecuencias de la lesión del bien jurídico tutelado, es decir, de padecer una sensación de envilecimiento, humillación o vejación).

VI. TIPO SUBJETIVO

En cuanto al tipo subjetivo procede señalar dos cuestiones: *a)* Nos encontramos frente a un delito «doloso» y, por ello, ha de acreditarse, no sólo que el autor tenía conocimiento del paradero del cadáver sino, también, que el autor era consciente de que, con la realización de la conducta, estaba causando un grave dolor añadido a los sujetos pasivos del delito (y, a pesar de ello, quería provocar ese daño). *b)* Sólo se debería apreciar la configuración del delito en

aquellos casos en los que se acredite la concurrencia, bien de dolo directo de primer grado, o bien de dolo eventual. Deberían, por tanto, considerarse atípicas las conductas desarrolladas con dolo directo de segundo grado pues, como hemos visto, éste abarca las consecuencias –menoscabo de la integridad moral en este caso– inevitablemente ligadas a la realización de una conducta con la que se persigue, con dolo directo de primer grado, otro tipo de finalidades – como puede ser el no colaborar en la propia incriminación–.

VII. CUESTIONES PENOLÓGICAS Y CONCURSALES

En cuanto a la pena, debemos señalar que, si bien el preámbulo de la LO 14/2022 señala que la pena que se asignará a este particular delito será una «agravada» respecto de la prevista para del tipo básico del delito de atentado contra la integridad moral previsto en el primer párrafo del art. 173.1 CP, lo cierto es que, finalmente, el segundo párrafo del art. 173.1 CP –que contiene la descripción del delito objeto de análisis– no ha incorporado dicha sanción agravada sino que, más bien, señala que el delito será castigado con «igual pena» que la prevista en el párrafo anterior (el primero). Así las cosas, la pena finalmente prevista en el tipo penal es la de prisión de seis meses a dos años. Deberíamos, a fin de no vulnerar el principio *ne bis in idem*, rechazar la posibilidad de aplicar la agravante de ensañamiento (art. 22.5.^a CP). Por último, cabe indicar que la responsabilidad penal de la persona jurídica está también prevista para este delito. A tenor de lo previsto en el quinto párrafo del art. 173.1 CP «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

En materia de concursos procede realizar una anotación: Teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido (integridad moral) no es de naturaleza colectiva, sino individual, parece razonable afirmar que en aquellos supuestos en los que, con el desarrollo de la conducta típica –reiterada ocultación de la información relativa al paradero del cadáver– se cause sufrimiento –grave y añadido al de la propia pérdida de un ser querido– a varias personas –pongamos como ejemplo el caso de Marta del Castillo en el que se reconoció que fueron cuatro los familiares que habían sufrido por estos hechos– lo correcto es apreciar un concurso ideal de delitos (el TS, sin embargo, aprecia en el caso

mencionado un único delito v. ECLI:ES:TS:2013:178). Ahora bien, si nos encontramos, por el contrario, ante la ocultación simultánea de información sobre el paradero de dos o más cadáveres que causa aflicción grave a un único familiar, parece adecuado pensar que nos encontramos ante un único delito —a no ser que pensemos que el sufrimiento moral no es una sensación gradual sino, más bien, perfectamente fraccionable—. El juez en este caso, debería tener en cuenta este mayor desvalor al momento de individualizar la pena.

60. HIGHER POWER: PRESERVING THE SANCTITY OF THE CONFESSIONAL SEAL IN THE AGE OF MANDATORY REPORTING FOR CHILD ABUSE

STEVEN W. BECKER¹

I. INTRODUCTION

The article explores the timely and controversial topic of whether governmental authorities may require priests, under the threat of criminal sanction, to reveal information that they learn from penitents in the confessional regarding child abuse. In an age where legislatures are continually expanding the list of mandatory reporters in the fight against child abuse and neglect, the Catholic Church in the United States has taken a stand against overreach where reporting requirements will violate the sanctity of the confessional seal, undermine the privacy necessary for sacramental forgiveness, and infringe upon the free exercise of religion.

These issues recently came to a head in the case of *Etienne v. Ferguson*², after the State of Washington passed a new law requiring clergy to report child abuse irrespective of the source of the information³. Prior to this, although clergy were considered mandatory reporters for information obtained anytime

¹ Because the author had such pleasant discussions with José Luis regarding his pilgrimage on the Camino de Santiago, he chose a topic bearing on a religious theme.

² 791 F. Supp. 3d 1226 (W.D. Wash. 18 July 2025).

³ *Id.* at 1235-36.

during their official supervisory duties, privileged communications, i.e., those exchanged in the confessional, were exempt⁴.

Catholic bishops in the region asked the federal district court to enter a preliminary injunction preventing the new law from going into effect, arguing that it violated their First Amendment Rights under Free Exercise and Establishment Clauses, especially in light of the fact that other secular professions were still protected from disclosing information on child abuse and neglect by statute⁵.

In particular, this piece will briefly outline the history of the confessional seal, summarize prior precedent in the United States, and explore the contemporary legal issues addressed in the recent case of *Etienne v. Ferguson*, which reflect a growing tension between public safety concerns and long-standing religious tradition.

II. CONFESSIONAL SEAL

The origins of the sacrament of reconciliation (otherwise known as confession or penance) can be traced to specific texts from the Gospels. For example, in the Gospel of John, Christ, upon imparting the Holy Ghost to His disciples, said, «Whosoever sins ye remit; they are remitted unto them; and whosoever sins you retain, they are retained»⁶. Similarly, in the Gospel of Matthew, Christ, addressing Peter, declared, «I will give unto thee the keys of the kingdom of heaven; and whatsoever thou shalt bind on earth shall be bound in heaven; and whatsoever thou shalt loose on earth shall be loosed in heaven»⁷. Additionally, «[i]n the confessional, the Catholic Church teaches that a priest acts *in persona Christi* («in the person of Christ.»)⁸.

Originally, confession in the Catholic tradition was performed publicly, with the penitent having to perform penance for serious sins in front of a crowd⁹. «In the seventh century, Catholic missionaries from Ireland introduced private, confidential confessions into the Catholic Church in continental Europe after being inspired by practices of Eastern monastic societies. The

⁴ *Id.* at 1235.

⁵ *Id.* at 1236.

⁶ John 20:22-23 (King James).

⁷ Matthew 16:19 (King James).

⁸ *Etienne v. Ferguson*, Case No. 3:25-cv-05461-DGE, Plaintiffs' Motion for Preliminary Injunction, at 17 (filed 6 June 2025) (on file with author).

⁹ Caroline DONZE, *Breaking the Seal of Confession: Examining the Constitutionality of the Clergy-Penitent Privilege in Mandatory Reporting Law*, 78 Louisiana Law Review 267, 273 (2017).

new approach was attractive to penitents because the guarantee of confidentiality encouraged sinners to receive the sacrament frequently and without fear of negative public sentiment»¹⁰.

It was not until 1215 – the same year as Magna Carta in England, that the Catholic Church officially enshrined the confessional seal into Canon Law. Specifically, the Fourth Lateran Council declared:

The priest shall be discerning and prudent, so that like a skilled doctor he may pour wine and oil over the wounds of the injured one. Let him carefully inquire about the circumstances of both the sinner and the sin, so that he may prudently discern what source of advice he ought to give and what remedy to apply, using various means to heal the sick person. Let him take the utmost care, however, not to betray the sinner at all by word or sign or in any other way. If the priest needs wise advice, let him seek it cautiously without any mention of the person concerned. For if anyone presumes to reveal a sin disclosed to him in confession, we decree that he is not only to be deposed from his priestly office but also to be confined to a strict monastery to do perpetual penance¹¹.

Moreover, a priest who transgresses the seal of the confessional is subject to excommunication, the most severe of all penalties for a Catholic¹².

Furthermore, the preservation of the confessional seal is so important that priests have been martyred for refusing to reveal what they learned during the sacrament of reconciliation. Probably the best-known historical example is St. John Nepomucene, a 14th-century priest who was assigned to the court of King Wenceslaus IV in Prague. When the jealous king wanted to know what his wife had said in her confession to St. John, the priest refused to reveal her confidences¹³. After threatening St. John with torture, the king eventually had the priest thrown off the Stone Bridge in Prague where he drowned in 1393¹⁴. To this day, a statue of St. John Nepomucene stands on the Charles Bridge as a testament to his faithfulness to the confessional seal.

¹⁰ *Id.* at 273-274.

¹¹ Fourth Lateran Council, Const. 21 (1215), available at <http://www.papalencyclicals.net/councils/ecum12-2.htm#21>.

¹² DONZE, *Breaking the Seal of Confession*, at 274.

¹³ Catholic News Service, Priestly Martyrdom to Uphold Seal of Confessional Not a New Phenomenon, available at

<https://www.archbalt.org/priestly-martyrdom-to-uphold-seal-of-confession-not-a-new-phenomenon/?print=print>.

¹⁴ *Id.*

III. PEOPLE V. PHILLIPS

The first case in the United States to address the confessional seal was *People v. Phillips*¹⁵ from 1813 in New York.

The case involved an indictment against Daniel Phillips and his wife for the misdemeanor of receiving stolen goods¹⁶. After the victim received restitution of the goods from his priest, the Reverend Kohlmann, who was the Rector of St. Peter's, the police issued a summons to Reverend Kohlmann¹⁷. The priest respectfully declined to answer any questions about who provided him with the stolen goods or a description of the individual¹⁸. The authorities then brought the case in front of a grand jury, after which Reverend Kohlmann sought relief under the free exercise provision of the New York State Constitution¹⁹.

The court agreed with Reverend Kohlmann and considered the dilemma faced by Catholic priests who must choose between criminal sanctions and excommunication²⁰. The court was also concerned that the intrusion into Catholic rites could result in like invasions into the rites practiced by Protestants, viz., baptism and the Lord's Supper²¹. As described by one commentator, «*Phillips* stood for the principle that, because of the obligations shouldered by Catholic Priests in administering the Sacrament of Penance, the free exercise provisions of the state constitution excused them from the general obligation to testify in court as to matters heard in confession»²².

IV. ETIENNE V. FERGUSON

In 2025, the State of Washington passed a law, Senate Bill 5375 (hereinafter «SB 5375»)²³, requiring Catholic priests to reveal information they learn in the confessional regarding child abuse and neglect²⁴. Prior to this time,

¹⁵ The case was never officially reported, but was reprinted in *Privileged Communications to Lawyers*, 1 CATHOLIC LAWYER 199 (1955).

¹⁶ *Id.* at 199.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Anthony MERLINO, Tightening the Seal: Protecting the Catholic Confessional from Unprotective Priest-Penitent Privileges, 32 Seton Hall Law Review 655, 667 (2002).

²⁰ *Id.* at 667-668.

²¹ *Id.* at 668.

²² *Id.*

²³ 2025 Wash. Sess. Laws ch. 197, § 2.

²⁴ *Etienne*, 791 F. Supp. 3d at 1235-1236.

priests were mandatory reporters, but only for information acquired during their supervisory duties, which exempted the confessional²⁵. As a result of this new law, Catholic bishops in Washington filed a complaint followed by a motion for a preliminary injunction asking the federal district judge to declare the law unconstitutional as applied to Catholic priests²⁶. The plaintiffs declared that «they will not comply with SB 5375 to the extent that it conflicts with Church teachings on the Sacrament of Confession –even if such non-compliance results in civil or criminal penalties» and believe that SB 5375 will induce parishioners to «not seek the Sacrament of Confession,» «interfere with their pastoral duties,» and thwart the Church’s mission to «reconcile sinners to God and His Church and save souls»²⁷.

Initially, the defendants alleged that the plaintiffs both lacked standing to seek injunctive relief and that their claims were not ripe for adjudication²⁸. In this regard, the defendants argued that the plaintiffs could not show «any genuine threat of imminent prosecution» and that just because the plaintiffs claimed that they would not comply with the new law, such assertion was not sufficiently specific as to the time and place of non-compliance²⁹. Moreover, the defendants contended that the mere existence of possible future penalties without any present enforcement action does not demonstrate an actual injury in fact but is merely hypothetical in nature³⁰. The plaintiffs countered that, given the nature of the sacrament of reconciliation, not only would it be «perverse» to speculate as to when and where they would refuse to disclose the information in contravention of the new law, but such disclosure itself would violate the seal of the confessional³¹.

The district court decided these threshold justiciability issues in favor of the plaintiffs, as it should have. It is well established that, when seeking pre-enforcement injunctive relief, «it is not necessary [for the plaintiff to] first expose himself to actual arrest or prosecution to be entitled to challenge a statute that he claims deters the exercise of his constitutional rights»³². In *Etienne*, because the plaintiffs both expressed a concrete intention to violate SB 5375, attesting «that their job and faith *require them* to engage in actions that violate

²⁵ *Id.* at 1235.

²⁶ *Etienne v. Ferguson*, Case No. 3:25-cv-05461-DGE, Plaintiffs’ Motion for Preliminary Injunction (filed 6 June 2025) (on file with author).

²⁷ *Etienne*, 791 F. Supp. 3d at 1237-1238.

²⁸ *Id.* at 1239.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* at 1239-1240.

³¹ *Id.*

³² *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452, 459 (1974).

the statute»³³, and there was an imminent threat of enforcement against the plaintiffs, as confirmed by the State of Washington's intent to enforce the new law once it came into effect³⁴, the court concluded that the plaintiffs had «pre-enforcement standing and their claims satisfy the constitutional component of ripeness»³⁵. In addition, the court ruled that the plaintiffs' claims qualified under the doctrine of prudential ripeness, as the issues raised were primarily legal in nature, rather than factual, and delaying review would result in direct and immediate hardship to the plaintiffs, including excommunication and possible jail time³⁶.

In order to obtain a preliminary injunction, the plaintiff «must establish that he is likely to succeed on the merits, that he is likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief, that the balance of equities tips in his favor, and that an injunction is in the public interest»³⁷.

In assessing the likelihood of success on the merits, the district court focused on the plaintiffs' claim that SB 5375 violated their right to the free exercise of religion under the First Amendment to the United States Constitution. Specifically, the court addressed three issues: (1) whether the law burdened religious exercise; (2) whether the statute was neutral and generally applicable; and (3) whether the law satisfied the «strict scrutiny» standard for assessing constitutionality.

First of all, with respect to the burden on free exercise, the court held that «[t]here is no question that SB 5375 burdens Plaintiffs' free exercise of religion. In situations where Plaintiffs hear confessions related to child abuse or neglect, SB 5375 places them in the position of either complying with the requirements of their faith or violating the law»³⁸. The court ruled that «consequences for violating the statute are serious» in that criminal sanctions may be imposed but that, «as Plaintiffs assert, the implications of violating the Sacramental Seal are more serious still. ... any priest who directly violates the sacramental seal incurs automatic excommunication and thereby risks eternal damnation»³⁹.

Secondly, the court assessed whether the State of Washington's new law was neutral and generally applicable. The court began by analyzing whether secular activity was treated more favorably than religious activity. In particu-

³³ *Etienne*, 791 F. Supp. 3d at 1240-1241.

³⁴ *Id.* at 1241.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.* at 1242.

³⁷ *Winter v. NRDC*, 555 U.S. 7, 24 (2008).

³⁸ *Etienne*, 791 F. Supp. 3d at 1243.

³⁹ *Id.* at 1243-1244.

lar, the court pointed out that «SB 5375 modifies existing law solely to make members of the clergy mandatory reporters with respect to child abuse and neglect»⁴⁰. Yet, the court noted that «other groups of adults who may learn about child abuse are not required to report. Parents and caregivers, for example, are not mandatory reporters»⁴¹. The court also highlighted another new statute in the State of Washington that specifically exempted attorneys working in higher education, e.g., law professors and staff members, from the having to report child abuse and neglect in connection with information learned during the representation of clients⁴². Thus, «one law eliminates the privilege for clergy while the other expands the privileges available to secular professionals»⁴³. Accordingly, the court concluded that «SB 5375 is neither neutral nor generally applicable because it treats religious activity less favorably than comparable secular activity»⁴⁴.

Moreover, the court considered whether SB 5375 specifically targeted religious activity. It noted that «clergy were explicitly singled out» in the title of the bill, which is «AN ACT Relating to the duty of clergy to report child abuse and neglect»⁴⁵. Furthermore, the court was troubled by the legislative emphasis on targeting clergy contained the statutory language of the bill itself, remarking that while SB 5375 added clergy to the list of mandatory reporters under section 1(a) of the bill, «at the same time, redundantly includes language *removing* clergy from the privileged communication exception in [section 1(b) of the bill]»⁴⁶. In short, «[t]he targeted exception for clergy raises concerns, as the text of the bill and its legislative history arguably evince the intentional abrogation of a practice that the legislature understood to be religiously sacrosanct»⁴⁷.

Thirdly, the court considered whether SB 5375 could withstand «strict scrutiny,» which, in a situation involving the infringement on religious liberty, can only be justified if the law is narrowly tailored utilizing the least restrictive means to achieve a compelling state interest⁴⁸. Here, the court held that the law failed strict scrutiny, explaining that «[t]he State arguably could have chosen a less restrictive means of advancing its interest in protecting children from abu-

⁴⁰ *Id.* at 1245.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* at 1237.

⁴⁷ *Id.* at 1246.

⁴⁸ *Id.*

se and neglect by adding members of the clergy to the list of mandated reporters while also permitting a narrow exception for the confessional, as approximately 25 other states have done»⁴⁹.

Next, with regard to the other elements for obtaining a preliminary injunction, the court found that the plaintiffs demonstrated irreparable harm because «[t]he loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable harm»⁵⁰. The court also held that the balance of equities and public interest weighed in the plaintiffs' favor in light of the «serious First Amendment questions» raised⁵¹.

As such, the court granted a preliminary injunction to the plaintiffs on their Free Exercise claim to apply to Roman Catholic priests in the State of Washington falling under the administration of the bishops who brought suit⁵².

Thereafter, with the threat of continued intervention by the U.S. Department of Justice in favor of the plaintiffs' position, the State of Washington declined to proceed further in enforcing the new law against the plaintiffs, and the parties filed a stipulated motion for a permanent injunction and final judgment in the case⁵³, which order was granted on 14 October 2025⁵⁴.

V. CONCLUSION

The case of *Etienne v. Ferguson* provides a thorough examination of the contemporary legal issues arising from the tension between mandatory reporting laws and time-honored religious sacraments. It is clear from the district court's ruling that the State of Washington's law was not only constitutionally deficient in that it failed to survive strict scrutiny in impermissibly burdening the free exercise rights of priests in administering the sacrament of reconciliation, but that it may have illegally targeted such religious activity, especially where the legislature contemporaneously expanded the privilege against disclosure for other secular professionals.

⁴⁹ *Id.* at 1247.

⁵⁰ *Id.* at 1248 (quoting *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. 14, 19 (2020)).

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.* at 1249.

⁵³ *Etienne v. Ferguson*, Case No. 3:25-cv-05461-DGE, Stipulated Motion to Enter Permanent Injunction and Final Judgment (filed 10 October 2025) (on file with author).

⁵⁴ U.S. Department of Justice, Civil Rights Division, *Paul D Etienne v. Robert Ferguson* (Case Overview), available at <https://www.justice.gov/crt/case/paul-d-etienne-v-robert-ferguson>.

On the other hand, a commentator recently advocated for the complete abrogation of the clergy-penitent privilege in cases of child abuse and neglect on the following basis:

Child sex offenses are a pervasive problem in our society and, as such, occur far too often in our churches. State legislatures must find a way to combat this issue by requiring churches to implement reporting procedures rather than allowing them to be a haven for offenders. Although clergy are enumerated as mandatory reporters in many states due to their close contact with children, the penalties for failure to report are largely insufficient to make victims whole. Moreover, these penalties hinge on excessively short statutes of limitations, which negate filing suit in many cases. Exacerbating the problem, in many states, clergy-penitent privilege works to abrogate reporting requirements, making a clergyman innocent of failure to report if the abuse was disclosed during a confidential communication for the purpose of spiritual guidance⁵⁵.

No doubt, this rationale stems, in part, from a visceral reaction to the child sex abuse scandal that rocked the Catholic Church in the United States and more-contemporary revelations regarding mainstream Protestant denominations that shielded perpetrators of child abuse within their ecclesiastical systems⁵⁶, which demonstrates that this debate bridges the Catholic/Protestant divide. Of course, any child sexual abuse occurring inside the church is a matter of utmost concern. Yet, these two distinct issues, viz., child sexual abuse within the church organization and the privilege protected by the confessional seal, should not be erroneously conflated. To quote the popular medieval German expression, «Don't throw the baby out with the bathwater.»

The sacrament of reconciliation is a historic rite of the Catholic Church, of which the seal of the confessional is an indispensable component. The dilution of the priest-penitent privilege under the guise of preventing child abuse is a slippery slope that will not only have grave consequences for priests, the faithful, and the Catholic Church itself, but it will undoubtedly lead to future erosion of the formerly inviolable nature of confidential communications between clergy and parishioner.

In today's ever-increasingly secular society, the church is often an easy target for attack. One should be extremely wary whenever the government, irrespective of how noble the pretense proffered, wishes to open the confessional door and learn the most-intimate details shared between a penitent and a

⁵⁵ Faith Lyons, Note: *Be Sure Your Sin Will Find You Out: Abrogating Clergy Privilege to Combat Child Sex Abuse in the Church*, 36 Regent University Law Review 401, 427 (2023-2024).

⁵⁶ *Id.* at 410-413.

priest. This is the same dilemma that St. John Nepomucene faced when the king demanded he reveal the nature of the queen's confession. May God grant that religious leaders from both sides of the Christian aisle work together to preserve and protect the sanctity of this ancient sacrament from governmental intrusion with equal vigor.

61. EL DELITO DE MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS, TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2019, DE 20 DE FEBRERO

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

I. DETERMINACIONES PREVIAS

El delito de maquinación para alterar el precio de las cosas es de larga tradición en la codificación española, si bien, desde el Código Penal de 1848 hasta el Código Penal de 1995 se ubicó entre los delitos contra la propiedad. El Código Penal de 1995 lo incluye entre los delitos socioeconómicos, encajando así de mejor manera en el marco de protección de un bien jurídico de carácter supraindividual¹.

El art. 284 CP, tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, quedó conformado por tres figuras delictivas diferenciadas: a) La alteración de precios empleando violencia, intimidación o engaño en las personas, del apartado primero; b) La difusión de noticias o rumores falsos para preservar o alterar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, del apartado segundo; y c) La utilización de información privilegiada con la finalidad de fijar precios anormales o artificiales de los valores o instrumentos financieros, del apartado tercero. La pena prevista en los tres casos era la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

¹ FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas», en Morillas Cueva (dir.) *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, p. 315.

No obstante, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, le da la nueva configuración, como consecuencia de la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, y del Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado². Con la nueva redacción, el ámbito típico se amplía, las penas alcanzan un fortísimo incremento respecto de la ti-

² La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, le da la siguiente redacción:

1. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años, a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que dicho beneficio fuera superior a doscientos cincuenta mil euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

3.º Realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que como consecuencia de su conducta obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio superior a doscientos cincuenta mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas abusivas.

2.º Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.

3. Si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, las penas se impondrán en su mitad superior».

pificación anterior, y recogen nuevos tipos agravados en atención al sujeto activo del delito y al montante económico del beneficio, pérdida evitada o al perjuicio ocasionado. El mismo preámbulo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, dispone lo siguiente: «La modificación que se efectúa en el art. 284 del Código Penal incorpora, en los medios comisivos, la utilización de artificios y el empleo de las tecnologías de la información para la alteración de precios; en el objeto de protección, los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y los índices de referencia y, en la punición, un incremento de las sanciones para cumplir con las exigencias de la directiva. Además, se prevé una agravación específica para los supuestos en que el autor del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, una entidad de crédito, una autoridad supervisora o reguladora, o una entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación».

La pena prevista para las modalidades del tipo básico pasa de «la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses» previa a la reforma a prisión «de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados, si la cantidad fuere más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años», pudiendo imponer la pena en su mitad superior si se dan las circunstancias de los nuevos tipos agravados. Con ello se adapta el marco punitivo a la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, cuyo art. 7.2 establece que el máximo de la pena privativa de libertad previsto para los delitos de manipulación de mercado debía ser, como mínimo, de cuatro años. Si bien, el legislador español sobrepasa con creces el límite máximo impuesto por la Directiva. Al respecto sorprende la imposición cumulativa de la pena de multa de dos a cinco años cuando el art. 50 CP establece la duración de la pena de multa a la persona física entre 10 días y dos años³.

En sus diferentes modalidades sólo se tipifican delitos dolosos, es imposible plantear la comisión imprudente. Las distintas modalidades típicas reflejan una manipulación del mercado, por lo que tienen en común la tutela del mercado, con un carácter supraindividual, colectivo, la integridad del mercado

³ GÓMEZ-JARA DÍEZ-TEJADA PLANA, «La reforma del delito de manipulación de mercado en el Código Penal español: luces, sombras y algún claroscuro», *Diario La Ley*, Documento online, n.º 9376, 2019, nota número 30.

y la confianza en el mismo⁴. «La manipulación del mercado en todas sus modalidades influye en la adecuada formación de la cotización de los valores e instrumentos financieros, perturbando así la integridad de los mercados de capitales» (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª, 28/2017, de 27 de octubre).

II. ALTERACIÓN DE PRECIOS EMPLEANDO VIOLENCIA, INTIMIDACIÓN, ENGAÑO O CUALQUIER OTRO ARTIFICIO

El apartado primero del art. 284 CP mantiene, de manera residual, el tradicional delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el tipo quedaba limitado a las modalidades comisivas que impliquen el empleo de violencia, intimidación o engaño. No obstante, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, vuelve a imprimirle una fórmula abierta incorporando la cláusula «o cualquier otro artificio» junto a las modalidades tasadas de empleo de «violencia, amenaza o engaño».

El bien jurídico protegido es la libre formación de los precios en el mercado⁵. En definitiva, el tipo lo que trata es de proteger el funcionamiento del propio mercado⁶, más en concreto la determinación de precios en condiciones de igualdad⁷. Aun cuando se tutele de forma mediata los intereses patrimoniales del conjunto de los consumidores que pudieran verse afectados, como parece hacer el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de julio de 2002, lo que se tutela de forma directa es la propia libertad de mercado, con independencia de que ello favorezca o perjudique las expectativas patrimoniales del consumidor, contratante o competidor⁸. En definitiva, en este apartado no se tutela un interés propiamente estatal o del sistema de abstracción hecha de las personas

⁴ FEJOO SÁNCHEZ, «Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del art. 284 CP tras la LO 1/2019: retos dogmáticos frente a un desatino legislativo», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 138, 2019.

⁵ GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en Morillas Cueva (coord.) *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 609; DOVAL PAÍS, /ANARTE BORRALLÓ, «Abuso de mercado», en Boix Reig (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. II. Delitos Económicos*. Madrid 2020, p. 515.; QUINTERO OLIVARES. «Artículo 284», en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Código Penal Español*. Cizur Menor, 2024, p. 377; GÓMEZ PAVÓN, «El delito de alteración de precios», en AA.VV., *Delitos Económicos*, Madrid 2019, p. 187.

⁶ BACIGALUPO SAGESSE, «Artículo 284», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IX, Madrid, 2006, p. 274.

⁷ FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito...», p. 320.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Valencia, 2019, p. 358.; CASTELLÓ NICÁS, «Artículo 284», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IX, Madrid, 2006, p. 292.

o colectivos que lo conforman, sino que protege un interés social cuya tutela inmediata conlleva al mismo tiempo la protección mediata de intereses individuales, que en algunos casos coinciden materialmente con los intereses de los consumidores y en otros con los legítimos intereses de los oferentes o competidores⁹.

Objeto material del delito serán los precios que debieren resultar de la libre concurrencia de los productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellas, índices de referencias, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación. La exigencia de que los precios deben resultar de la libre concurrencia, excluye del delito tanto los precios que de alguna manera están sometidos al control o autorización administrativa¹⁰ como los precios de los productos, bienes o servicios extracomercium, por exigir el tipo expresamente que las cosas sean objeto de contratación¹¹.

Se trata de un delito común, por lo que sujeto activo puede ser cualquiera. Sujeto pasivo será la colectividad en su conjunto (si los hechos los cometiera un «trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad crediticia, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación», se aplicaría el tipo especial impropio del art. 284.3 CP).

La formulación típica previa a la Ley Orgánica 1/2019 lo conformaba como un delito de peligro, en el que no se requería que los precios que resultarían de la libre concurrencia de los productos o servicios en el mercado se hubieran visto efectivamente afectados, constituyéndose como un tipo de resultado cortado, de consumación anticipada (Quienes «empleando violencia, amenaza o engaño intentaren alterar los precios que hubieren...»), que impedía la tentativa. Lo que se describía en el tipo en realidad era la tentativa de alcanzar un resultado. La consumación del tipo, por tanto, se producía con el empleo de la violencia, amenaza o engaño con la finalidad de alterar los precios que debieran resultar de la libre concurrencia en el mercado¹². Sin embar-

⁹ CRUZ BLANCA, «Artículo 284», en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IX, Madrid, 2006, p. 310.

¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico...*, p. 361; GONZÁLEZ RUS «Delitos contra...», p. 609; CASTELLÓ NICÁS, «Artículo 284...», p. 293; CRUZ BLANCA, «Artículo 284...», p. 316; BRAGE CERDÁN, *Los delitos de alteración de precios: (especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP)*, Granada, 2001, p. 50 ss.

¹¹ CRUZ BLANCA, «Artículo 284...», p. 317; GÓMEZ PAVÓN, «El delito de alteración de precios...», p. 191; BACIGALUPO SAGESSE, «Artículo 284...», p. 279.

¹² CRUZ BLANCA, «Artículo 284...», p. 319; CASTELLÓ NICÁS, «Artículo 284...», p. 297; BACIGALUPO SAGESSE, «Artículo 284...», p. 280; FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito...», p. 327.

go, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, conforma un delito de resultado en el que para la consumación se exige la efectiva alteración de los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de los productos mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas, índices de referencias, servicios o cuales quiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación. Siendo un delito de resultado, nada impide la admisión de la tentativa tanto acabada como inacabada, siempre y cuando la conducta conducente a alterar los precios que hubieran de resultar de la libre concurrencia en el mercado se haya realizado con violencia, amenaza, engaño u otro artificio de entidad semejante a los anteriores. La consecuencia de la nueva formulación como delito de resultado, que permite la tentativa diferenciada del delito consumado unido al importante incremento punitivo va a tener –sin embargo– una consecuencia respecto de aquellas conductas que utilizando los medios comisivos típicos (violencia, amenaza, engaño u otro artificio semejante) con el objetivo de alterar los precios de la libre concurrencia en el mercado sin conseguirlo, como tentativa de delito, va a tener la pena máxima de prisión en los seis meses (de tres a seis meses), cuando con la formulación anterior –si bien alternativa con la pena de multa– se podía llegar a los 2 años de prisión.

La alteración del precio de las cosas puede consistir tanto en alzarlos, como en bajarlos, incluso en mantenerlos artificialmente ¹³.

Las modalidades comisivas con la Ley Orgánica 5/2010, quedaron limitadas a los casos en los que con la finalidad exigida se emplee violencia, amenaza o engaño. Estos conceptos deben interpretarse en sentido amplio. La violencia puede abarcar no sólo la fuerza física, sino también la intimidación y la fuerza sobre las cosas; la amenaza ha de ser integrada por el concepto jurídico usual del delito de amenazas; y el engaño mantiene un significado similar al de la estafa, pero sin exigir la relación de causalidad engaño-error-disposición patrimonial ¹⁴. Por su parte, la Ley Orgánica, 1/2019, de 20 de febrero, al ampliar las modalidades típicas a «cualquier otro artificio» abre el tipo a cualquier otra fórmula que tenga la entidad similar a la violencia, la amenaza o el engaño.

SÁNCHEZ TOMÁS, «Los delitos de abuso de mercado de valores y de manipulación de los precios», en Álvarez García (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial II*, Valencia, 2011, p. 634.

¹³ CRUZ BLANCA, «Artículo 284...», p. 315; FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito de maquinaciones...», p. 325; GÓMEZ PAVÓN, «El delito de alteración de precios...», p. 192; BRAGE CERDÁN, *Los delitos...*, p. 196.

¹⁴ CRUZ BLANCA, «Artículo 284...», p. 333.

III. DIFUSIÓN DE NOTICIAS O RUMORES FALSOS PARA PRESERVAR O ALTERAR EL PRECIO DE COTIZACIÓN DE UN VALOR O INSTRUMENTO FINANCIERO O UN CONTRATO DE CONTADO SOBRE MATERIAS PRIMAS O DE MANIPULAR EL CÁLCULO DE UN ÍNDICE DE REFERENCIA

El apartado segundo del art. 284 CP se incluyó, junto al apartado tercero y a lo dispuesto en el art. 282 bis CP, relativo a la estafa de inversores, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cuyo preámbulo lo justificaba como sigue: «del mismo modo, se castiga la difusión de noticias o rumores sobre empresas donde se ofreciesen datos falsos para alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero». La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, reformula la redacción inicial, en la siguiente línea:

– Describe la forma de difusión de la noticia o rumor falso dirigido a alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas o de manipular el cálculo de un índice de referencia. En la redacción anterior se describía una conducta de medios indeterminados dirigida directamente a alterar o preservar el precio: «Los que difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofreciesen datos total o parcialmente falsos con el fin de...»; La fórmula vigente amplía el ámbito típico incluyendo la fórmula de «los que por sí, de manera directa o indirecta a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de...».

– La conducta anterior se amplía cuando se realiza con el fin de preservar el precio de un contrato sobre materias primas o de manipular el cálculo de un índice de referencia, junto al precio de cotización de un valor o instrumento financiero, que abarcaba la reforma de 2010.

– La redacción anterior exigía para su castigo la causación de un beneficio o de un perjuicio de 300.000 €, cantidad que se discutía si realmente era el resultado del delito o una Condición Objetiva de Punibilidad. Sin embargo, la reforma de 2019 lleva el alcance de la modificación del mundo exterior al sujeto a una triple dimensión, alternativa: a. cuando provoca un beneficio o causa un perjuicio superior a los 250.000 €; b. cuando el importe de los fondos em-

pleados sea superior a dos millones de euros; o c. cuando causare un grave impacto en la integridad del mercado.

El tipo del apartado segundo, en la línea del apartado primero, tutela la libre formación de precios; si bien, en este caso se limita al precio de cotización de un valor o instrumento financiero en el mercado de instrumentos financieros o un contrato de contado sobre materias primas o de manipular el cálculo de un índice de referencia.

Por valor o instrumento financiero habrá que incluir todos los comprendidos en el art. 2 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (Real decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

Por contrato de contado sobre materias primas se entenderá «un contrato negociado en un mercado de contado para el suministro de una materia prima que se entrega tan pronto se liquida la operación, así como el contrato para el suministro de una materia prima que no tiene la consideración de instrumento financiero, incluyendo el contrato con entrega aplazada», de acuerdo con el art. 2.1.15) del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso del mercado.

Por «índice de referencia» deberá entenderse de acuerdo con el art. 3.3 del Reglamento (UE) 2016/2011, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2011, «todo índice que se utilice como referencia para determinar el importe a pagar en relación con un instrumento financiero o un contrato financiero, o el valor de un instrumento financiero o un contrato financiero, o para medir la rentabilidad de un fondo de inversión, con el fin de realizar un seguimiento del rendimiento de dicho índice o de definir la asignación de activos de una cartera o de calcular las tasas de rendimiento».

El objeto del delito se limita a los precios de cotización de un valor o instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas o el índice de referencia en un determinado mercado financiero. El tipo del art. 284.2.º CP no limita el hecho a un mercado organizado, oficial o reconocido, por lo que podría ampliarse a cualquier mercado de instrumentos financieros organizado o no organizado, formal o informal. Tampoco limita el ámbito de los posibles autores del delito a quien ha tenido acceso reservado a una determinada información con ocasión de su actividad empresarial o profesional. Se conforma, por tanto, como un delito común que puede ser ejecutado por cualquier persona.

El verbo típico sobre el que gira la conducta es el de difundir, que debe ser interpretado en el sentido de la tercera acepción de la RAE, como «propagar o divulgar» algo, en este caso, noticias o rumores falsos, que contengan

datos económicos total o parcialmente falsos. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, equipara a la difusión de noticias o rumores falsos la transmisión de señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, respecto de lo que debe entenderse la transmisión de señales que indiquen de forma errónea la realidad económica de una persona o empresa.

El tipo exige como canal de difusión del rumor o noticia falsa o de la señal errónea unos medios que permitan el alcance a una multitud de personas. Así, junto a la anterior determinación de los medios de comunicación como forma de transmisión de la falsa información, la reforma de 2019 incluye expresamente internet y cualquier otra forma de utilización de la tecnología de la sociedad de la información y la comunicación, dejando una fórmula abierta a cualquier otro medio con capacidad de llegar a una multitud de personas. Se exige que el rumor o la noticia –o la falsa señal– se comuniquen a terceros a través de los canales adecuados para conseguir que el rumor o la noticia se expanda llegando a un número indeterminado de personas¹⁵ (Auto del Juzgado Central de Instrucción de 30 de agosto de 2011). Se excluye, por tanto, la comunicación directa a una única persona, lo que podría dar lugar a un delito de estafa.

La forma de emitir la falsa noticia o rumor o la señal errónea puede ser directa o indirecta, incluyendo por tanto en esta fórmula, por ejemplo, el no desmentir una noticia que ha surgido sabiendo que es falsa. En todo caso, sea directa o indirecta la forma de difundir la noticia o el rumor o de transmitir la señal errónea acerca del estado económico de una persona o empresa, la misma debe de ir dirigida a la finalidad de alterar o preservar el precio de cotización del instrumento financiero, del contrato sobre materias primas o la forma de determinar el índice de referencia. Se exige una falsedad objetiva en la información que se difunde o transmite y una falsedad subjetiva, en tanto que debe ir dirigida a una finalidad expresamente determinada en el tipo.

Los datos económicos deben ser falsos (Auto del Juzgado Central de Instrucción de 30 de agosto de 2011), total o parcialmente falsos. El delito incorpora la expresión «a sabiendas», relativa al conocimiento de que los datos difundidos son total o parcialmente falsos, lo que redobla el dolo del tipo. Se exige el conocimiento de la inexactitud de los datos económicos que se difunden como rumor o como noticia, y además se hace con la finalidad específica de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero que debiera resultar de la libre concurrencia en el mercado, lo cual pare-

¹⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, «Los delitos de abuso...», p. 637.

ce excluir el dolo eventual, exigiendo un dolo específico que viene a restringir el campo de la intervención penal ¹⁶.

El tipo exige, para ser punible, la concurrencia de alguna circunstancia más. Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, se exigía la causación de un resultado concreto. Atendiendo a que la difusión de rumores o noticias falsas sobre el estado económico de determinados valores o instrumentos financieros, pueden dar lugar tanto a un incremento como a una reducción del valor que los mismos hubieran tenido en el mercado, el tipo exigía bien la obtención de un beneficio para sí o para un tercero, bien la causación de un perjuicio (que deberá ser necesariamente para terceros), estableciendo el legislador la cifra de 300.000 €, en ambos casos. La exigencia del beneficio o del perjuicio superior a 300.000 € podía considerarse el resultado del delito, en cuyo caso se estaría ante un delito de resultado, en el que cabría sin ningún problema la tentativa, o bien podía considerarse que el tipo mantenía la estructura del delito de mera actividad, que se consumaba con la externalización de la conducta con una idoneidad objetiva para alterar el mercado en el que han de concurrir los valores o instrumentos financieros, en cuyo caso, la exigencia de los 300.000 € de beneficio obtenido o de perjuicio causado se configuraba como una condición objetiva de punibilidad ¹⁷ (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª, 28/2017, de 17 de octubre).

Ahora bien, con la reforma operada por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, se han incluido hasta tres circunstancias que pueden concurrir de forma alternativa para considerar punible la conducta: que se alcance un beneficio o se cause un perjuicio superior a 250.000 €, que el importe de los fondos empleados sea superior a dos millones de euros o que se cause un «grave impacto en la integridad del mercado». En caso de que concurra más de una circunstancia no se prevé una modalidad agravada.

La formulación típica, en cualquier caso, resultante tras la reforma de 2019 es de más calado. En este segundo apartado el incremento punitivo debe ser analizado. El paso de la pena de prisión de seis meses a dos años y la alternativa de multa de doce a veinticuatro meses permitía considerar el tipo como un tipo de mera actividad que se consumaba con la simple realización de la conducta con una potencialidad de provocar un beneficio o –en su caso– un perjuicio superior a los 300.000 €, considerando éste una condición objetiva de punibilidad ajena a la efectiva consumación típica. No obstante, el incremento punitivo, pasando aho-

¹⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, «Los delitos de abuso...», p. 637; FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito...», p. 328; GONZÁLEZ RUS «Delitos contra...», p. 610.

¹⁷ FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito...», p. 330; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra...», p. 610.

ra a la pena cumulativa de seis meses a seis años de prisión, más la pena de multa de dos a cinco años o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados, más la inhabilitación especial para intervenir en el mercado, permiten una interpretación integradora en la que los tres resultados alternativos exigidos deban considerarse elementos del tipo de injusto. Es decir, tanto la provocación de un beneficio –o evitación de un perjuicio– superior a 250.000 €, como el empleo de fondos por valor superior a dos millones de euros o la causación de un impacto grave en la integridad del mercado, deben considerarse desde la reforma de 2019 como resultado típico, derivado de una relación de causalidad del actuar del autor e imputables con criterios de imputación objetiva a la misma¹⁸. Cuando el resultado no se produzca, cabe la tentativa de delito, que será aplicable en aquellos casos en los que haya dado comienzo la ejecución de una conducta potencialmente provocadora de alguno de los resultados recogidos en el art. 284.1.2 CP. Así, cuando la conducta iniciada en ningún caso tuvo la potencialidad de provocar un beneficio –o evitar un perjuicio– de 250.000 €, ni tuvo la entidad para mover una cuantía superior a dos millones de euros, ni para causar un grave impacto en la integridad del mercado, el hecho será atípico, pero cuando aun no provocando el resultado, el mismo potencialmente fue posible deberá aplicarse la tentativa de delito. Al respecto es criticable la referencia a un término tan impreciso como un «grave impacto en la integridad del mercado», el cual rompe con la taxatividad exigida al Derecho Penal y deja la determinación del tipo en la especulación a determinar por la jurisprudencia.

IV. UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN CON LA FINALIDAD DE FIJAR PRECIOS ANORMALES O ARTIFICIALES DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS, CONTRATO DE CONTADO SOBRE MATERIAS PRIMAS RELACIONADO O LOS ÍNDICES DE REFERENCIA O PARA ASEGURARSE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

Este apartado tercero del art. 284 CP es el que sufre una reforma más profunda con la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, trasladando el eje sobre el que gira el tipo de la utilización de una información privilegiada –que normalmente sería cierta– hacia la construcción del precio en el mercado proporcionando una información falsa.

¹⁸ En sentido contrario, QUINTERO OLIVARES, no obstante las considera Condiciones Objetivas de Punibilidad, «Art. 284...», p. 382; también GÓMEZ PAVÓN, «El delito de alteración de precios...», p. 189.

Así el art. 284.3 CP, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipificada «la conducta de quienes utilizando información privilegiada realicen transacciones u órdenes de operación que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros, o para asegurar, en concierto con otras personas, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, así como el concierto para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero» (Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero viene a confirmar este extremo, si bien, no hace una referencia expresa a la «utilización de una información privilegiada», de forma que podría interpretarse que el sujeto que realiza la conducta debe tener una información veraz, si bien no tiene que ser privilegiada, encaminando sus actos a crear una situación de falsa confianza en el mercado que incida directamente en el precio o le permita una posición de dominio.

El bien jurídico tutelado sigue siendo la libre formación de precios de cotización de un valor o instrumento financiero en el mercado de instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionado o los índices de referencia.

El tipo penaliza el uso de una información en el mercado, describiendo una conducta mixta alternativa. El tipo se consume cuando dicha información se utiliza, bien, para: a) Realizar transacciones o dar órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionado o los índices de referencia; o bien, para, b) Asegurarse, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

El tipo ya no exige que la información sea privilegiada, si bien la información no deberá ser de público conocimiento. La eliminación de la información privilegiada amplía el ámbito del tipo, pues, la información privilegiada sólo la van a tener unas pocas personas como consecuencia de su posición profesional, empresarial o funcional en el engranaje del mercado de instrumentos financieros correspondiente, mientras que con la nueva redacción el tipo podrá realizarlo otros sujetos que, por razones diversas, hayan tenido acceso a esa información –que sigue sin ser pública– aún cuando le ha sido transmitida por quien tiene acceso directo a ella.

La exigencia de utilizar la información privilegiada convertía el delito en su redacción anterior en un delito especial propio¹⁹, si bien, la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, conforma el delito como un delito común, para cuya comisión basta que el autor conozca la información que no es pública, al margen de cómo haya llegado a su conocimiento. Cuando el hecho sea realizado por quien, en atención la actividad que desempeña como trabajador o empleado de una empresa de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación y use la información que por razón de su trabajo o cargo adquiere (que podría conformar el concepto visto de información privilegiada) le será aplicable el tipo especial impropio del art. 284.3 CP.

Con respecto a la redacción anterior a la reforma de 2019, en las dos modalidades de conducta se utilizaba la estructura del delito de peligro abstracto²⁰, si bien, no se exigía en ninguno de los casos que el precio de los valores o instrumentos financieros llegasen a verse alterados. En la primera modalidad, bastaba con que se usara la información para realizar operaciones o dar órdenes tendentes a crear unos indicios engañosos en otros participantes en dicho mercado, acerca de la oferta o demanda real del valor o instrumento financiero o de su precio; mientras que, en la segunda modalidad, para asegurarse una posición dominante en el mercado desde la que fijar los precios de dichos valores o instrumentos financieros en niveles anormales o artificiales. A diferencia de lo que ocurría, tanto en el apartado segundo del art. 284 CP, como en el art. 285 CP, en este art. 284.3 CP el legislador no exigía una condición objetiva de punibilidad para proceder al castigo de la conducta. Se conformaba, pues, como un delito de mera actividad, de resultado cortado, de consumación anticipada, dando lugar a su consumación con la simple realización de alguna de las modalidades de conducta típica, con la finalidad de incidir artificialmente en el precio de los valores o instrumentos financieros de los mercados²¹.

No obstante, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, además de eliminar el requisito de «privilegiada» de la información utilizada, incluyendo otra información relevante para la cotización –art. 227 de la Ley del Mercado de Valores–, para su consumación, exige que se den algunas de las circunstancias también previstas en el art. 284.1.2.º CP, que deberán concurrir de forma mixta alternativa: a. cuando provoca un beneficio o causa un perjuicio superior a

¹⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, «Los delitos de abuso ...», p. 639.

²⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, «El delito...», p. 327; GONZÁLEZ RUS «Delitos contra...», p. 610.

²¹ SÁNCHEZ TOMÁS, «Los delitos de abuso...», p. 640.

los 250.000 €; b. cuando el importe de los fondos empleados sea superior a dos millones de euros; o c. cuando causare un grave impacto en la integridad del mercado. Al respecto, nos remitimos al análisis realizado en el apartado anterior, respecto de la consideración de dichas circunstancias como resultado típico, con las valoraciones realizadas al respecto.

V. TIPOS AGRAVADOS

La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero introduce, como novedad unos tipos agravados en los apartados 2 y 3 del art. 284 CP. Con la siguiente descripción:

El art. 284.2 CP dispone lo siguiente: «se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas abusivas.

2.º Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia»

En ambos casos la pena prevista es la establecida en el art. 284.1 CP en su mitad superior.

5.1 En atención a la habitualidad en las prácticas abusivas

El tipo recoge como agravación el carácter fáctico respecto de la reiteración de las prácticas abusivas en estos mercados, en la línea que ya disponía el art. 285.2 CP, respecto del delito de utilización de información privilegiada. No obstante, es discutible el alcance del mismo y su compatibilidad con la agravante genérica de reincidencia. Por otra parte, atendiendo a la conversión en delitos de resultado que ha provocado la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, complica la aplicación de la habitualidad en tanto que si los hechos anteriores han sido juzgados y condenados lo que correspondería sería la aplicación de la agravante genérica de reincidencia. Si no existe un pronunciamiento previo, difícilmente puede afirmarse la habitualidad. Por otra parte, sólo entrarían en el concepto de habitualidad las conductas de abuso de las

prácticas abusivas que aisladamente tengan la entidad suficiente para ser constitutivas de alguno de los tipos del art. 284.1 CP.

En todo caso, el concepto de habitualidad que se utilice debe ir íntimamente unido al de reo habitual del art. 94, el cual indica lo siguiente: «A los efectos previstos en la Sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

5.2 En atención al beneficio obtenido, pérdida evitada o perjuicio causado

Respecto de esta modalidad agravada el legislador muestra una ambigüedad impropia del tipo penal. Sólo se agrava por el beneficio obtenido, pérdida evitada o perjuicio causado, excluyéndose la cuantía de fondos utilizada o el perjuicio ocasionado a la integridad del mercado. Por ello, parece razonable considerar que el perjuicio ocasionado deberá superar con creces los 250.000 € exigidos para afirmar el tipo básico en los apartados 2 y 3 del art. 284.1 CP. Será la jurisprudencia quien conforme la cuantía exigida para aplicar el tipo agravado.

VI. TIPO ESPECIAL

Por su parte, el art. 284.3 CP establece que: «si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad crediticia, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, las penas se impondrán en su mitad superior».

La reforma operada por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, incluye este nuevo tipo unido a la eliminación de la característica de privilegiada a la información utilizada en la conducta típica del art. 284.1.3.º CP, lo que ha permitido calificar dicho tipo como un delito común, al igual que en el resto de las figuras delictivas tipificadas en el apartado primero del art. 284 CP. Así, cuando el sujeto es quien utiliza esa información que no es pública, pero de la que tiene conocimiento por razón de su oficio o cargo en una empresa de servicios de inversión, entidad crediticia, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o en un centro de negociación, se aplicará este

tipo especial impropio del art. 284.3 CP, que se construye como una modalidad agravada en atención a la característica del sujeto activo.

Aun cuando la razón de ser de este apartado parece ser esa utilización de la información privilegiada en el mercado determinado en el tipo, lo cierto es que el art. 284.3 CP no sólo se proyecta sobre la modalidad típica del art. 284.1.3.º CP, sino que es aplicable respecto de cualquiera de las conductas descritas en el art. 284.1 CP, por lo que también lo será cuando el que usa violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio para alterar los precios que hubieren de derivarse de la libre concurrencia del mercado, sea el trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad crediticia, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación.

La pena prevista es la del respectivo delito común en su mitad superior, si bien, de darse alguna de las circunstancias del art. 284.2 CP y la del art. 284.3 CP resultaría la mitad superior de la mitad superior de la pena prevista en el art. 284.1 CP.

62. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Deusto

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2002¹, el profesor De la Cuesta Arzamendi publicaba un artículo titulado «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en coautoría con el profesor Blanco Cordero². Se trataba del primer artículo científico en España que analizaba ese delito que acababa de incorporarse al Código Penal. Personalmente, este artículo marcó en buena medida los inicios de mi carrera universitaria pues poco tiempo después inicié mi tesis doctoral sobre el delito de corrupción transnacional. Por ello, en este homenaje al profesor De la Cuesta he decidido centrarme en este delito que acaba de cumplir un cuarto de siglo en el texto punitivo pero no parece haber calado en los tribunales, al menos, si se tiene en cuenta el exiguo

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto «Derecho Penal de clase: propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en la Convocatoria 2022 de ayudas a «Proyectos de generación de conocimiento» (referencia: PID2022-142211NB-C22).

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.

número de casos sentenciados. Con ello pretendo ofrecer un sencillo homenaje a quien ha estudiado profundamente los delitos de corrupción tanto desde una perspectiva jurídico-penal como criminológica.

En concreto, este trabajo ofrece un repaso por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del actual art. 286 ter CP. El trabajo se estructura en tres grandes apartados: pasado, presente y futuro. El «pasado» para saber de dónde viene la tipificación de esta conducta que si bien ha estado presente en el comercio internacional desde tiempo inmemoriales, solo desde hace tres décadas la comunidad internacional fue consciente de su lesividad. El «presente» para conocer los problemas que plantea la actual configuración del tipo penal y la escasa aplicación. El «futuro» para realizar algunas recomendaciones de cara a lograr un abordaje eficaz de este fenómeno delictivo.

II. EL PASADO: EL ORIGEN DE LA TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

1. Los instrumentos internacionales en materia de corrupción

Pese a los devastadores efectos de la corrupción, la comunidad internacional se planteó una agenda anticorrupción relativamente tarde en comparación con otras actividades delictivas transnacionales como, por ejemplo, el tráfico de drogas. Hasta la segunda mitad de los años noventa no aparecieron las primeras iniciativas supranacionales vinculantes en la materia. Con anterioridad, de hecho, ningún país castigaba las prácticas de soborno transnacional, con la salvedad de EE.UU., que en 1977 había aprobado su Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, en adelante, por sus siglas en inglés, FCPA) para castigar a los ciudadanos y empresas estadounidenses (y a las que no lo son pero cotizan en bolsas del país) por la entrega de sobornos a servidores públicos de terceros Estados con el objetivo de obtener contratos en el marco de actividades comerciales transnacionales. La *Act*, precisamente por su carácter innovador, no estuvo exenta de polémica. Desde su nacimiento, la clase empresarial estadounidense manifestó su rechazo a la nueva ley argumentando que colocaba a sus empresas en una situación de desventaja respecto de sus competidoras europeas o japonesas, pues sus países de origen no contaban con una legislación similar que prohibiera el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Apoyándose en ese argumento, la clase empresarial norteamericana presionó a su gobierno para que

reclamara en los órganos decisorios de organizaciones internacionales un texto vinculante que obligara al resto de países a considerar delictivas estas prácticas. El gobierno de EE.UU. no tuvo éxito en sus presiones iniciales y no consiguió más que textos de *soft law*, como las *Líneas directrices para empresas multinacionales* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o las *Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno* de la Cámara de Comercio Internacional.

A comienzos de los noventa, bajo la iniciativa de EE.UU., se creó un grupo de trabajo en el seno de la OCDE con el objetivo de luchar contra las prácticas de soborno en el comercio internacional. Los trabajos culminaron con la adopción de la *Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales*, de 1994, que se revisaría en 1997, y la *Recomendación sobre la deducibilidad fiscal de sobornos a servidores públicos extranjeros*, de 1996. El grupo de trabajo de la OCDE continuó trabajando hasta adoptar el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, que vio la luz a finales del año 1997. El Convenio exige a los Estados parte el castigo del soborno a servidores públicos extranjeros o internacionales que tenga como finalidad conseguir o conservar un contrato en el marco de las relaciones comerciales internacionales (art. 1.1), y constituye, sin duda, el instrumento más importante de la OCDE este ámbito³.

En el seno de otras organizaciones también se gestaron en aquellos años y en los años posteriores documentos vinculantes en materia de corrupción. Así, en 1996, la Organización de Estados Americanos adoptó la *Convención interamericana contra la corrupción*, en la que se incluía como delito a tipificar por los Estados parte el soborno transnacional (art. 8).

En el ámbito europeo también se adoptaron iniciativas contra la corrupción en los años noventa, iniciativas que han ido evolucionando hasta la actual propuesta de Directiva anticorrupción⁴. En todo caso, y a diferencia del Convenio de la OCDE, en el ámbito europeo el castigo de la corrupción «fronteras afuera» no se vincula a las actividades comerciales internacionales. Las primeras iniciativas limitaron el castigo de la corrupción a prácticas que causara o pudiera causar un perjuicio a los intereses financieros de las (entonces) Comu-

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en *Eguzkilo-re*, vol. 17, 2002, pp. 5-26 (p. 20).

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM/2023/234 final).

nidades Europeas, como sucedía con el *Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* del año 1996. Esas primeras iniciativas fueron superadas en 2017 por la *Directiva PIF*⁵, que exige castigar como delito, entre otros, el cohecho de funcionarios nacionales, de funcionarios de la Unión Europea y de funcionarios de Estados Miembros de la Unión siempre que la conducta perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión. En la Unión Europea sigue vigente, además, el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* de 1997, que no vincula la corrupción a los intereses financieros de la Unión pero que ha quedado un tanto obsoleto y pretende ser sustituido por la referida propuesta de Directiva anticorrupción.

En el seno del Consejo de Europa vieron la luz dos instrumentos contra la corrupción 1999: el Convenio penal sobre la corrupción y el Convenio civil sobre la corrupción. El primero exige el castigo del soborno transnacional pero no lo limita a las actividades comerciales internacionales, sino que es mucho más genérico, lo cual lo convierte en tan ambicioso que es difícilmente aplicable en la práctica. El segundo pone el foco en la reparación de las víctimas de la corrupción.

Entrado ya el nuevo milenio, la organización de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre el crimen organizado transnacional que exigía castigar, además de la participación en un grupo delictivo organizado, otros delitos como el cohecho de funcionarios extranjeros e internacionales (art. 8.2) aunque no vinculado a la realización de actividades comerciales internacionales. En todo caso, la fuerza vinculante de ese art. 8.2 parece ser menor que el resto puesto que solo se pide a los Estados parte que «consideren la posibilidad de adoptar» medidas para tipificar esas conductas como delito.

En el seno de la misma organización, y para desvincular la corrupción del crimen organizado, se aprobó a finales de 2003 la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, un texto que, como ha señalado De la Cuesta Arzamendi, era ampliamente necesario⁶ dado que en los textos anteriores tenían una aplicación limitada a ciertos países y no vinculaban a algunos muy poderosos en las relaciones comerciales internacionales.

⁵ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales...», *op. cit.*, p. 22.

2. La incorporación del delito de corrupción transnacional a la legislación española

La incorporación del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales al Código Penal trae su causa en la ratificación por España del Convenio de la OCDE. La Ley Orgánica 3/2000⁷ introdujo un nuevo art. 445 bis para castigar estas conductas. El precepto se ubicó en un nuevo Título, el XIX bis, denominado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», ubicado inmediatamente detrás del Título dedicado a los «Delitos contra la Administración Pública». Solo tres años después, la Ley Orgánica 15/2003⁸ realizó las siguientes modificaciones. Por un lado, el art. 445 bis pasó a ser el párrafo primero del art. 445 —el cual había quedado vacío de contenido— y se añadió a dicho precepto un párrafo segundo, para posibilitar la aplicación de las entonces consecuencias accesorias del art. 129 CP relativas a personas jurídicas. Por otro lado, el reformado art. 445, con sus dos párrafos, pasó a integrar un nuevo Capítulo X, denominado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», dentro del Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública», lo que parecía indicar que el bien jurídico vulnerado estaba en íntima relación con la Administración Pública española, un sinsentido pues el funcionario público implicado en el acto de corrupción debía desempeñar sus funciones para una Administración Pública de otro Estado o de una organización internacional⁹. Por otra parte, la inclusión del párrafo segundo se debía al hecho de que el grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE, en la evaluación realizada a España en el año 2000, señalara que el país no estaba cumpliendo con su convenio en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas por su implicación en estos delitos.

La siguiente modificación del delito se produjo por la Ley Orgánica 5/2010¹⁰. La exposición de motivos de la referida ley apuntaba al cumplimiento de las recomendaciones hechas por el grupo de trabajo de la OCDE en las diversas evaluaciones que había sometido a la regulación española en la materia. En general, se demandaba una mejor redacción que no vinculara el art. 445

⁷ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

⁸ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

al art. 423 (que entonces albergaba el delito de cohecho activo) a efectos de pena, la incorporación de una definición auténtica de funcionario público extranjero e internacional y el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esos tres puntos se trasladaron al art. 445.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015¹¹ dio una vuelta de tuerca al delito incorporando modificaciones con el objetivo de «garantizar la aplicación de estos preceptos», tal y como señala su exposición de motivos, objetivo que no parece haberse alcanzado, a la vista de los casi inexistentes pronunciamientos jurisprudenciales. La modificación más llamativa fue el cambio de ubicación. El delito ahora se halla en el nuevo art. 286 ter del código penal, dentro de la Sección 4.^a del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, sección que pasa a denominarse «De la corrupción en el sector privado».

III. EL PRESENTE: UN BREVE ANÁLISIS DEL DELITO

Dado que analizar todos los elementos del delito excedería los límites razonables de este trabajo, el presente epígrafe se centra en las cuestiones más polémicas: el bien jurídico, el sujeto activo, el receptor del soborno y las modalidades típicas.

1. El bien jurídico

Desde los debates parlamentarios para la incorporación del delito al texto punitivo se discutió sobre el bien jurídico tutelado. De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, en aquella primera publicación sobre este delito, lo consideraban un el delito pluriofensivo por atacar «tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible, como señalamos, cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas»¹². La doctrina posterior prácticamente coincide en afirmar que es precisamente la competencia en el mercado el bien jurídico tutelado¹³, de ahí que se estime correcta su actual ubicación en el texto punitivo.

¹¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.*, p. 11.

¹³ BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel: Madrid, 2012, pp. 165-172; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «El soborno internacional. Normas,

Téngase en cuenta que lo que se consigue con la práctica del soborno es expulsar del mercado a los competidores que no pagan el soborno, lo que supone sin duda una alteración del correcto funcionamiento del mercado.

2. El sujeto activo del delito

Aunque cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, es difícil imaginar en la práctica un supuesto en el que una persona ofrece un soborno a un funcionario público de otro Estado sin actuar en nombre de una empresa que aspira a lograr una ventaja competitiva con esa Administración Pública. Y es que si algo caracteriza este delito es que está protagonizado por empresas que, además, operan bajo una apariencia de legalidad¹⁴. De ahí que todos los instrumentos internacionales contra la corrupción exijan castigar a las personas jurídicas con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias.

Conforme a la actual legislación penal española, las personas jurídicas pueden responder por este delito en tanto se cumplan los requisitos del art. 31 bis CP, como se dispone en el art. 288 CP. Sin embargo, en la exigua aplicación práctica de este delito, solo hay un caso de condena a una persona jurídica. Se trata de la sentencia del caso Defex, la ya desaparecida empresa semipública española dedicada al sector armamentístico. La Sentencia de la Audiencia Nacional 4/2023¹⁵ condena a la otra mercantil implicada. Recuérdese que Defex no podía ser condenada al estar en proceso de disolución. En los otros dos casos que han llegado a sentencia¹⁶, las empresas implicadas no son si quiera

obstáculos y Propuestas». *Revista de Derecho & Sociedad*, n.º 52, 2019, pp. 165-181 (p. 173); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Corrupción en las transacciones comerciales internacionales». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018, pp. 310-321 (p. 312); FABIÁN CAPARRÓS, E. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003 (pp. 80-81); FEBOO SÁNCHEZ, B.: *La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art. 286 ter del Código Penal como delito contra el mercado: un enfoque competencial de los delitos de corrupción en los negocios*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2021; GALÁN MUÑOZ, A.: «Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 605-661 (p. 631).

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I. / ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales», en Olásolo, H. / Benito Sánchez, D. / Sansó Rupert Pascual, D. / Hernández Jiménez, N. (dirs.): *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 65-173 (p. 80).

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), Sala de lo Penal, 4/2023, de 24 de febrero de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:819).

¹⁶ SAN, Sala de lo Penal, 3/2017, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:AN:2017:493) y SAN, Sala de lo Penal, 7/2024, de 19 de marzo de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:1286).

acusadas en la causa, pese a que en ambos casos ya era posible atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por este delito. Quizá sea relevante el hecho de que ambas sean sentencias de conformidad.

El Código Penal ha previsto una multa para la persona jurídica calculada por el sistema de días-multa, salvo que el beneficio obtenido sea superior a la cantidad así calculada, en cuyo caso, para que la pena cumpla las funciones de prevención, la multa deberá ser proporcional al montante del beneficio obtenido, previéndose incluso una pena del tanto al quíntuple para los casos más graves. Además, de manera potestativa, se podrán añadir las penas de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición para realizar actividades en cuyo ejercicio se haya realizado el delito, Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial. En el referido caso Defex, la mercantil Aresa Marine S. L. fue condenada a una multa de dos años a razón de 30€/día, lo que hace un total de 21600€ cuando el beneficio obtenido por la empresa superó los 25 millones de euros. No parece que en este caso la multa cumpla con las exigencias de eficacia, proporción y disuasión.

3. El receptor del soborno

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, el tipo penal exigía que los receptores del soborno fueran funcionarios públicos o autoridades *extranjeros o de organizaciones internacionales*. Precisamente, lo que ha caracterizado este delito desde su aparición en la FCPA de 1977 es el hecho de que el receptor del soborno ejerciera sus funciones públicas para otro Estado, a lo que se añadió posteriormente el desempeño de funciones para una organización internacional. Sorprendentemente, la expresión «extranjeros o de organizaciones internacionales» ha desaparecido del tipo penal en el actual art. 286 ter CP, que ahora se remite a los arts. 24 y 427 CP para interpretar el concepto de funcionario público. Nótese que el art. 427 CP extiende la aplicación de los clásicos delitos de cohecho a funcionarios públicos de cualquier Estado y de organizaciones internacionales.

Esta situación puede plantear un problema concursal entre el art. 286 ter CP y el cohecho activo del art. 424 CP. El legislador ha tratado de resolver el concurso a través de la incorporación de una cláusula según la cual los responsables responderán por el art. 286 ter CP «salvo que ya lo estuvieran [castigados] con una pena más grave en otro precepto del Código Penal». Dice la ex-

posición de motivos de la ley de reforma que así «se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal». Sin embargo, leyendo con detenimiento los preceptos, la solución no está clara¹⁷. Si la intención del legislador era aplicar los delitos de cohecho del Capítulo V del Título XIX de manera preferente (que tienen la misma pena, al menos, en la modalidad de cohecho *propio*), se olvidó de que el art. 286 ter es ley especial respecto a dichos delitos y que, por tanto, se debe aplicar éste con preferencia siguiendo las normas del art. 8 CP.

4. Las modalidades típicas

El art. 286 ter penaliza exclusivamente la corrupción *activa*, de acuerdo con las exigencias internacionales. La razón para no tipificar el lado pasivo de la corrupción en las actividades comerciales internacionales no parece relacionarse con el bien jurídico pues tanto lo afecta la actuación del particular que entrega el soborno como la del funcionario que lo recibe. La razón parece ser de índole práctica, y radica en la dificultad para perseguir y enjuiciar a una persona que ejerce la función pública para otro Estado; Estado donde con seguridad se tipifica como delito la recepción de sobornos por parte de los propios funcionarios, por lo que ese Estado también tendrá interés en la investigación y enjuiciamiento de su servidor público.

Pese a lo dicho, acudiendo a las reglas generales de autoría y participación, el funcionario público extranjero podría responder ante las autoridades españolas a título de partícipe en el delito del art. 286 ter (ej. inductor) pero no parece que en la práctica esto vaya a suceder porque podría ser visto como una intromisión en los asuntos del otro Estado. Como ejemplo, en el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2024, ya referida, el procedimiento contra el ciudadano español que entregó el soborno se abrió una vez que el funcionario público del otro Estado (en este caso, Colombia) fue condenado en su país por un delito de cohecho pasivo.

Aunque el art. 286 ter CP no está pensado, en principio, para el castigo del funcionario extranjero, la regulación actual de los delitos de cohecho del Título XIX sí permite, vía art. 427 CP, el castigo del funcionario extranjero (sin necesidad de que el soborno esté vinculado a las transacciones comerciales internacionales). Cuestión diferente es que sea conveniente perseguir a un funcionario de

¹⁷ Ampliamente sobre los problemas concursales, *vid.* GALÁN MUÑOZ, A.: «Globalización...», *op. cit.*, pp. 641 y ss.

otro Estado, como se ha indicado. En todo caso, en adelante habrá que tomar en consideración una reciente ley aprobada en EE.UU., la *Foreign Extortion Prevention Act*, que pone el foco, precisamente, en el castigo del funcionario extranjero que exige sobornos a una persona física o jurídica estadounidense (y, más ampliamente, a una persona física o jurídica de las referenciadas en la FCPA, como puede ser una empresa no estadounidense que cotice en bolsas del país). Cuando EE.UU. comience a penalizar a los funcionarios extranjeros habrá que ver si otros Estados cuyas legislaciones lo permiten, como la española, lo harán también.

No solo el castigo de la corrupción pasiva plantea problemas, sino que dentro de la corrupción activa también aparecen problemas por la redacción del tipo. Por ejemplo, no queda claro si los pagos de facilitación o engrase integran el tipo penal. No son pagos realizados para conseguir o conservar un contrato, y en ese sentido, deberían quedar fuera. Sin embargo, se plantean dudas acerca de la otra finalidad que incorpora el tipo penal: conseguir o conservar una *ventaja competitiva*. En efecto, un pago de engrase sí puede suponer una ventaja competitiva, por ejemplo, cuando se entrega para conseguir un permiso de trabajo, una licencia o un despacho aduanero. Téngase en cuenta, además, que en los delitos de cohecho clásico estos pagos sí son típicos, y se podrían perseguir según los art. 424 y 427 CP. Así las cosas, es difícil encontrar razones para no castigarlos conforme al art. 286 ter CP siempre que, efectivamente, se dirijan a lograr una ventaja competitiva.

En cuanto a la naturaleza del soborno, la expresión «beneficio o ventaja indebidos» no está exenta de polémica. El carácter cualitativo de los sobornos no plantea problema en tanto que expresamente dice el art. 286 ter que podrán ser «pecuniarios o de otra clase». Esta expresión se incorporó al tipo penal en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, para dar cumplimiento a los requerimientos supranacionales. Se cerraba así una polémica que había generado debate respecto de los delitos clásicos de cohecho. Ahora no cabe duda de que integran el tipo los sobornos consistentes, por ejemplo, en reconocimientos, honores, prestaciones sexuales, etc.¹⁸.

IV. EL FUTURO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Cuando los profesores De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero publicaron el primer artículo sobre el nuevo delito de corrupción transnacional, hace más de dos décadas, quizá no se podía presagiar cómo sería la aplicación

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / BLANCO CORDERO, I.: «Los nuevos delitos...», *op. cit.* pp. 16-17.

en los tribunales. Hoy, más de dos décadas después, se puede afirmar un cierto fracaso en la lucha contra este tipo de criminalidad. Tres procesos penales finalizados (los tres con sentencia condenatoria) en 25 años de vigencia del delito parecen ser una cifra un tanto escasa. Estos datos, no obstante, se asemejan a los de países que se hallan vinculados por el Convenio de la OCDE. De los 46 Estados parte, solo dos realizan una aplicación activa del delito (EE.UU. y Suiza), mientras que siete realizan una aplicación moderada (Alemania, Austria, Francia, Israel, Letonia, Noruega y Reino Unido). El resto no lo aplican o realizan una aplicación escasa o limitada¹⁹. El problema a futuro radica, por tanto, en reforzar la criminalización secundaria.

La persecución de los comportamientos corruptos es una labor altamente compleja. El profesor De la Cuesta Arzamendi apuntaba en un trabajo en el año 2013 el «grave déficit de aplicación» de los delitos de corrupción en España y destacaba que cuando aparece el componente internacional –como en el delito que nos ocupa– surgen aún más obstáculos²⁰. En efecto, dadas las características de la corrupción en el momento actual, su persecución y castigo se vuelve tremendamente complejo. Los corruptos operan a través de redes organizadas y actúan como auténticas estructuras empresariales que se organizan de manera racional para la maximización de los beneficios²¹. Esas redes llegan incluso a ser incluso transnacionales, lo que dificulta aún más su persecución y castigo. Es por eso que lo que se necesita en el momento actual es un refuerzo de los mecanismos de persecución que garanticen la aplicación de los tipos penales existentes. Ya lo apuntaba el profesor de la Cuesta Arzamendi en el año 2013²² a través de algunas medidas que considero como él imprescindibles y que me permito reproducir y completar aquí.

En primer lugar, es necesario abordar la corrupción como un *fenómeno* delictivo, no como mera suma de actos individuales. Como se ha señalado, los corruptos operan a través de redes organizadas, por ello es un error afrontar la corrupción como una cuestión de personas aisladas dentro de todo el sistema. Muy al contrario, la corrupción aparece en buena medida como sistémica, incluso en los países más democráticos o más avanzados económicamente, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de diseñar medidas tanto preventivas como represivas.

¹⁹ Transparency International: Exporting Corruption. Progress Report 2022: Assessing Enforcement of the OECD Anti-corruption Convention, 2022, p. 10.

²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley*, n.º 8153, 2013, pp. 1-11 (p. 7).

²¹ OLASOLO, H. / GALAIN PALERMO, P.: «Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción», en *Política Criminal*, vol. 19, n.º 37, 2024, pp. 129-161.

²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción...», *op. cit.*, pp. 8-9.

En segundo lugar, es preciso asegurar una persecución efectiva de los comportamientos corruptos que lleve, eventualmente, a la imposición de una pena proporcionada. Lejos de discursos populistas que reclaman penas más duras para estos delitos, lo que tenemos en el Código Penal puede ser perfectamente adecuado para dar respuesta al fenómeno si se aplica. Recordando las palabras de Cesare Beccaria en *De los delitos y de las penas*, disuade más la certeza y prontitud de la pena que su dureza. Nunca estas palabras cobraron tanto sentido como ahora en la persecución de la corrupción pues los procesos se eternizan y pasan años – incluso décadas – hasta que, en algún caso, alguno de los responsables resultada condenado. Lo que se debe evitar es un Derecho Penal simbólico en materia de corrupción, con infinidad de tipos penales y con multitud de posibles penas pero que nunca llegan a aplicarse. Eso genera en la ciudadanía una sensación de *impunidad de los poderosos* que contribuye a la desafección política.

En tercer lugar, es imprescindible considerar que la corrupción – especialmente la corrupción transnacional – tiene como protagonistas a las empresas, que son las que ofrecen los sobornos a quienes tiene poder para beneficiarlas a través de contratos con la Administración Pública. En este punto, la estrategia tanto preventiva como represiva no puede ignorar esta realidad. Los programas de *compliance* como medida preventiva, y las sanciones disuasorias para empresas (por ejemplo, multas proporcionadas al beneficio obtenido y la prohibición de contratar con el sector público) son clave en el abordaje de este fenómeno.

63. EVOLUCIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES E INESENSIALES DE LOS DELITOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
Universidad de Zaragoza, España

I

Aun cuando la doctrina tradicional española del siglo XIX había rechazado la equiparación entre delito y pecado en el ámbito del Derecho Penal sexual, considerando que debían quedar al margen de este los llamados *delicta carnis*¹, desde el Código Penal (en adelante CP) de 1848 los delitos sexuales estuvieron tipificados bajo el título de «delitos contra la honestidad», reflejando una moral católica tradicional que protegía valores de orden público moral antes que la autonomía individual o, incluso, en detrimento de esta². De ahí que no resultara extraño que el adulterio y el amancebamiento formaran parte destacada de los delitos sexuales, conformados todos ellos, además, con un

¹ Al respecto, J.L. Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual*, 2.ª ed., IBdf, Montevideo – Buenos Aires, 2025, p. 1.

² V. S. Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870*, Tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1890, p. 118, que con relación al delito de violación aludía al atentado a la honra de la mujer y contra la libertad de la misma, destacando en primer lugar el de la honra antes que el de la libertad. La inversión de la prevalencia del honor sobre la libertad se produce ya entrado el siglo XX en la propia jurisprudencia, aun cuando la legislación siguiera hablando de delitos contra la honestidad. V., por ejemplo, A. Quintano Ripollés, *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 788, quien menciona varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se estima ya desde los albores del siglo que la condición y honestidad de la víctima no interesan por tratarse de un delito que primordialmente afecta a la libertad sexual.

claro sesgo de género. Así por ejemplo, en contrapartida a que víctima del delito de adulterio solo podía ser el varón casado, la violación y el estupro se concebían estrictamente con una víctima femenina, y se limitaban a la penetración vaginal por el hombre, sin reconocer otros tipos de accesos o víctimas masculinas³.

La reforma del CP de 1989 y sobre todo la llegada del CP de 1995 supusieron un cambio sustancial. Se abandonó la noción moralista de «abuso deshonesto» con la que se describían los comportamientos prohibidos en la esfera de la sexualidad personal y se introdujo en su lugar la más neutra de «agresión sexual», que durante un tiempo ha convivido con la de «abuso sexual» (la primera era la acción sexual condicionada por la existencia de violencia o intimidación, la segunda no). Del mismo modo con relación al delito de violación, que constituye un tipo cualificado de agresión sexual, se eliminó de la tipicidad la expresión originaria de «yacer con mujer» y se sustituyó por la de «tener acceso carnal con otra persona», ampliando la protección más allá de actos con penetración vaginal al considerar como formas alternativas de violación otras vías penetrativas (anal y bucal) –a las que posteriormente se añadirían la introducción de miembros corporales u objetos por vía anal o bucal– y contemplando, por primera vez, la protección penal para varones frente a este delito, al reconocerse que la víctima de un abuso o una agresión sexual, incluso de una violación, podía ser de cualquier sexo. Fue entonces cuando la libertad sexual empezó a consolidarse como bien jurídico autónomo, trasladando el foco desde la honestidad hacia la protección del consentimiento y la autonomía de la voluntad. De ahí que antes de dar este trascendental paso en la comprensión de los delitos sexuales y como consecuencia de la instauración de un Estado social y democrático de Derecho merced a la Constitución Española de 1978, que se constituye en un Estado aconfesional, se hubieran ido eliminando de manera progresiva figuras delictivas asociadas a esa moral tradicional de inspiración religiosa, pero alejadas de la libertad de personas con capacidad legal de autodeterminación sexual, tales como el adulterio y el amancebamiento (en 1978) y, en su caso, modificando el contenido y alcance de algunos delitos como el escándalo público (con el que se perseguían, entre otras, las prácticas homosexuales o la pornografía), que fue suprimido y sustituido por los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (1988). Sin embargo, sigue resultando difícil eludir completamente toda referencia moral en los delitos menciona-

³ Esta configuración legal no era exclusiva de España. También, por ejemplo, en Chile: v. E. CARRASCO JIMÉNEZ, «El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales», *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 2, 2007, pp. 137 ss.

dos, por cuanto todavía la conducta típica de exhibicionismo se describe como una exhibición «obscena» (en lugar de como una exhibición lúbrica), esto es, remitiéndose a un elemento normativo que implica una valoración en la esfera de la moral sexual dominante en la sociedad.

II

De igual forma, en los primeros momentos de la legislación penal española los delitos sexuales eran considerados «delitos de propia mano»⁴, categoría doctrinal que limitaba su comisión exclusivamente a la ejecución directa y personal por parte del autor, excluyéndose cualquier mediación de terceras personas inducidas sin dolo propio o el empleo de instrumentos inanimados para realizar la conducta típica. Esta concepción, formulada por Binding y arraigada en los Códigos Penales españoles del siglo XIX (como los de 1848 y 1870), respondía a una visión ultrajante del delito sexual como atentado irreductiblemente íntimo contra la honestidad familiar y pública, donde el contacto corporal directo del autor con la víctima era indispensable para configurar lo injusto específico del delito, impidiendo así formas indirectas de ejecución y, particularmente, responsabilidad mediante autoría directa (obligando a actuar a la víctima sobre su propio cuerpo), mediata (utilizando a un tercero no doloso como instrumento) o coautoría (en casos de ejecución parcial del tipo, centrada en elementos periféricos del delito).

Esto dotaba al delito sexual de un carácter especial y ultraconservador, suponiendo la impunidad en casos paradigmáticos donde una persona instrumentalizaba a otra carente de dolo para perpetrar el hecho, como en supuestos de acceso carnal facilitado por terceros. Tal sería el supuesto del tercero que, con pleno conocimiento de la relación de parentesco entre los hermanos, circunstancia ignorada por ellos, orquestara el encuentro para consumar el incesto (falta la tipicidad porque los intervinientes directos actúan sin dolo y quien propicia el incesto no actúa personalmente ni es pariente)⁵.

⁴ V. al respecto J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

⁵ V. con relación a este ejemplo y otros similares J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *op. cit.* (nota 2), pp. 34 y 196. Específicamente, con relación al delito de violación v. A. MONGE FERNÁNDEZ, «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 13, 2009, Universidad San Sebastián (Chile), pp. 186 ss.

La superación de esta categoría o de las limitaciones a la punibilidad de los delitos sexuales se produjo con el CP de 1995⁶, que reconfiguró los delitos contra la libertad sexual eliminando la exigencia de ejecución personal y permitiendo la autoría mediata y el uso de instrumentos o terceros⁷. Hoy, esta evolución permite imputar al inductor como autor mediano cuando ejerce dominio sobre el hecho a través de un ejecutor sin dolo o como partícipe si el tercero actúa con dolo propio, resguardando así la efectividad punitiva sin menoscabo del principio de culpabilidad. Del mismo modo, se ha venido admitiendo en los delitos sexuales que se cometen con violencia o intimidación que pueden ser coautores de dichos delitos (y no meros partícipes) quienes realizan los elementos periféricos del delito sexual así conformado, esto es, la violencia o intimidación, aun cuando no intervengan en la ejecución del comportamiento de naturaleza sexual, pues no en vano colaboran con el delito con hechos típicos.

III

En la actualidad, el diseño típico del delito de «agresión sexual» –tipo básico regulado en el art. 178 CP tras la Ley Orgánica (en adelante LO) 10/2022 (Ley del «solo sí es sí») y su modificación por LO 4/2023– y la generalidad de los delitos sexuales han variado profundamente respecto de la configuración anterior del CP de 1995, que distinguía entre agresión (con violencia o intimidación) y abuso sexual (sin ellos).

⁶ A partir de entonces delito sexual (en ese momento el tipo básico estaba representado por el delito de abuso sexual) se define de un modo más abstracto y genérico como la realización de actos «que atenten contra la libertad o indemnidad sexual» de una persona. Sin embargo, la reforma del CP por la LO 1/2015 volvió a redactar el delito de abuso sexual a menores de dieciséis años como delito de propia mano, pues el mismo consistía en «realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años» (actual art. 181.1), por lo que a continuación y cuando en los hechos se había empleado violencia o intimidación el legislador se vio obligado a añadir para evitar las consecuencias de la configuración como delito de propia mano en el caso de agresión sexual lo siguiente: «Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo». En la redacción actual, y puesto que se ha eliminado la diferencia entre agresión y abuso sexual, con base en el empleo o no de violencia o intimidación, y ahora todo comportamiento sexual sin consentimiento o con un consentimiento inválido constituye siempre y en todo caso un delito de agresión sexual, se dice expresamente: «A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor».

⁷ V. considerando que la teoría que sostiene que los delitos sexuales son delitos de propia mano está prácticamente superada en la doctrina moderna V. CARUSO FONTÁN, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor», *Revista Penal*, n.º 28, 2011, p. 38.

El centro de gravedad ya no reside en la realización de actos deshonestos o contra la honestidad pública, sino en la ejecución de una acción sexual carente del consentimiento de la víctima, definido positivamente como manifestación libre y clara de la voluntad expresada mediante actos en atención a las circunstancias del caso. Por ello, se define como agresión sexual «todo acto» que afecte a la libertad sexual de una persona sin consentimiento, de manera que cualquier acto –con significado sexual– puede llevarse a cabo tanto por el autor como por la víctima obligada por aquel, o por un tercero inducido por el autor, eliminando la rigidez de los «delitos de propia mano».

La actual configuración típica de estos delitos ha estado marcada decisivamente por la concepción del bien jurídico protegido, que se articula en torno a la libertad sexual como autonomía individual, subsumiendo el antiguo abuso sexual en agresión y priorizando la ausencia de consentimiento sobre violencia o intimidación (ahora meras agravantes). Así, hoy en día resulta punible la violación dentro del matrimonio –que hasta la emancipación de la mujer estuvo amparada en el deber conyugal y, por ende, excluida como delito–, al igual que la violación de una prostituta, caso que durante el siglo XIX se consideraba un delito sexual de menor entidad o simplemente un delito genérico de coacciones por presumirse carencia de honestidad o consentimiento implícito por su profesión.

Actualmente, para la existencia de un delito de agresión sexual ni siquiera es preciso, más allá del contacto corporal (del autor con la víctima, de la víctima sobre sí misma o de un tercero con la víctima), el contacto físico entre los sujetos activo y pasivo, y no solo porque se admitan como delito las conductas que se desarrollan por medio telemáticos, sino también porque en el ámbito de las que tienen lugar presencialmente se sostiene por nuestra jurisprudencia que la mera contemplación de los órganos genitales del sujeto pasivo (a quien se le quita u obliga a quitarse la ropa) constituye un delito de agresión sexual⁸.

IV

En lo relativo a las circunstancias que anulan, vician o invalidan el consentimiento, la evolución legislativa de los delitos contra la libertad sexual ha

⁸ V. M.A. BOLDOVA PASAMAR, «La simplificación del delito de agresión sexual y su torpe configuración legal», *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2024, p 710.

estimulado un intenso debate doctrinal en torno a la relevancia penal del engaño. En la medida en que el consentimiento constituye el eje dogmático que separa la libertad sexual del ataque punible, resulta esencial precisar cuándo ese consentimiento se halla viciado de modo que no pueda considerarse jurídicamente válido. Tradicionalmente, el consentimiento se concebía como elemento estructural del tipo que excluía la tipicidad: allí donde existe consentimiento válido, no hay ataque a la libertad sexual. Sin embargo, para que dicho consentimiento sea jurídicamente relevante debe haberse formado de manera libre y consciente; por ello, cuando se obtiene mediante error o engaño, surge la cuestión de si dicho error es lo suficientemente grave como para privar de eficacia al consentimiento prestado.

El engaño relevante penalmente es aquel que incide sobre la propia naturaleza sexual del comportamiento, esto es, sobre el conocimiento acerca de que el acto efectuado tiene un contenido sexual. Tal es el caso paradigmático del menor o de la persona con discapacidad que participa en un acto sexual sin comprender su carácter sexual, creyendo, por ejemplo, que se trata de un examen médico o de una práctica ajena al ámbito erótico. En tales supuestos, el vicio del consentimiento se equipara a la ausencia plena de voluntad sexual, justificando la intervención del Derecho Penal.

En el Derecho español histórico, especialmente bajo el CP de 1995 en su redacción inicial, se preveía expresamente el abuso sexual mediante engaño cuando la víctima era menor de edad y el engaño recaía sobre la esencia del acto sexual. La jurisprudencia admitió asimismo formas más amplias de fraude, como el engaño sobre los motivos –por ejemplo, la falsa promesa de matrimonio o el ocultamiento de la imposibilidad de contraerlo–, las cuales fueron consideradas en determinados momentos como supuestos de «engaño bastante» que viciaban la voluntad de la víctima. Esta concepción, de raíz moral y paternalista, tendía a proteger una idea de honestidad sexual más que una auténtica libertad de decisión. Sin embargo, esta línea fue perdiendo fuerza con la progresiva secularización del Derecho Penal sexual y la desaparición de las nociones de «deshonra», «honestidad» o «pudor».

Las reformas más recientes del CP, especialmente tras la LO 10/2022, han eliminado la tipificación autónoma del engaño como modalidad de agresión sexual, trasladando la atención desde la pureza del consentimiento hacia su existencia o inexistencia real. No obstante, ciertas conductas de índole fraudulenta conservan relevancia penal indirecta, en particular cuando el engaño afecta a elementos esenciales de la identidad o de la persona con quien se realiza el acto sexual. La doctrina tiende a admitir la punibilidad del engaño sobre la identidad del sujeto activo –como cuando el autor se hace pasar por

otra persona, autoridad o figura íntima—, pues en tal caso el consentimiento se dirige a un sujeto distinto del real. Por lo tanto, el consentimiento se reputa inválido cuando recae sobre un sujeto distinto del que realiza efectivamente el acto cuando su verdadera identidad es decisiva para prestar consentimiento al comportamiento sexual —por ejemplo, cuando el autor se hace pasar por el novio de la víctima, pero no cuando esta lo confunde con un famoso—, mientras que los engaños sobre circunstancias accesorias (estado civil, promesa afectiva o posición social) se consideran irrelevantes desde la perspectiva del bien jurídico protegido, la libertad sexual.

Especial atención merece el controvertido fenómeno del *stealththing*, es decir, la retirada sigilosa del preservativo durante la relación sexual sin el consentimiento de la otra parte. Este comportamiento plantea la cuestión de si debe interpretarse como violación, al alterar las condiciones expresamente aceptadas para el acto sexual, o como forma básica de agresión sexual, al existir un consentimiento inicial viciado por alteración fraudulenta de las circunstancias pactadas. El engaño adquiere relevancia en tanto destruye la validez del consentimiento prestado bajo la condición de uso de un método profiláctico, teniendo implicaciones tanto en la autonomía sexual como en la integridad física, la salud sexual y los derechos reproductivos de la víctima. En principio, la misma lógica se debería aplicar, con matices, al denominado *stealththing* inverso: no se trataría de supuestos en los que la mujer engaña a su pareja asegurándole falsamente el uso de anticonceptivos (modalidad atípica de agresión sexual mediante engaño en cuando no afecta a la acción sexual realmente consentida), sino cuando esta altera el profiláctico de manera desconocida para su pareja, ocasionándole cortes o agujeros con el fin de quedarse embarazada⁹.

En nuestra doctrina Castellví Monserrat afirma que el *stealththing* debe considerarse un abuso sexual (hoy agresión sexual) porque su realización implica un contacto físico distinto al consentido: en lugar de un contacto entre preservativo y membranas mucosas, se ha producido un contacto directo entre membranas mucosas¹⁰. Gili Pascual afirma que en estos casos la víctima con-

⁹ V. D. MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del *stealththing* en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, n.º 22, 2023, p. 129.

¹⁰ V. C. CASTELLVÍ MONTSERRAT, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealththing*», *Diario La Ley*, n.º 9962, 2021, p. 8. Para este autor, el *stealththing* inverso punible se circunscribe al caso en el que el autor se coloca subrepticamente el preservativo sin que su pareja se dé cuenta, porque quiere evitar la procreación. En cambio, la práctica de pinchar un preservativo para conseguir un embarazo no lo considera *stealththing* inverso, pero sí una conducta punible para el hombre que pincha el preservativo para dejar embarazada a la mujer, aunque no cuando es la mujer la que lo pincha para quedarse embarazada sin que su pareja lo sepa. La razón que explica esta diferencia es que la mujer (que no desea ser madre) sufre un contacto corporal in consentido: el del esperma con su cuerpo. En cambio, el hombre (que no desea ser padre) no sufre ningún contacto corporal in consentido; al fin y al cabo, el esperma que

siente una práctica sexual distinta a aquella a la que inconscientemente se la somete, quedando comprometida a su libertad sexual, y no solo los motivos por los que se aceptó la relación íntima¹¹. También Coca Vila se pronuncia en el sentido de estimar que se trata de un engaño que lesiona la pretensión de veracidad protegida por la norma en tanto que afecta al grado de injerencia corporal de la relación sexual¹². Pero, como bien señala Martínez de Abreu, no es preciso para considerar delictiva la práctica del *stealthing* que hubo engaño (que habría que probar), ni que hubo un determinado contacto físico, todo lo cual se vincula a una suerte de protección penal de la veracidad sexual que es ajena al bien jurídico de estos delitos. Basta con estimar que es delictivo cualquier acto sexual realizado sin el consentimiento de la persona involucrada, y quitarse el preservativo cuando se ha pactado que es esencial para que la penetración tenga lugar lo es indudablemente¹³. También el Tribunal Supremo en su sentencia 603/2024, de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2024:3418) ha declarado que esta práctica constituye un delito sexual, si bien discrepan los magistrados sobre si debe apreciarse el tipo básico o el tipo de la violación, optando mayoritariamente por la primera alternativa:

«Estaríamos ante un tipo de abuso sexual sin penetración (bajo la vigencia de la ley actual los hechos habrían sido calificados como agresión sexual sin penetración) en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera. Ese cam-

impacta en la mujer ya no es parte de su cuerpo. V. C. CASTELLVÍ MONTSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *Indret*, n.º 4, 2023, p. 200, nota 70. Al contrario, y en favor de una clasificación autónoma, en su caso, de la infracción, ya que actualmente no se entiende que estos comportamientos estén debidamente incluidos en los arts. 178 y 179 del CP español v. C. FUERTES IGLESIAS, «Elementos centrales y periféricos del consentimiento sexual: reflexiones entorno a la autodeterminación sexual y sus límites», *Revista General de Derecho Penal*, 43, 2025, p. 38

¹¹ V. A. GILI PASCUAL, ««Stealthing»: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 135, 2021, pp. 111 s.

¹² V. I. COCA VILA, «El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *Indret*, n.º 2, 2022, p. 308, aun cuando a juicio de este autor existen razones para castigar estos hechos con pena menor que los cometidos con violencia o intimidación, incluso cuando consistan en un acceso carnal.

¹³ V. D. MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del *stealthing* en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, n.º 22, 2023, pp. 129 ss., quien a pesar de considerar el *stealthing* un delito de agresión sexual agravado por la penetración, no descarta apreciar el tipo privilegiado de agresión sexual del actual art. 178.4 en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, aun cuando realmente dicho precepto resulta inaplicable una vez calificado el acto como acceso carnal, pues dicha modalidad carece de tipo privilegiado. Por otro lado, este autor se refiere especialmente a los supuestos en los que el pacto respecto al uso del preservativo es difuso, concluyendo que, en los supuestos de duda, en cuanto al consentimiento tácito, la presunción de inocencia ha de operar de forma necesaria como balanza a favor del reo, de forma que la no concurrencia de un consentimiento claro, activo y expreso no supone necesariamente una falta de consentimiento, sino que habrá que ir caso por caso con objeto de evaluar la actuación del sujeto pasivo para averiguar si existió o no consentimiento y el error que pudo sufrir el sujeto activo.

bio solo en la forma, en un aspecto no cubierto por el consentimiento, no podría equipararse a la falta de consentimiento para la penetración. (...) La respuesta punitiva se revela como más proporcionada y se equipara a la manejada en entornos jurídicos próximos en el derecho comparado. La sobrepunición puede arrastrar un perverso efecto de infra-aplicación».

Existen, además, otras modalidades de engaño cuya relevancia penal, como se ha anticipado, resulta más que problemática. Tal ocurre con el ocultamiento o falsedad sobre condiciones físicas o biológicas del sujeto – como la afirmación de haber sido sometido a una vasectomía o de no ser portador de una enfermedad de transmisión sexual–. Ampliar el ámbito penal a tales situaciones supondría desplazar el foco de la protección desde la libertad sexual hacia la veracidad relacional o afectiva, transformando el Derecho Penal sexual en un instrumento de control de la sinceridad interpersonal. En consecuencia, la doctrina se muestra prudente al respecto: admitir la punibilidad de cualquier engaño relevante para la motivación del consentimiento –por ejemplo, la situación económica, el estado civil o las convicciones religiosas– conduciría a una regresión moralizadora incompatible con los principios del Derecho Penal moderno, que restringe la intervención punitiva a los supuestos de afectación directa de la libertad sexual consciente y voluntaria.

V

La evolución del tratamiento de las circunstancias que inciden en la gravedad de los delitos contra la libertad sexual en el Derecho Penal español muestra un desplazamiento desde un modelo centrado en los medios comisivos (violencia e intimidación) hacia un sistema estructurado en torno al consentimiento y a la concreta afectación de la autodeterminación sexual de la víctima¹⁴. Tradicionalmente, el binomio violencia/intimidación operaba como elemento nuclear diferenciador entre agresiones y abusos sexuales, de modo que la presencia de aquellos conducía a la calificación del hecho como agresión sexual, mientras que su ausencia remitía al ámbito de los abusos. Esta construcción respondía a una concepción material de lo injusto basada en la

¹⁴ V. M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / M.A. TRAPERO BARREALES, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 25-18, 2023, p. 10, quienes sostienen, con razón, que pese al papel de los medios comisivos la regulación de estos delitos situaba en el centro de la regulación al consentimiento ya desde 1989.

lesión de la libertad sexual mediante coacción física o psíquica, en línea con la dogmática clásica que situaba la violencia como elemento estructural del tipo, no como simple circunstancia de agravación. Con la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, y su corrección por la LO 4/2023, el legislador rompe conscientemente esta estructura, elimina la categoría de abuso sexual y define como agresión «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», reservando a la violencia y la intimidación un papel cualificador, pero ya no esencial para la tipicidad básica (arts. 178 y 179 CP). Se produce así una nítida recentralización de lo injusto en el consentimiento válidamente prestado, en sintonía con la orientación victimocéntrica y con el Convenio de Estambul, que exige que la penalización de los delitos sexuales se funde en la ausencia de consentimiento más que en el empleo de ciertos medios materiales de coacción¹⁵.

Tras la reforma de 2022 y su «contrarreforma» de 2023, la violencia y la intimidación dejan de ser elementos estructurales de la agresión sexual para convertirse en factores de agravación, ya sea mediante tipos cualificados o mediante circunstancias específicas. El art. 180 CP, en su redacción vigente, articula un catálogo de circunstancias que incrementan la pena de las agresiones de los arts. 178 y 179, incluyendo, entre otras, la actuación conjunta de varias personas, la especial vulnerabilidad de la víctima, la extrema gravedad de la violencia o de los actos degradantes, el uso de armas y medios peligrosos o la instrumentalización de determinadas relaciones de poder, así como la realización del delito en el seno de una organización o grupo criminal. Esta técnica legislativa desplaza la violencia e intimidación al plano de la mayor desvaloración del hecho, pero sin erigirlas ya en presupuesto delimitador entre categorías de delitos, lo que ha sido saludado por parte de la doctrina como un modo de superar la artificial dicotomía agresión/abuso y de aproximar la regulación al estándar europeo de protección de la libertad sexual¹⁶.

Sin embargo, la reintroducción legislativa de la violencia e intimidación como elementos agravatorios pone de relieve que el legislador sigue reconociendo un *plus* de desvalor en el sometimiento físico o psíquico-coactivo de la víctima, que excede la mera ausencia de consentimiento. Desde una perspecti-

¹⁵ V. A. BROX SÁINZ DE LA CALZADA, «El Convenio de Estambul en Francia y en España: tareas pendientes», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 43, 2020, p. 59

¹⁶ V. contra las críticas a la reforma M. ACALE SÁNCHEZ, «La nueva protección de la libertad sexual en España tras la reforma operada por la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual», *Criminal Justice Network*, 2022, pp. 1 ss.; E. RAMÓN RIBAS / P. FARALDO CABANA, «¿Libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Agustina (coord.), Atelier, 2023, pp. 79 ss.

va dogmática, ello permite diferenciar entre un injusto básico, consistente en el quebrantamiento del consentimiento sexual, y formas cualificadas donde el ataque se despliega mediante un dominio físico o intimidatorio particularmente intenso sobre la víctima, reforzando la idea de un injusto complejo que combina lesión de la autodeterminación y afectación agravada de la integridad física o psíquica¹⁷.

Una de las líneas más significativas de la evolución reciente radica en la elevación dogmática de las situaciones de anulación de la voluntad de la víctima, con independencia del concreto medio utilizado, como supuestos de especial gravedad. El art. 178.3 CP, tras la LO 4/2023, equipara expresamente como agresiones sexuales agravadas aquellas en las que se emplea violencia o intimidación y las cometidas sobre una víctima que tenga anulada su voluntad «por cualquier causa». Aunque estos últimos supuestos suponen el aprovechamiento de una posición de predominio frente a la concreta situación de indefensión o incapacidad de la víctima, de modo que la agresión sexual en contextos de anulada voluntad constituye un ataque especialmente intenso al núcleo del bien jurídico, sin embargo, distan de reunir el mismo contenido de injusto que el empleo de violencia o intimidación como circunstancias que son buscadas por el autor para vencer la resistencia real o presumible de la víctima y que representan a su vez un peligro para otros bienes jurídicos, como la integridad corporal o la salud y, en último extremo, la vida.

Sobre ese trasfondo, el legislador ha optado por singularizar un supuesto específico: los casos en los que la anulación de la voluntad viene provocada activamente por el autor mediante la administración de sustancias, lo que ha pasado a conocerse normativamente como «sumisión química». El art. 180.1.7.^a CP configura como circunstancia hiperagravante que «para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto», convirtiendo así la sumisión química en un subtipo cualificado de agresión sexual, con aumento de la pena tanto en la agresión simple como en la violación (arts. 178 y 179). De esta forma, la sumisión química queda normativamente situada en un estrato de gravedad superior al de la mera anulación de la voluntad por causas ajenas al autor, que ya de por sí integra el tipo agravado y, por supuesto, superior al del ejercicio de violencia o intimidación.

La *ratio* de esta hiperagravación se encuentra en la especial instrumentalización de la víctima como «cosa» mediante la manipulación de su con-

¹⁷ V. también Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado al delimitar intimidación, abuso de superioridad y otras formas de sometimiento.

ciencia y la ocultación de la agresión, así como en las dificultades probatorias y la alta cifra oscura asociada a estos delitos. Desde esta perspectiva, la sumisión química no solo refleja un mayor desvalor de acción –por la doble agresión que supone intoxicar y agredir sexualmente–, sino también un *plus* de desvalor de resultado ligado a la anulación casi absoluta de la autodeterminación y a la potencial afectación duradera de la salud física y psíquica de la víctima.

Ahora bien, la opción legislativa de considerar la sumisión química como circunstancia especialmente agravante, situándola por encima de supuestos de violencia física coactiva plantea problemas de coherencia valorativa. En términos de desvalor de acción, no resulta factible justificar que el recurso a sustancias que anulan la voluntad de la víctima deba ser, en todo caso, más grave que la imposición de un comportamiento sexual mediante violencia física directa, que puede implicar un gravísimo atentado a la integridad corporal, un elevado sufrimiento y, en no pocos casos, un peligro concreto para la vida. Desde la óptica del desvalor de resultado, la coacción física puede ir acompañada de lesiones graves, de daños psicológicos profundos y de un grado de humillación especialmente intenso, que difícilmente aparecen de modo estructuralmente inferior a los derivados de la sumisión química, aun cuando en esta última concurren particulares dificultades de recuerdo y revictimización.

La crítica dogmática se ha centrado en que el legislador habría sobredimensionado la relevancia de la sumisión química, configurándola como «hiperagravante» sin una clara comparación sistemática con la violencia física, lo que genera asimetrías en la escala de penas que pueden tensionar los principios de proporcionalidad y de igualdad en la respuesta penal. Se ha señalado, además, que la equiparación –e incluso preeminencia– de la sumisión química respecto de las formas más intensas de violencia coactiva corre el riesgo de construir una jerarquía normativa donde la sofisticación técnica del medio (empleo de sustancias) pesa más que la efectiva intensidad del ataque a la integridad y dignidad de la víctima, lo que resulta discutible si se toma en serio la centralidad del bien jurídico «libertad sexual» y su conexión con la integridad física y psíquica ¹⁸.

¹⁸ V. B. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», en *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»*, Colex, 2023, pp. 165 ss.; M. A. BOLDOVA PASAMAR, «Violencia física versus sumisión química en los delitos de agresión sexual», *Diario La Ley*, n.º 10641, 2025, pp. 1 ss.; N. PEMÁN GRACIA, «Sumisión química y delitos contra la libertad sexual: evolución y actuales deficiencias legislativas», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 173, 2025, pp. 1 ss.

VI

En el plano del tipo subjetivo, la evolución dogmática del injusto sexual ha transitado desde una valoración predominantemente subjetiva hacia una configuración actual de signo objetivador, centrada casi en exclusiva en la naturaleza del acto y en la afectación de la libertad sexual de la víctima. En la concepción clásica se exigía no solo dolo respecto de los elementos objetivos del tipo, sino también la concurrencia de un ánimo lascivo o lúbrico, entendido como una específica orientación de la voluntad hacia la satisfacción sexual, lo que permitía diferenciar los comportamientos dotados de sentido sexual de aquellos otros formalmente semejantes pero guiados por finalidades distintas, como la pura vejación, la humillación o la expresión de desprecio, llamados a integrarse en otros tipos penales (trato degradante, injurias, etc.). Este requisito adicional operaba como criterio de selección de los comportamientos realmente lesivos del bien jurídico, evitando una extensión excesiva de la tutela penal a todo contacto físico con posible lectura erótica *ex post*, pero carente de auténtico contenido sexual desde la perspectiva del autor.

La regulación vigente y buena parte de la doctrina dominante han ido abandonando esa exigencia, en favor de una construcción en la que el delito sexual no requiere un elemento subjetivo específico distinto del dolo, bastando la conciencia y voluntad de realizar un acto objetivamente idóneo para ser calificado como de naturaleza sexual, con independencia de la finalidad concreta perseguida por el autor (satisfacción sexual, humillación, represalia, exhibición de poder, etc.). Esta orientación, que a menudo se justifica en la centralidad de la libertad sexual de la víctima y en la irrelevancia de las motivaciones internas del autor para el sufrimiento experimentado por aquella, tiene la consecuencia sistemática de desplazar el eje del análisis desde el «para qué» del comportamiento hacia el «cómo» y el «qué» objetivamente se hace, reforzando una lectura fuertemente objetivadora del tipo. A juicio de quien suscribe, este giro resulta dogmáticamente discutible, porque diluye la función delimitadora del elemento subjetivo en un ámbito especialmente expuesto a la expansión simbólica del *ius puniendi*, y facilita la absorción en la categoría de los delitos sexuales de conflictos que quizá encontrarían acomodo más adecuado en otros tipos de atentados contra la dignidad o el honor.

Un ejemplo paradigmático de las tensiones que genera este modelo objetivador lo ofrece la condena por agresión sexual del presidente de la Federación Española de Fútbol por el beso robado en la boca («pico») a una jugadora tras la final del mundial femenino, gesto realizado en el contexto de la ceremonia oficial de entrega de trofeos, retransmitido en directo ante millones de es-

pectadores y en presencia de la propia familia del autor, incluidas sus hijas menores. Si se prescinde de toda indagación acerca del sentido subjetivo que el propio autor atribuyó en ese momento a su conducta, la calificación del beso como «acto de contenido sexual» se apoya casi exclusivamente en una lectura externa, *ex post*, marcada por parámetros sociales y mediáticos sobre el significado del contacto labial, pero no necesariamente coincidente con la vivencia intencional del sujeto que actúa en una situación de euforia colectiva y de intensa exposición pública. De ahí que, al menos en términos de dogmática estricta, resulte legítimo plantear la duda acerca de si el autor tenía realmente conciencia del carácter sexual de su comportamiento y lo estaba dotando de ese significado en el momento de su realización, o si, por el contrario, lo percibía –erróneamente, imprudentemente o de manera socialmente desajustada– como un gesto espontáneo de celebración, sin propósito de interacción erótica ni cosificación sexual de la jugadora.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, este tipo de casos muestra los riesgos de una lectura puramente objetiva del tipo subjetivo, en la medida en que la valoración social *ex post* del acto como sexual puede terminar sustituyendo al análisis del dolo, que exige verificar si el autor se representó y quiso un acto dotado de sentido sexual y atentatorio contra la libertad sexual ajena. Una teoría del delito sexual coherente con los principios de culpabilidad y de mínima intervención debería conservar un espacio para la consideración de la finalidad y del significado subjetivo del comportamiento, no para «exculpar» automáticamente cualquier gesto invasivo amparándose en la euforia o en la costumbre, sino para evitar que toda conducta objetivamente ambigua, pero carente de auténtica intencionalidad sexual, sea automáticamente subsumida en los tipos más graves de atentados contra la libertad sexual, con el consiguiente riesgo de desdibujar el bien jurídico protegido y de erosionar la necesaria graduación de la respuesta penal.

No resulta esencial, por tanto, que el legislador incluya una definición legal o auténtica de consentimiento válido para la correcta tipificación de la agresión sexual, ya que el núcleo del tipo penal se encuentra en la ausencia objetiva de voluntad libre de la víctima, cuya constatación corresponde al juez en el marco de un juicio de hecho razonado y motivado, sin necesidad de un cierre normativo rígido que prejuzgue los parámetros interpretativos. Este es precisamente el caso español, regulado en el art. 178.2 del CP tras la LO 10/2022, donde el legislador ha pretendido facilitar la labor judicial mediante la inclusión de una definición del consentimiento que alude a la necesidad de que se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las cir-

cunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona de participar en el acto sexual.

Sin embargo, esta fórmula legislativa, lejos de constituir un avance hermenéutico definitivo para la aplicación del delito, presenta serios inconvenientes dogmáticos y constitucionales que la desvirtúan como instrumento operativo en la praxis judicial. En primer lugar, no puede pretenderse que tal definición sirva para invertir la carga de la prueba o poner en tela de juicio el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), principio que exige que la ausencia de consentimiento sea acreditada más allá de toda duda razonable por el Ministerio Fiscal o el acusador particular, sin que el autor deba justificar afirmativamente la existencia de un consentimiento que, por su propia naturaleza elusiva y contextual, no admite reglas de evidencia rígidas ni generalizables.

En segundo lugar, la fórmula en cuestión no autoriza tampoco a deducir que la única forma lícita (no criminal) de expresión del consentimiento sexual sea el consentimiento manifestado de forma expresa o afirmativa —el llamado modelo «solo sí es sí»—, pues ello equivaldría a una interpretación incompatible con el principio de legalidad y con la propia literalidad de la norma, que remite expresamente a «actos» en plural y condiciona su valoración a «las circunstancias del caso». Es evidente, en efecto, que el consentimiento tácito —entendido como aquiescencia implícita derivada de un curso de conducta coherente y contextualizado, sin coacción ni error esencial— constituye otra forma igualmente válida de expresar la voluntad sexual, siempre que resulte inequívoco a la luz de los códigos comunicativos compartidos por las partes involucradas.

Lo relevante, en última instancia, es la exigencia constitucional de un análisis casuístico que atienda a las circunstancias concretas del caso, incorporando no solo elementos externos observables (palabras, gestos, lenguaje corporal), sino también los códigos internos, expectativas mutuas y pactos implícitos o explícitos que las personas han podido llegar a convenir en el ámbito de su autonomía sexual, siempre dentro de los límites de la libertad sexual ajena. Esta aproximación garantiza la flexibilidad hermenéutica propia del Derecho Penal de la libertad sexual, evitando tanto la patologización de interacciones consensuadas pero no verbalizadas como la banalización de agresiones reales mediante apelaciones a supuestos «tácitos» espurios (esto es, que confunden la expectativa unilateral del autor con un auténtico consentimiento intersubjetivo), y preservando el equilibrio entre la tutela efectiva de la víctima y la seguridad jurídica del ciudadano penalmente responsable.

64. EL DELITO FISCAL

JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE
Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

I. EL TIPO DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA: EL ELEMENTO OBJETIVO

Se denomina defraudación tributaria al delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, que en el lenguaje común se llama delito fiscal ¹.

En el apartado 1 del artículo 305 CP se aprecian dos requisitos del tipo objetivo: a) la elusión del pago de tributos y determinados pagos a cuenta; y la obtención indebida de devoluciones o el disfrute indebido de beneficios fiscales por importe superior a 120.000 euros; b) el componente defraudatorio de la conducta a través de la cual se obtiene el resultado ². El bien jurídico protegido es la recaudación tributaria correspondiente a cada figura tributaria, pues el

¹ Sobre la responsabilidad civil, *vid.* DEL MORAL GARCÍA: «Procedimiento penal por delito fiscal y responsabilidad civil» (en internet).

² La acción tiene que tener un determinado resultado: el quebranto patrimonial o daño inferido a la Hacienda Pública (MARTÍN QUERALT, J.: *Derecho Tributario*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 23.ª edic., 2018, p. 302 –obra colectiva en la que participan también C. LOZANO SERRANO y J. M. TEJERIZO LÓPEZ–). En este sentido, N. DE LA MATA BARRANCO («El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», *RGDP*, núm. 26, nov. 2016, p. 5) señala que el bien jurídico protegido es «la Hacienda Pública en su aspecto patrimonial (...) el objeto de tutela es el patrimonio público (de las distintas Haciendas), entendido desde una óptica funcional».

umbral de los 120.000 euros debe alcanzarse por cada deuda tributaria, sin acumulación de varias de diferentes ejercicios o de diversos tributos³.

Centrándonos en el primer elemento del tipo objetivo, este elemento debe identificarse con la evasión tributaria u omisión del pago de una deuda tributaria. Tras la redacción de 1995, el Código Penal precisa que el resultado dañoso puede producirse mediante la falta de ingreso de la cuota o de las retenciones o ingresos a cuenta de las retribuciones en especie, de manera que quedan fuera otras figuras como los pagos fraccionados⁴. La evasión del cumplimiento de pagos por retenciones, si excede los 120.000 euros y se reúnen los restantes elementos de la conducta requeridos por el tipo, es considerada delito fiscal, imputable a título de autor al retenedor que incumplió sus deberes. El precepto equipara la falta de ingreso de las retenciones efectivamente practicadas con el supuesto de aquellas no practicadas⁵.

El artículo 305 CP alude a una segunda manera de causar un daño patrimonial a la Hacienda Pública: la obtención indebida de devoluciones o el disfrute ilícito de beneficios fiscales (exenciones, bonificaciones, reducciones en la base, deducciones, etc.). Con el disfrute ilícito de un beneficio fiscal se causa un daño patrimonial a la Hacienda Pública, pero este daño no se distingue del que se causa con la omisión de ingresos, pues la aplicación de un beneficio fiscal al que no se tiene derecho dará lugar a una falta total de ingreso o a un ingreso inferior al debido. El único concepto diferencial respecto del de

³ PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho Financiero y Tributario. Parte general*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 32.^a edic., 2022, p. 491.

En este delito no se admite la figura del delito continuado, tal y como ha dicho el TS (STS de 3 de marzo de 2003, entre otras).

⁴ Quien omite, total o parcialmente, un pago fraccionado, no resulta autor del ilícito previsto por el artículo 305 CP, dado que en tal caso habrá que esperar a que deje de realizarse el pago definitivo para determinar si el perjuicio económico causado integra o no el delito referido (MARTÍN QUERALT, J.: *Derecho...*, ob. cit., p. 301). El CP se refiere a la omisión del ingreso de cantidades efectivamente retenidas a un tercero, o de ingresos a cuenta practicados sobre retribuciones en especie, para su posterior ingreso en la Hacienda Pública y no a dejar de ingresar los pagos fraccionados, pues las primeras son conductas especialmente graves: el sujeto se ha apropiado de cantidades de un tercero en perjuicio, además, de la Hacienda Pública. Lo que no ocurre con los pagos fraccionados porque no existe ese tercero al ser pagos a cuenta practicados por el propio sujeto pasivo del impuesto (F. DE LA HUCHA CELADOR; H. LÓPEZ LÓPEZ; R. MARTÍNEZ CABALLERO; y R. IBÁÑEZ GARCÍA: *Practicum fiscal*, Cizur Menor, Lex Nova Thomson Reuters, 2015, p. 1956).

⁵ Como subrayan PÉREZ ROYO y CARRASCO GONZÁLEZ (*Derecho...*, ob. cit., pp. 491-492), se trata de dos comportamientos de distinta gravedad: una cosa es el empresario de la economía sumergida, que paga los salarios sin retenciones, y otra el de aquel otro que paga descontando la retención por IRPF, y luego se apropia de las cantidades retenidas y no las ingresa, ni las declara a Hacienda. Hasta la reforma del Código Penal en 1995, se discutía si la primera de las conductas era encajable en el tipo de elusión del pago del tributo. La segunda, en cambio, no era considerada delito fiscal, pero sí apropiación indebida, con independencia de la cantidad. Tras la reforma de 1995, ambas conductas reciben el mismo trato, como delito del artículo 305 CP.

elusión del pago de tributos sería el de obtención indebida de devoluciones (por ejemplo, devolución de retenciones en el IRPF). En este caso sí que existe un *plus* en el resultado, pues se provoca una salida de caja de la Hacienda, una disposición de fondos en beneficio del defraudador⁶.

Incurrirá en delito por obtención indebida de devoluciones⁷, todo aquel que, alterando, falseando u ocultando los datos consignados en sus declaraciones fiscales, conduzca a resultados que determinen el nacimiento de un derecho a su favor: el derecho a que la Hacienda Pública le devuelva cantidades por él satisfechas –o pretendidamente satisfechas– en concepto de impuestos. Cometen delito fiscal por disfrute indebido de beneficios fiscales, quienes, alterando o falseando las circunstancias en que se encuentran, se benefician de un tratamiento favorable a la hora de determinar las cantidades a ingresar por cualesquiera conceptos tributarios (así, por ejemplo, el contribuyente que se aplica una deducción que no le corresponde, falseando los datos que dan derecho al disfrute de aquélla)⁸.

Se trata de un *delito de resultado*, dado que exige la producción de un daño a la Hacienda Pública y, más concretamente, un menoscabo al papel constitucionalmente atribuido a la propia Hacienda Pública por el texto constitucional⁹.

1. Cuota defraudada. Reglas para el cómputo del umbral de punibilidad

En todos los casos, debe tratarse de un importe superior a 120.000 euros. La norma se refiere a «cuota defraudada»¹⁰. Se trata de una norma penal en blanco que debe ser interpretada por la normativa extrapenal. Por tanto, debe

⁶ PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *idem*. Añaden que habría que considerar el comportamiento en su conjunto como dos partes de una misma acción, lo que tiene relevancia a los efectos del cómputo del tope de los 120.000 euros. Así, quien debiendo presentar una autoliquidación con ingreso, por importe de 70.000 euros, presenta una con devolución de 60.000 euros, consiguiendo que se le abone ésta, está cometiendo una sola defraudación por importe de 130.000 euros, punible como delito, y no dos defraudaciones, una de 70.000 euros y otra de 60.000 euros, sancionables cada una como infracción tributaria.

⁷ La inclusión a partir del año 1995 de este nuevo supuesto de defraudación zanjó la cuestión relativa a la calificación de estos supuestos como delito de estafa (P. CHICO DE LA CÁMARA: *Manual práctico de fiscalidad (parte general)*, ed. CEF, 2019, pág. 403).

⁸ MARTÍN QUERALT, J., *Derecho Tributario...*, ob. cit., p. 301.

⁹ MARTÍN QUERALT, J., *Derecho Tributario...*, ob. cit., p. 297.

¹⁰ El TS ha venido señalando de forma reiterada que «la determinación de la cuota defraudada, como elemento objetivo del delito fiscal tipificado en el art. 305 del CP constituye, en principio, una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa, de carácter no devolutivo, que avoca para sí el órgano jurisdiccional penal y la resuelve atemperándose, en lo sustantivo, a las reglas del derecho administrativo-fiscal (arts. 3 y 7 LECrim. y 10.1 LOPJ), pero con estricta sujeción en los aspectos fácticos o probatorios a los

entenderse por cuota defraudada la cuota tributaria *sensu stricto* conforme al artículo 56 LGT, lo que excluye otros componentes que conforman la deuda tributaria en atención al artículo 58 LGT (intereses de demora y recargos) que se devengan como obligación accesorio por el incumplimiento del pago en período voluntario, así como las sanciones (por el principio de *ne bis in idem*)¹¹. Para el cómputo de esta cuantía, el apartado 2 del artículo 305 establece las siguientes reglas¹²:

a) *Tributos periódicos en sentido estricto* (así, por ejemplo, IRPF, Impuesto sobre Sociedades, IBI, IAE), cuyo devengo, salvo supuestos marginales, tiene carácter anual. La cuantía de los 120.000 euros se refiere a cada período, a cada deuda tributaria objeto de liquidación o autoliquidación. No se pueden acumular deudas de ejercicios diferentes, aunque se descubran en la misma investigación.

b) *Tributos o deudas de devengo instantáneo, pero de declaración periódica*¹³. Así, por ejemplo, el IVA se devenga operación por operación, factura por factura, pero se declara e ingresa, normalmente, trimestralmente, reuniendo todos los IVA del período. Para calcular los 120.000 euros se suman las defraudaciones realizadas en las diferentes declaraciones dentro del año natural (se sumarán las cantidades que debieron ingresarse en los cuatro trimestres –o en los doce meses–). Al comenzar el nuevo año, la cuenta se pone a cero. Otro caso sería el de las retenciones, que se devengan con cada pago, pero se declaran e ingresan por el retenedor cada trimestre.

c) *En los restantes casos*, es decir, en los tributos instantáneos en sentido estricto (ITPAJD, ISD), la cuantía debe alcanzarse en cada cuota. El particular que compra un inmueble a través de una compraventa sujeta al ITPO, sin

principios constitucionales del proceso penal (SSTS 274/1996, de 20 de mayo, y 2486/2001, de 21 de diciembre)» (entre otras, STS de 16 de mayo de 2002). Vid. STS de 1 de marzo de 2023 (rec. 1509/2021).

Así, pues, la determinación de la cuantía defraudada corresponde al Tribunal, que no se encuentra vinculado por las valoraciones realizadas por los órganos de la Administración Tributaria (MARTÍN QUE-
RALT: *Derecho...*, ob. cit., p. 303).

¹¹ CHICO DE LA CÁMARA, P., *Manual...*, ob. cit., p. 404.

La cuota defraudada será la de algún tributo, ya sean impuestos, tasas o contribuciones especiales. La cuota defraudada que interesa a efectos del delito fiscal es la cuota íntegra, líquida o diferencial del tributo, dependiendo de la regulación de su ley propia. En el IRPF e IS, se refiere a la cuota diferencial (F. DE LA HUCHA CELADOR; H. LÓPEZ LÓPEZ; R. MARTÍNEZ CABALLERO; y R. IBÁÑEZ GARCÍA: *Practicum fiscal*, ob. cit., p. 1956).

¹² Seguimos a PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho Financiero...*, ob. cit., pp. 493 y ss.

¹³ Así, el IVA, IGIC y los IIEE de fabricación (alcohol, tabaco, hidrocarburos, electricidad), así como las retenciones e ingresos a cuenta (F. DE LA HUCHA CELADOR; H. LÓPEZ LÓPEZ; R. MARTÍNEZ CABALLERO; y R. IBÁÑEZ GARCÍA: *Practicum fiscal*, ob. cit., p. 1957).

declararla o declarándola por un valor falso, repitiendo el mes siguiente la operación con otro inmueble, incluso con el mismo vendedor, cometerá, si en cada una de las operaciones se supera el límite, dos delitos. Pero si no se alcanza en ninguna de ellas, no existirá delito, aun cuando la suma de ambas operaciones suponga una evasión superior al límite de los 120.000 euros.

Por consiguiente, el único caso en que procede acumulación de diferentes defraudaciones dentro de un mismo concepto tributario (es decir, sin acumular distintos tributos o clases de deuda), es el que hemos recogido en el supuesto *b*). Además, en este caso la acumulación será procedente entre las deudas del mismo año natural. Lo que se protege, pues, no es simplemente la recaudación tributaria, sino la recaudación anual por cada figura tributaria (excepto en los casos que hemos recogido en la letra *c*), en los que el delito se cuenta operación por operación)¹⁴.

2. El componente defraudatorio de la conducta

Aunque el artículo 305 CP no lo dice forma expresa, para que exista el delito es necesario además del resultado dañoso, a través de cualquiera de las modalidades analizadas y en la cuantía requerida, que aquél haya sido alcanzado a través de una conducta que merezca ser calificada como «defraudación». Así se deduce de la expresión «*el que... defraude*»¹⁵, y en mérito a

¹⁴ Tras la reforma de 2012, existe una regla especial para los casos en que se aprecie la existencia de una trama de defraudación, de una organización o grupo criminal o personas o entidades que actúan bajo apariencia de actividad económica sin desarrollarla de forma efectiva. Estos tipos de trama son especialmente usados para la defraudación en IVA –que, recordemos, es un tributo de declaración periódica (mensual o trimestral)–. Antes de la reforma, para determinar si se alcanzaba el límite de los 120.000 euros había que esperar a que se cumpliera el ejercicio, pues el importe defraudado resultaría de la suma algebraica de los diferentes períodos. Según esta regla especial, el delito es perseguible «desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1» –por ejemplo, si ésta se alcanzara en la autoliquidación de IVA del primer mes, a partir de ese momento se podría entablar la acusación por delito fiscal– (PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M.: *Derecho Financiero...*, ob. cit., p. 494). Esto supone un importante mecanismo de lucha contra el fraude, ya que con la normativa anterior, lo normal era que una vez que se pasaba el correspondiente tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente, las empresas de la trama hubiesen «desaparecido» (ESEVERRI MARTÍNEZ, E.; LÓPEZ MARTÍNEZ, J.; PÉREZ LARA, J. M.; DAMAS SERRANO, A.: *Manual práctico de Derecho Tributario. Parte General*, Valencia, Tirant Tributario, 3.ª edic., 2016, p. 679).

¹⁵ En relación a la defraudación, la LO 7/2012 precisó que: «La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos». Esta confusa previsión ha sido interpretada por PÉREZ ROYO y CARRASCO GONZÁLEZ (*Derecho...*, ob. cit., p. 496) en el sentido de que trataría de solucionar el problema de la presentación sistemática de autoliquidaciones sin ingreso. En estos casos, si la declaración es veraz, no cabe apreciar delito por estar ausente el componente defraudatorio. Lo que hay que hacer es exigir en vía ejecutiva la deuda reconocida en la autoliquidación sin ingreso. Los autores de la norma podrían estar pensando en los casos en que la ejecución quedara

consideraciones relativas al principio de intervención mínima, es decir, al carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, que impide sancionar conductas de simple incumplimiento de pago, incluso intencionadas o dolosas¹⁶.

Un sector doctrinal entiende que debe existir un engaño, una *mise en scène*¹⁷ capaz de inducir a error a la Administración¹⁸. Para otro sector¹⁹, se requiere una actuación de ocultación²⁰.

II. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO: EL DOLO Y EL ERROR

La defraudación tributaria es un delito de comisión exclusivamente dolosa²¹. No es posible incriminar conductas culposas, cuyo ámbito de represión es el de las sanciones de carácter administrativo. El Código Penal no emplea el

frustrada por haberse dispuesto de los bienes con anterioridad, pero en este supuesto se plantea un concurso de normas entre la del artículo 305 y las de insolvencia punible, que parece que habrá que resolver en favor de la insolvencia punible (singularmente, el alzamiento de bienes con finalidad de eludir deudas de Derecho público –art. 257.3 CP–). En este sentido, D. FERNÁNDEZ BERMEJO: «Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal. Especial referencia a la puesta en escena y la fase de consumación delictiva», *ADPCP*, vol. LXX, 2017, p. 284.

¹⁶ PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho...*, ob. cit., p. 494. La LO 6/1995 estableció expresamente que se puede cometer delito fiscal mediante la pura omisión («El que, por acción u omisión...»). Ya lo había señalado con anterioridad el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, STS de 2 de marzo de 1988).

¹⁷ Vid. D. FERNÁNDEZ BERMEJO: «Algunas cuestiones no desdeñables...», ob. cit., pp. 227 y ss.

¹⁸ En este sentido, CHICO DE LA CÁMARA (*Manual...*, ob. cit., p. 404): «Esta merma en la recaudación realizada a través del engaño requiere necesariamente del dolo en el elemento subjetivo del tipo».

¹⁹ Así, PÉREZ ROYO y CARRASCO GONZÁLEZ: *Derecho...*, ob. cit., p. 495.

²⁰ Si se declaró todo, aunque la deuda determinada en la autoliquidación sea inferior a la debida por haberse aplicado de modo indebido, incluso maliciosa e intencionadamente, las normas sobre calificación y cuantificación de la deuda tributaria, la conducta no será perseguible en la vía penal. Se precisa que el comportamiento del sujeto, en relación con sus deberes de declaración, haya puesto a la Administración en una situación en la que ésta no pueda proceder a determinar la deuda sin recurrir a la búsqueda o investigación de datos adicionales (PÉREZ ROYO y CARRASCO GONZÁLEZ: *Derecho...*, ob. cit., p. 495). Igualmente N. DE LA MATA BARRANCO («El delito fiscal...», ob. cit., p. 15): el delito de defraudación implica «pagar o incumplir (el pago de tributos) de modo fraudulento, esto es a través de una maniobra defraudatoria, por acción u omisión, que impida conocer a las Haciendas la situación concreta que obliga a tributar. Ya sea falseando datos fiscalmente relevantes ya ocultando hechos imponible».

En el fraude de ley (hoy, llamado «conflicto en la aplicación de la norma tributaria») no existe ocultación, sino abuso de las formas jurídicas. Por eso, la STC 120/2005, corrigiendo al TS, sentó la doctrina correcta: «la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria».

²¹ Como dice el TS, «no basta el mero impago de las cuotas a Hacienda, para justificar el dolo o proyecto defraudatorio, sino que debe añadirse un elemento de mendacidad. La responsabilidad surge no tanto del impago, como de la ocultación de las bases tributarias, o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes, de tal suerte que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo constituye una conducta defraudatoria» (entre otras muchas, STS de 5 de octubre de 2015, rec. 327/2015).

Vid. J. CALVO VÉRGEZ: «La trascendencia del dolo en la configuración del delito fiscal», *Zergak*, núm. 57, 2019, pp. 151-170.

término «dolosa» para calificar la acción u omisión, pero el requisito del dolo se deriva de los artículos 10 y 12 del Código Penal²². El dolo, según el Tribunal Supremo, «debe abarcar, para configurar el tipo subjetivo, aparte del ánimo específico de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios, cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación y la conciencia de la cuantía de esta última» (entre otras, STS de 2 de marzo de 1988)²³.

Cabe cuestionarse, si en el delito de defraudación tributaria es posible, conforme al artículo 14 del CP, la concurrencia de un error de prohibición o de un error de tipo²⁴. En este delito, el error más frecuente se referirá a la existencia de la deuda tributaria, a la cuantía de la misma o a las circunstancias del deber de declarar (es decir, a un error sobre la normativa tributaria). Este error, al referirse a un elemento normativo del tipo, tiene la consideración de error de tipo. No existe prácticamente espacio para el error de prohibición, a no ser que se confunda con el error sobre la punibilidad, es decir, el del sujeto que, con conciencia de que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico, piensa erróneamente que esa conducta no es sancionable penalmente, sino sólo en el ámbito administrativo. Este error sobre la punibilidad no tiene relevancia penal²⁵.

III. AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

Sujeto activo del delito es quien defrauda a la Hacienda Pública –estatal, autonómica o foral– cometiendo alguna de las conductas tipificadas en el ar-

²² PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho...*, ob. cit., p. 496; CHICO DE LA CÁMARA, P., *Manual...*, ob. cit., p. 404. La STS de 26 de noviembre de 2008 afirma que la concurrencia del elemento subjetivo requiere que el autor haya actuado con «ánimo defraudatorio», esto es, con la conciencia clara y precisa del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber.

²³ Señala CHICO DE LA CÁMARA (*Manual...*, ob. cit., pp. 404-405) que el presunto defraudador debe «conocer y querer» que mediante el empleo de los medios desplegados se causa un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública mediante la conducta antijurídica. Resulta suficiente con la concurrencia de un dolo eventual pues, aunque el autor desconozca con exactitud la cuantía de lo defraudado, acepta o consiente la cantidad realmente defraudada en cuanto que tiene conciencia de que incumple el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Así, el autor aceptará el resultado como posible o probable, cuando por ejemplo como empresario deje de anotar conscientemente en los libros contables los ingresos percibidos, teniendo por esta circunstancia enormes dificultades para declarar todas las cantidades obtenidas durante el ejercicio.

El TS ha reiterado la suficiencia de la presencia del dolo eventual (entre otras, STS de 5 de octubre de 2015, rec. 327/2015).

²⁴ El error de prohibición exime de responsabilidad sólo si es invencible; si es vencible, subsiste la responsabilidad y sólo da lugar a una atenuación de la pena. El error de tipo, incluso cuando es vencible, excluye el dolo y, en consecuencia, la responsabilidad penal, cuando el delito en cuestión no admite formas de comisión culposas –como sucede en el delito fiscal– (PÉREZ ROYO y CARRASCO GONZÁLEZ: *Derecho...*, ob. cit., p. 497).

²⁵ PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho...*, ob. cit., p. 497.

título 305.1 del Código Penal. Según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el delito fiscal es un delito *especial* ²⁶, que sólo puede ser cometido por quien ha infringido los deberes para con la Hacienda Pública. Esta consideración como delito especial restringe la calificación como *autor* al obligado tributario ²⁷, en cuanto beneficiario de la falta de ingreso –u obtención indebida de devolución o disfrute indebido de beneficio fiscal– que se describe en el tipo (entre otras, SSTS 25 de mayo de 1996, 28 de octubre de 1997 y 25 de febrero de 1998). No obstante, ante la aparición de supuestos en los que un tercero (asesor fiscal, representante, etc.) ha realizado todos los actos de defraudación, sin que en ocasiones tenga conocimiento de ello el obligado tributario, se ha ido abriendo paso la calificación del delito fiscal como un delito especial propio de naturaleza mixta, al punto que la tradicional respuesta que el Derecho daba a la conducta de estos terceros –inductor, cooperador, cómplice– ha ido cambiando, admitiéndose la posibilidad de que se considere como autor a quien no es obligado tributario, pero asume por vía de hecho funciones de administración y realiza la conducta delictiva ²⁸.

La cuestión de la autoría tiene importancia en el caso de que el deudor sea una persona jurídica. En aplicación de la regla recogida en el artículo 31 CP, relativa al «obrar por cuenta de otro», cuando la deuda tributaria evadida corresponda a una persona jurídica, la responsabilidad personal a título de autor corresponderá al que «actúe como administrador de hecho o de derecho». Ésta era la regla aplicable hasta la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, pues hasta entonces la persona jurídica no era considerada responsable penalmente, aunque sí le era exigible la responsabilidad civil derivada del delito. Tras la reforma de 2010, el artículo 31 *bis* CP estableció la responsabilidad directa de las personas jurídicas para determinados tipos (entre los cuales

²⁶ Como afirma MUÑOZ CONDE («Los delitos contra la Hacienda Pública en la LO 7/2012, de 27 de diciembre», en F. Adame Martínez y J. Ramos Prieto (coords.): *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, p. 2558), «*sujeto activo* es el obligado tributariamente. Se trata, por consiguiente, de un *delito especial*, en el que cabe la participación, a título de inductores, de cooperadores necesarios o de cómplices, de las personas (asesores fiscales, testaferros, etc.) que hayan contribuido al fraude fiscal, pero no como autores o coautores».

²⁷ Como afirma la STS de 18 de septiembre de 2018 (rec. 2134/2017), «el delito fiscal, como delito especial propio y delito de infracción de deber solo puede ser cometido a título de autor por el obligado a las prestaciones tributarias. No admite la autoría mediata ni la coautoría de quien no sea sujeto pasivo del tributo».

²⁸ MARTÍN QUERALT, J., *Derecho...*, ob. cit., p. 297. Posibilidad acogida por el Tribunal Supremo al considerar como autor del delito fiscal al asesor fiscal que actuó en todas las fases de las operaciones y tuvo la dirección real de los hechos (STS de 15 de noviembre de 2016, rec. 525/2016).

se encuentran los delitos contra la Hacienda Pública)²⁹. Las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando el delito contra la Hacienda Pública se haya cometido en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho o por los empleados de la sociedad que dependan de aquéllos y sobre los que no se ha ejercido la debida vigilancia. La LO 5/2010 acabó con el tradicional axioma *societas delinquere non potest*. Se trata de una responsabilidad por hechos imputables a otros –las personas físicas que han llevado a cabo el delito–, pero de los que responde la entidad en cuyo beneficio se ha cometido el delito³⁰.

La responsabilidad penal separada de la persona jurídica se aprecia en el régimen de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues las que afectan a la culpabilidad de la persona física o agraven su responsabilidad no influirán sobre la exigible a las personas jurídicas. Lo mismo sucede cuando la persona física ha fallecido o se ha sustraído a la acción de la justicia, pues estas circunstancias no excluirán la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 *ter*, apdo. 2). Las personas jurídicas tienen sus propias circunstancias atenuantes, relacionadas con las actividades postconsumatorias, que deberán ser realizadas a través de los representantes legales u órganos que actúen en su nombre (art. 31 *quater*).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue por su transformación, fusión, absorción o escisión. En estos casos, la responsabilidad se traslada a la entidad o entidades que suceden a la original (art. 130.2, párr. 1.º CP). Lo mismo ocurre con la «sucesión de hecho» en la actividad económica³¹.

IV. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS

La penalidad recogida en el CP se refiere al delito consumado. Si la acción se presenta bajo la forma de tentativa, se atenuará en la forma prevista en el

²⁹ La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2015 (rec. 10011/2015) aportan importantes aclaraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. DEL MORAL GARCÍA: «Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, pp. 215 a 254.

³⁰ En estos casos, existirá una doble responsabilidad: en primer lugar, la de las personas físicas, administradores o representantes, a quienes sea imputable la conducta (directamente o por falta de control sobre las personas sometidas a su autoridad); en segundo lugar, la de las personas jurídicas beneficiarias de la defraudación. A veces, la única responsabilidad sustanciada en el proceso será la correspondiente a la persona jurídica. Esto sucederá cuando la persona física responsable (administrador o representante) no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 *ter*, apdo. 1).

³¹ «No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica» (art. 130.2, párr. 2).

Código Penal. La consumación se produce cuando se alcanza el resultado dañoso para la recaudación tributaria. Si este resultado aparece bajo la forma de falta de ingreso, al cumplirse el plazo para realizar el ingreso. Si el resultado supone percibir una devolución improcedente, en el momento en que se produce la salida de caja o disposición de fondos en beneficio del defraudador³².

Resulta difícil que, en la práctica, aparezcan formas imperfectas, sobre todo en los tributos exigidos mediante autoliquidación³³, en los cuales el sujeto al omitir presentar su autoliquidación o al presentarla falseada, incumple también su deber de ingresar, que es simultáneo al de declarar. Sí resulta más probable que aparezcan formas imperfectas en los casos de devoluciones indebidas, pues el propósito del agente que solicita la devolución puede verse frustrado por la diligencia de la Administración que, al realizar la comprobación, descubre la irregularidad³⁴.

V. LA REGULARIZACIÓN ESPONTÁNEA

En el delito de defraudación tributaria, adquiere una gran importancia el comportamiento postconsumatorio; es decir, el caso del sujeto que, después de haber consumado la defraudación, rectifica de forma espontánea y procede al cumplimiento exacto de su deber con la Hacienda Pública, antes de ser requerido por ésta o de que se hayan producido actuaciones administrativas o judiciales con respecto a él³⁵.

El nuevo apartado 4, tras la LO 7/2012, establece que la regularización debe comprender, no sólo el reconocimiento, sino también el pago de la deuda

³² PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *Derecho...*, ob. cit., p. 501.

³³ Así lo entiende también CHICO DE LA CÁMARA (*Manual...*, ob. cit., p. 412), precisando que en los tributos de liquidación sí es posible la tentativa; así, por ejemplo, en los casos en que el sujeto presenta datos falsos en la relación de los bienes que conforman la masa hereditaria al objeto de inducir a error a la Administración en la liquidación del ISD, detectando los órganos de inspección el engaño antes de liquidar.

³⁴ PÉREZ ROYO, F., y CARRASCO GONZÁLEZ, F. M., *idem*. La STS de 19 de febrero de 2019 (rec. 513/2018) ha admitido la posibilidad de penalizar como delito fiscal, *en grado de tentativa*, la conducta de quien solicita indebidamente la devolución de un tributo (IVA no ingresado), devolución que no llegó a obtener al aperebirse la Administración de la falsedad de la conducta.

³⁵ El apartado 4 del artículo 305 CP establece los requisitos de la regularización. Con buen criterio la STS de 13 de febrero de 2018 (rec. 2338/2017) exige la notificación en todos los casos: «La falta de espontaneidad se presume a través del establecimiento legislativo de diversas causas de bloqueo: a) notificación de actuaciones inspectoras por parte de la Administración; b) notificación de la interposición de querrela o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local que corresponda; y c) notificación de la iniciación de una investigación penal».

tributaria (es decir, no sólo de la cuota tributaria, sino también de los intereses y recargos)³⁶.

Tras la reforma, la regularización deja de ser una excusa absolutoria, para configurarse como el auténtico reverso del delito, de forma que la regularización neutraliza tanto el desvalor de la acción típica, como el desvalor del resultado dañoso para la Hacienda Pública³⁷.

El apartado 4 introduce un segundo párrafo: «Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa»³⁸. En este caso, al haber prescrito el derecho a liquidar, la deuda no puede ser exigida, pero sí resulta posible seguir actuaciones judiciales por delito fiscal, cuyo plazo de prescripción es de cinco años (frente a los cuatro de la prescripción tributaria). En estos casos, si el sujeto autoliquida y paga queda exento de responsabilidad penal. Es una previsión contenida también en el artículo 252 LGT.

³⁶ Además, la regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

Advierte DE LA MATA BARRANCO («El delito fiscal...», ob. cit., p. 30) que si Administración no aceptara el pago, cabría consignación notarial o judicial del mismo a efectos de beneficiarse de los efectos de la regularización penal.

³⁷ MARTÍN QUERALT, J., *Derecho...*, ob. cit., p. 304. Como afirma DE LA MATA BARRANCO («El delito fiscal...», ob. cit., p. 31), la actual regulación impide afirmar la existencia de un injusto típico si la regularización se ha producido.

³⁸ La STS de 28 de noviembre de 2017 (rec. 2829/2016) ha señalado que la regularización no puede dar lugar a la devolución en concepto de ingreso indebido, al haberse regularizado una vez prescrito el crédito tributario (por el transcurso de 4 años), pero sin transcurrir el plazo de prescripción del delito (5 años).

**65. LA PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO EN LOS
DELITOS SEXUALES AL HILO DEL «CASO DANI ALVES».
COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA 14/2024, DE 22 DE FEBRERO,
Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CATALUÑA 109/2025, DE 28 DE MARZO**

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de septiembre del año 2022 se promulgó en España la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual¹, la cual trajo consigo una importante reforma de los delitos sexuales contenidos en los arts. 178 y ss. del Código Penal (CP). Tras esta reforma, el consentimiento de la víctima (generalmente una mujer) se ha convertido en la piedra angular de todo el edificio legal en el ámbito de la delincuencia sexual, desplazando al uso de la fuerza o la intimidación para doblegar la voluntad de aquella, las cuales siguen existiendo, pero únicamente para agravar la pena de una agresión sexual llevada a cabo sin el consentimiento de la víctima. Con la definición del consentimiento contenida en el art. 178 CP, el legislador español del año 2022 implantó en España el modelo de consentimiento afirmativo, de ahí que la reforma operada ese año se denominase como la ley del «solo sí es sí».

¹ BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

Como cabía esperar, la doctrina del consentimiento afirmativo en el ámbito de los delitos sexuales ha traído consigo una destacada discusión doctrinal². Así, un amplio sector considera que la fórmula del consentimiento afirmativo recogida en el art. 178 CP se presenta de una forma tremendamente exigente, lo cual –se piensa– tiene como objetivo simplificar y reorientar todo el proceso penal con el fin de aumentar el número de denuncias, procedimientos y condenas, protegiendo mejor a las víctimas (que en su inmensa mayoría son mujeres), las cuales deben ser consideradas como víctimas desde el mismo momento de la denuncia, mientras que ellos (en su inmensa mayoría hombres), deben ser tachados de culpables a menos que exista un consentimiento claro, manifiesto, externo y sin matices por parte del sujeto pasivo³. Básicamente, las negativas consecuencias que se asocian a la introducción del modelo de consentimiento afirmativo son las siguientes: (1) Imposición de una determinada manera de expresar el consentimiento en una materia que no admite rigidez en las formas; (2) Infantilización del mujer, al partir siempre y en todo caso de un contexto de hombre/proponente y mujer/aceptante, sin que se considere la opción de que sea ella la que tome la iniciativa; (3) No consideración de la existencia de una amplia «zona gris» entre una violación violenta y una relación sexual consentida, querida y deseada.

Los problemas que lleva implícita la doctrina del consentimiento afirmativo y su plasmación legal producida en el art. 178 CP han quedado demostrados con un reciente caso que ha tenido un considerable eco mediático en España, no solo por el carácter público de uno de los protagonistas (el ex jugador de fútbol brasileño Dani Alves), sino también por las repercusiones que ha

² De entre la amplia bibliografía aparecida en España sobre esta temática, se va a hacer aquí mención, a título meramente ejemplificativo, a las siguientes obras de referencia: AGUSTINA, J.R. (coord.) (2023): *Comentarios a la Ley del «solo sí es sí»*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona: Atelier; Faraldo Cabana, P./Acale Sánchez, M. (dirs.) (2018): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch; Martínez Galindo, G. (dir.) (2024): *La reforma de los delitos sexuales*, Barcelona: Bosch.

³ De esta opinión, entre otros: ÍÑIGO CORROZA, E. (2022): «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol.1. LXXV, p. 198; MALÓN MARCO, A. (2020): *La doctrina del consentimiento afirmativo, Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 26-27; PEREIRA GARMENDIA, M.M. (2021): *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo: Reus, Euros Editores, B de F., p. 68, autor que, no sin razón, acuña el concepto de «moralismo penal estricto». Crítico también: GIMBERNAT ORDEIG, E. (2022): «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», *ABC*, edición de 27 de septiembre de 2022. Para Álvarez García, «[l]a nueva normativa no se limita a proteger nuestro derecho a la sexualidad, sino que también lo conforma. Nos dice cómo se tiene que amar y cómo no. Qué es válido en materia amoratoria y qué no. Es decir: nos fuerza a reescribir «el arte de amar»». Cfr.: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022): «La libertad sexual en peligro», en: Iglesias Canle, I. C./Bravo Bosch, M. J. (dir.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 305.

tenido el enjuiciamiento y posterior fallo de una presunta⁴ agresión sexual que el citado jugador cometió en un baño de una conocida discoteca de Barcelona en la madrugada del día 31 de diciembre del año 2022. Así, mientras que la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Barcelona en febrero del año 2024 consideró a Alves culpable de un delito de agresión sexual con acceso carnal según lo previsto en los arts. 178 y 179 CP, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en una sentencia dictada en marzo del presente año 2025, casó el pronunciamiento de instancia, absolviendo a Alves del delito por el cual se condenó en su día a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. En el momento de redactar estas páginas, la sentencia del TSJ ha sido recurrida al Tribunal Supremo. Como se verá a continuación, el «caso Dani Alves» podría desde luego ubicarse en esa zona gris o de penumbra a la que se ha hecho mención *supra*. Se trata de situaciones en las que las ambigüedades son muchas o en las que las conductas de las partes intervinientes en la interacción sexual, aunque parecen claras, la persona que, podría decirse, parece estar consintiendo a partir de su comportamiento, afirma que, de hecho, no ha consentido, mientras que la otra parte considera existente ese consentimiento, aunque sea de manera implícita o sobre la base de las circunstancias en la que se produce la interacción sexual.

II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA 14/2024, DE 22 DE FEBRERO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 109/2025, DE 28 DE MARZO. «CASO DANI ALVES»

1. Hechos probados

El llamado «caso Dani Alves» hace referencia a la presunta comisión de un delito de agresión sexual violenta con acceso carnal por parte del ex jugador de fútbol del F.C. Barcelona, Dani Alves, en una conocida discoteca de Barcelona en diciembre del año 2022.

Los hechos fueron inicialmente juzgados por la Audiencia Provincial de Barcelona⁵, donde el deportista se sentó en el banquillo de los acusados por la

⁴ Se sigue lógicamente utilizando la expresión «presunta» ya que, en el momento de redactar este trabajo, todavía no hay sentencia firme.

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 14/2024, de 22 de febrero. ECLI: ES:APB:2024:14. En lo sucesivo, cuando se cite la mencionada sentencia, se utilizará la fórmula SAP B, indicando la página concreta.

presunta comisión de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, en concurso con un delito leve de lesiones del art. 147.2 CP.

A la hora de exponer los hechos probados, la Audiencia Provincial distinguió tres momentos temporales distintos, ubicados todos ellos en la madrugada del día 31 de diciembre del año 2022 en la discoteca *Sutton*, de Barcelona: (1) Lo ocurrido entre Dani Alves y la víctima antes de entrar en el baño de la suite del reservado; (2) lo ocurrido entre ambos dentro del citado baño; (3) lo acontecido fuera de ese habitáculo con posterioridad a los hechos que eran sometidos a juicio.

(1) En la madrugada del día 31 de diciembre de 2022, Dani Alves acudió junto con un amigo a la mencionada discoteca. Una vez en el interior, ambos accedieron a un reservado de la sala, al ser Alves cliente habitual de la discoteca y de esa zona reservada en particular. Sobre las 02:30 del mismo día 31 de diciembre, la víctima, nacida en el año 1999, accedió a la misma discoteca acompañada de una prima y una amiga. Las tres chicas estuvieron primeramente en la sala general, si bien, ante reiterados requerimientos por parte de Dani Alves –por mediación de un camarero de la sala– para invitar a las tres chicas a una copa de champán, la víctima y sus dos acompañantes acudieron finalmente a la mesa donde se encontraba Dani Alves con su amigo. Tras tomar todos una copa de champán, los cinco estuvieron bailando y charlando en la zona VIP que ocupaba Alves. Este y la víctima estuvieron hablando y bailando juntos, sin que pudiese resultar acreditado que el acusado agarrase la mano de la víctima para llevársela a su pene ni que la víctima tocara voluntariamente el pene del acusado.

(2) Sobre las 03:42 horas, y tras haberlo acordado con la víctima, Dani Alves se dirigió a la puerta colindante con la mesa que ocupaba, la cual da acceso a la denominada «Suite», accediendo al interior. Dos minutos después lo hizo la víctima. Una vez en el interior de un pequeño aseo que formaba parte de ese reservado, y sin que pudiese resultar acreditado ni que el acusado introdujera el pene en la boca de la denunciante ni que esta accediera voluntariamente a practicar una felación al futbolista, el acusado pretendió penetrar vaginalmente a la víctima, para lo que, haciendo uso de su mayor fuerza, la tiró al suelo, golpeándose la víctima con la rodilla. Esta solicitó a Alves que la dejara marchar, que quería salir de allí, no permitiéndoselo el procesado. Finalmente, el procesado, utilizando su fuerza física, venciendo con ello la oposición de la víctima, la colocó inclinada sobre el retrete, donde la penetró vaginalmente con su pene hasta eyacular dentro de ella, sin usar preservativo y sin su consentimiento.

(3) Inmediatamente después de lo acaecido en el cuarto de baño, Dani Alves salió del reservado dejando allí a la víctima y dirigiéndose a su mesa, donde agarró una copa y se alejó hacia otra mesa distinta. Unos segundos después salió la víctima, que se dirigió hacia su prima y su amiga y les pidió marcharse del lugar, haciéndolo las tres sin despedirse de Alves, pero sí de su acompañante. Al caminar hacia la salida de la discoteca, la víctima rompió a llorar por lo sucedido, siendo atendida por personal de la discoteca, que activó el protocolo de agresiones sexuales. Mientras el personal de *Sutton* se ocupaba de la víctima, siendo también atendida por un agente de los Mossos d'Esquadra, Alves y su acompañante abandonaron la discoteca sobre las 04:06 horas, cruzándose con la víctima y sus amigas y sin dirigir palabra alguna ni a ella ni a sus amigas. La víctima fue acompañada en ambulancia al Hospital Clínic, donde los facultativos efectuaron la correspondiente exploración médica, recogiendo muestras del cuerpo y ropas de la víctima para su posterior estudio, administrándosele tratamiento profiláctico. En el curso de los hechos descritos, la víctima sufrió lesiones en la rodilla, las cuales precisaron una sola primera asistencia facultativa para su curación. Así mismo, la víctima, con posterioridad a lo acaecido en la discoteca *Sutton*, presentaba sintomatología de tipo ansiosa-depresiva, compatible con un trastorno secundario a un hecho estresante o traumático.

En relación a los hechos probados que se acaban de describir –hay que reiterar, a partir de la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona– importante es señalar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶, la cual tenía por objeto resolver el recurso de apelación formulado tanto por la Fiscalía, la acusación particular, así como la defensa de Dani Alves contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no los admitió íntegramente tal y como habían sido declarados por la sentencia de instancia, procediendo a redactarlos de la siguiente manera: «Los cinco tomaron copas de la botella de *champagne*, bailaron y charlaron en la zona acotada de la mesa núm. X. El acusado y la joven, en particular, estuvieron hablando y bailando juntos de forma más próxima e íntima, acordando entrar en el privado del reservado donde se encontraban. Así, a las 03:42 horas, el acusado se dirigió a la puerta colindante con su mesa, entrando a la sala contigua. Dos minutos después accedió la víctima. Una vez ambos en el interior de la sala, mantu-

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 879/2025, de 28 de marzo. ECLI: ES:TSJCAT:2025:879 En lo sucesivo, cuando se cite la mencionada sentencia, se utilizará la fórmula STSJ CAT, indicando la página concreta.

vieron relaciones sexuales, con penetración vaginal, en el aseo de la misma. Por el informe biológico, se ha detectado, mediante análisis del hisopo bucal recogido a la víctima, restos de esmegma coincidentes con el ADN del acusado. La joven tuvo una lesión en la rodilla izquierda [...] restando como secuela una cicatriz, que precisó de una sola asistencia facultativa para su curación. En el momento de celebrarse el juicio, la víctima se encontraba de baja médica»⁷.

2. Valoración de la prueba por parte de ambos Tribunales

Del conjunto de hechos probados que han sido reproducidos en el epígrafe anterior, es evidente que, en relación a lo acaecido dentro del aseo del reservado de la discoteca *Sutton*, el tribunal de instancia debía confrontar la declaración de la víctima, la cual aducía la ausencia total de consentimiento ante los requerimientos de carácter sexual procedentes del acusado, con la declaración de este último, el cual señaló que las relaciones sexuales se llevaron a cabo con consentimiento de ambas partes.

En general, el contexto en el que se desarrollan los delitos sexuales –habitualmente con la sola presencia de agresor y víctima y siempre y cuando esté ausente cualquier tipo de violencia– dificulta enormemente la obtención de prueba de cargo para su aportación al proceso, más allá de la declaración de las partes, amén de la existencia de lo que se denomina como «corroboraciones periféricas». Ello es debido a la complejidad que plantea la prueba del consentimiento, la cual constituye el objeto principal de la controversia, siendo indubitada la relación sexual mantenida, como así sucedió en el «caso Dani Alves». De forma general, y en lo relativo a la valoración de la prueba en el contexto de los delitos sexuales, ya es doctrina consolidada por el Tribunal Supremo que cuando no existe más prueba sobre los hechos denunciados que la declaración de la propia víctima, la misma se ha de tener por suficiente, salvo que surjan elementos contradictorios de la propia declaración o del resto de la prueba diligenciada⁸. El órgano juzgador ha de tener claro (certeza, más allá de toda duda razonable) tanto que no existía consentimiento de ningún tipo, como que el sujeto activo era consciente de la carencia de ese consentimiento.

⁷ STSJ CAT, p. 4.

⁸ Véase, por todas: STS 282/2018, de 13 de junio (ECLI: TS:2018:2182). Véase también al respecto, en detalle: PEREIRA GARMENDIA, *opus cit.*, p. 142, nota núm. 2.

Ahora bien, en casos donde la declaración inculpatoria de la víctima se constituye como la principal prueba de cargo –como así ocurre en el aquí analizado «caso Dani Alves»– el órgano sentenciador debe extremar la cautela y la prudencia al valorar dicha declaración inculpatoria a fin de evitar el riesgo de condenar a un inocente, por lo que una sentencia condenatoria no puede fundamentarse sobre la base de la mera *creencia* en la palabra de la víctima, siendo en todo caso ineludible un esfuerzo extra de motivación fáctica, en el que el tribunal aplique en la valoración de esta prueba criterios de máxima objetivación y razonabilidad⁹.

En el contexto de los delitos sexuales, el Tribunal Supremo español ha fijado una serie de criterios orientativos (el denominado «triple test») que el órgano judicial debe tomar en consideración para la valoración de la prueba cuando se cuenta con el testimonio único de la víctima, y que son los siguientes: (1) Valoración de la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de un móvil espurio en la víctima basado en un resentimiento, enemistad o venganza frente al autor de los hechos); (2) análisis de la credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, y que debe estar basada tanto en la lógica de la declaración misma como en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico; (3) persistencia en la incriminación, con ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, o inexistencia de ambigüedades o contradicciones¹⁰.

Una vez realizado por parte del Tribunal el mencionado «triple test», puede este encontrarse ante dos realidades: (1) Que tras la valoración de la prueba practicada se acredite que, efectivamente, se ha superado dicho triple test; (2) que uno (o varios) de los tres parámetros no haya podido quedar suficientemente acreditado. Pues bien, sobre la base del sistema de libre valoración de la prueba que rige en el sistema procesal español (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es posible que el Tribunal, a pesar de la persistencia, congruencia y coherencia del testimonio de la víctima; a pesar de contar incluso con elementos de corroboración de carácter periférico y de no detectar ningún motivo espurio que ponga en entredicho la fiabilidad del testimonio, no dé credibilidad a la declaración de la víctima porque se tienen dudas razonables sobre el objeto de la controversia, es decir, sobre si hubo o no consenti-

⁹ En estos mismos términos: CERRATO GURI, E./CASANOVA MARTÍ, R. (2023): «La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial», en: Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la Ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona: Atelier, p. 160, nota núm. 20, con listado de sentencias.

¹⁰ Véase, por todas: STS 1029/1997, de 29 de diciembre (ES:TS:1997:8019).

miento¹¹. De forma paralela, tampoco se puede afirmar que el incumplimiento de uno de los tres parámetros orientadores deba forzosamente significar que la prueba ya no puede ser valorada y deba considerarse directamente insuficiente para fundamentar una sentencia condenatoria.

Pues bien, si a continuación se entra, en primer lugar, a analizar la valoración de los hechos del «caso Dani Alves» por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona que juzgó los mismos en primera instancia, se observa cómo este Tribunal se acogió a la segunda realidad a la que se ha hecho mención en el párrafo anterior, a saber, el dar credibilidad al testimonio de la víctima a pesar de no cumplirse con uno de los parámetros del «triple test». Efectivamente, tal y como indica el Tribunal en su sentencia, el mismo alcanzó la convicción sobre los hechos (la existencia de una agresión sexual incoercida con acceso carnal) al haber valorado positivamente la declaración testifical de la víctima en el acto del juicio oral, conjuntamente con otras pruebas periféricas que no hacían sino corroborar su relato¹². Además, se consideró que la declaración de la víctima —excepción hecha de una serie de, en palabras del Tribunal, «particularidades»¹³ que se expondrán a continuación— fue coherente y especialmente persistente, no sólo a lo largo de la instrucción de la causa, sino también en el plenario; no existiendo tampoco ningún móvil espurio fundamentado en una eventual enemistad con el acusado¹⁴.

Entrando a analizar lo ocurrido en la discoteca *Sutton* antes de entrar en el baño de la suite del reservado, la Audiencia Provincial señala una serie de contradicciones entre lo manifestado por la víctima y lo registrado por las cámaras de seguridad de la discoteca¹⁵. Así, y al contrario de lo declarado por la víctima, en las cámaras no se podía apreciar que ella y sus amigas estuviesen incómodas o que la denunciante no se encontrase a gusto, no aceptase o no tuviese voluntad de disfrutar y pasarlo bien con las personas que acababa de conocer. Se la veía participar activamente en el baile con Dani Alves de la misma manera que lo harían cualesquiera otras personas dispuestas a pasárselo bien¹⁶, pudiéndose incluso apreciar una cierta complicidad entre la joven y el acusado. De ahí que, según la interpretación del Tribunal, no pareciese razonable la versión de la denunciante, conforme a la cual acudió a hablar con Dani Alves a la zona del baño por miedo a que después de la discoteca él y su acom-

¹¹ CERRATO GURI/CASANOVA MARTÍ, *opus cit.*, p. 163.

¹² SAP B, p. 11.

¹³ SAP B, p. 11.

¹⁴ SAP B, p. 23.

¹⁵ SAP B, p. 16.

¹⁶ SAP B, p. 16.

pañante pudieran seguirles y hacerles algo a ella y sus amigas. Y además que fuese a hablar con él dos minutos después de que este se hubiera ido. Más bien parecería un acuerdo previo de ir uno después del otro. Por consiguiente, la Audiencia Provincial concluyó que la víctima acudió voluntariamente a la zona del baño de la suite con el propósito de estar con el acusado en un espacio más íntimo¹⁷.

A continuación, el Tribunal señala de forma atinada que ni que la denunciante hubiese bailado de manera insinuante, ni que hubiese acercado sus nalgas al acusado, o que incluso hubiese podido abrazarse con el propio Dani Alves, podía hacerles suponer a los miembros del Tribunal que prestaba su consentimiento a todo lo que posteriormente pudiera ocurrir en el reservado. Para la Audiencia Provincial, esas actitudes o incluso la existencia de insinuaciones no pueden significar dar carta blanca a cualquier acto de naturaleza sexual que se produzca con posterioridad¹⁸.

Pues bien, sin negar el Tribunal que la existencia de las mencionadas contradicciones afectaban a la credibilidad de la víctima, sin embargo señaló que las mismas no comprometían el resto del relato sobre lo acontecido en el aseo del reservado, y ello porque, en su opinión, la versión de la víctima se había mantenido en el tiempo, porque la denunciante no tenía motivo alguno para acusar falsamente a una persona que había conocido esa misma noche y, sobre todo, porque la reacción de la denunciante tras los hechos era tan coherente con la existencia de una agresión sexual con acceso carnal cometida sin su consentimiento, de tal manera que la misma no se podía entender si no es desde el convencimiento de que los hechos habían ocurrido tal y como habían sido relatados por la víctima¹⁹.

Por consiguiente, y en lo que se refiere a lo ocurrido en el baño, la Audiencia Provincial se decidió por dar credibilidad al relato de la víctima, según el cual la relación sexual con penetración se produjo con empleo de violencia por parte de Dani Alves y sin que la víctima prestase en ningún momento su consentimiento. Curiosamente, en este punto el Tribunal no entró a analizar críticamente la declaración de la víctima realizada en el plenario, al haber ésta negado la práctica de una felación a Dani Alves, mientras que este señaló que dicha felación tuvo lugar de forma voluntaria por parte de la víctima²⁰. De hecho, en un informe biológico llevado a cabo tras lo acontecido en la discote-

¹⁷ SAP B, p. 16.

¹⁸ SAP B, p. 16.

¹⁹ SAP B, pp. 16 y 23.

²⁰ SAP B, pp. 14 y 17.

ca se detectó, mediante análisis del hisopo bucal recogido a la víctima, restos de esmegma coincidentes con el ADN del futbolista.

A dicha credibilidad a la declaración de la víctima se unían además, en opinión del Tribunal, suficientes corroboraciones periféricas que no hacían sino apuntalar la versión de la denunciante en lo referido a la penetración vaginal inconsciente²¹. Entre dichas corroboraciones periféricas se destacan la existencia de lesiones en la rodilla de la víctima, fruto, en opinión del Tribunal, de la violencia usada por el acusado para agachar a la denunciante y así colocarla en el suelo²²; el comportamiento de la víctima con posterioridad a los hechos, el cual reflejaba el estado en el que se podía encontrar como consecuencia de la vivencia de una experiencia traumática²³; la actuación del acusado tras los hechos, el cual tenía interés por abandonar lo antes posible el local²⁴, y la existencia de secuelas psicológicas en la víctima, al haber dictaminado los médicos forenses la existencia en la víctima de un cuadro de Trastorno de estrés postraumático (TEP)²⁵.

Tras la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que los hechos eran constitutivos en primer lugar de un delito de agresión sexual con acceso carnal de los arts. 178 y 179 CP. Conforme al relato de los hechos que se consideraban probados, el acusado agarró bruscamente a la denunciante, la tiró al suelo y, evitando que pudiera moverse, la penetró vaginalmente, pese a que la denunciante decía que no, que se quería ir. Con ello se cumplía el tipo de ausencia de consentimiento, con uso de la violencia y con acceso carnal²⁶. Los hechos eran igualmente constitutivos de un delito leve de lesiones del art. 147.2 CP. En consecuencia, Dani Alves fue condenado a una pena de cuatro años y seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de libertad vigilada por tiempo de cinco años, la cual debería ejecutarse con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión, de conformidad con el art. 192.1 CP. Por el delito leve de lesiones se le condenó a una pena de dos meses de multa, con una cuota diaria de 150 euros.

Como cabía esperar, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona fue objeto de un recurso de apelación por parte del Ministerio Fis-

²¹ SAP B, pp. 17 y ss.

²² SAP B, p. 18.

²³ SAP B, p. 19.

²⁴ SAP B, p. 19.

²⁵ SAP B, p. 19.

²⁶ SAP B, p. 25.

cal, de la acusación particular, así como de la defensa de Dani Alves, interpuestos todos ellos en sentidos distintos. Pues bien, a la hora de analizar la sentencia de instancia, el TSJ de Cataluña hace en primer lugar referencia explícita a la Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2024, de 20 de junio, donde se señala, entre otras cosas, que en las sentencias condenatorias el «canon de motivación» debe ser más riguroso que en las absolutorias, teniendo en cuenta que en estos casos están en juego derechos fundamentales como son la libertad personal y la presunción de inocencia. Ello hace que la exigencia de motivación adquiera particular intensidad²⁷.

Pues bien, a partir de estas consideraciones, el TSJ de Cataluña considera que la sentencia dictada en su momento por la Audiencia Provincial de Barcelona en el «caso Dani Alves» utilizó, tanto en el análisis de los hechos probados como en los fundamentos de derecho, el término *credibilidad* como sinónimo de *fiabilidad*²⁸. Como acertadamente señala el Tribunal de apelación, la credibilidad responde a una creencia subjetiva, que no se puede contrastar, asociado a quien presta la declaración, mientras que la fiabilidad tiene por el contrario una naturaleza objetiva, ya que la misma afecta a la declaración misma. Ello conduce a que el TSJ no pudiese compartir la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia expresada en su sentencia, ya que la exposición contenía a lo largo de los razonamientos «una serie de vacíos, imprecisiones, inconsistencias y contradicciones sobre los hechos, la valoración jurídica y sus consecuencias»²⁹.

Para el TSJ, corroborando lo expresado por el Tribunal de instancia, la libertad sexual y el inseparable consentimiento individual lo es para cada uno de los actos de esa naturaleza que se realicen, no admitiéndose pues el consentimiento general ni el diferido. Por el contrario, el TSJ sí considera que la divergencia entre lo relatado por la denunciante y lo realmente sucedido antes de entrar en el baño con el acusado compromete gravemente la fiabilidad de su relato³⁰. Conviene señalar que el Tribunal de apelación comparte con la Audiencia Provincial que el constatar la inveracidad del relato de la denunciante en una parte de los hechos no tiene por qué determinar de forma automática que toda su declaración deba ser descartada. Sin embargo, el TSJ añade que «esa inveracidad incide *significativamente* en la *fiabilidad* de las informacio-

²⁷ STSJ CAT, p. 31.

²⁸ STSJ CAT, p. 34.

²⁹ STSJ CAT, p. 34.

³⁰ STSJ CAT, p. 35.

nes que la testigo aporta», obligando con ello a intensificar las exigencias objetivas de fiabilidad del resto del relato³¹.

Para los magistrados del TSJ de Cataluña, el Tribunal de instancia se apoyó únicamente en el relato de la denunciante que afirmó que en el aseo se produjo una penetración vaginal in consentida con empleo de la fuerza física por parte del acusado; otorgando el Tribunal a dicho relato una mera credibilidad subjetiva, estando dicha declaración huérfana de corroboraciones periféricas como las declaraciones de la amiga y la prima de la denunciante, así como la aportación de la cámara personal que portaba el agente de policía que conversó con la víctima en la discoteca³². Por consiguiente, el Tribunal de instancia debió focalizarse en el contraste entre la declaración de la víctima (penetración vaginal in consentida) con las demás pruebas, en particular la dactilar dactiloscópica, en referencia a las huellas dactilares y palmares en la tapa del retrete y en la misma cisterna y la biológica de ADN³³.

Por otro lado, y relacionado con lo anterior, el propio TSJ señala que la sentencia de instancia entra en una contradicción importante cuando analiza la lesión en la rodilla producida a la víctima en el baño, ya que en los hechos probados parece vincular dicha lesión a la acción de tirar al suelo a la víctima para llevar a cabo la penetración vaginal, mientras que, por el contrario, en los fundamentos de derecho vincula dicha herida a la felación, la cual no da por probada³⁴. Para los magistrados del TSJ, esa herida en la rodilla podría haberse producido en el pequeño espacio con el que contaba el aseo de muchas formas, como admiten los forenses y profesionales de la medicina. Esta cuestión no es desde luego baladí, ya que, al producirse aparentemente una desactivación de la violencia como medio comisivo de cara a imponer la conducta sexual, la posibilidad de probar la existencia de esa agresión sexual quedaría en manos de acreditar una falta de consentimiento.

En conclusión, para los miembros del TSJ de Cataluña, la consecuencia de no dar por probada la felación que afirmó el acusado y que negó la víctima (a pesar de los vestigios de ADN encontrados en la boca de la denunciante),

³¹ STSJ CAT, p. 35 (cursivas añadidas).

³² STSJ CAT, p. 40.

³³ STSJ CAT, p. 37.

³⁴ STSJ CAT, p. 37. En concreto, en la sentencia de la Audiencia Provincial se declaraba lo siguiente: «[R]especto de la felación, el acusado ha declarado que ella le estuvo practicando una felación voluntariamente, mientras que la denunciante ha manifestado que él le bajó al suelo cogiéndole como de la cintura, también de la coleta o la nuca, y acercándola contra sus partes. Y ella se separaba la boca del pene de él. Esto significa que la versión de la denunciante es que él le forzó para que ella se pusiera de rodillas, golpeándose una de ellas con el suelo y causándose la herida que consta documentada y posteriormente utilizó la violencia para aproximar la boca de ella a su pene. Luego se le ha preguntado por la defensa si ella le practicó a él una felación, respondiendo la víctima que no». SAP B, p. 17.

unido a la no consideración de las huellas dactilares y palmares encontradas en la tapa del retrete y en la cisterna, así como la ausencia de otras corroboraciones periféricas, dejaban el relato de la agresión sexual por la que se condenó a Dani Alves únicamente apoyado en la declaración de la denunciante, la cual mostraba unos altos índices de incerteza para poder resultar no solo creíble, sino también fiable.

Con ello, los magistrados del Tribunal de apelación no afirmaban que la hipótesis verdadera fuese la que mantenía la defensa del acusado (relaciones sexuales sin violencia y consentidas)³⁵. Lo que señalaban es que, de la prueba practicada, no cabía concluir que se hubiesen superado los estándares que exige la presunción de inocencia de conformidad con lo establecido en el art. 24 de la Constitución. En consecuencia, el TSJ de Cataluña procedió a revocar la sentencia de instancia, dictando un fallo absolutorio y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

Como cabía esperar, la sentencia absolutoria dictada por el TSJ de Cataluña en marzo del año 2025 no solo tuvo una considerable repercusión mediática, sino también doctrinal. Uno de los primeros análisis doctrinales aparecidos fue el Elena Larrauri y Daniel Varona³⁶. En el mismo señalan que de la lectura de la sentencia del TSJ parece deducirse que la falta de una «declaración perfecta» por parte de la víctima, debido a la existencia de contradicciones en lo manifestado por ella con respecto a lo que sucedió antes de entrar en el aseo, o incluso dentro del mismo, anula completamente su relato³⁷. Según señalan Larrauri/Varona, resulta difícil encontrar una «declaración perfecta» en el ámbito de los delitos sexuales, olvidando no obstante ambos autores que cuando el acusado y la víctima se encontraban en la sala hablando, bebiendo y bailando, no había acto sexual alguno.

Por otro lado, Larrauri/Varona denuncian en su trabajo que algunos elementos de corroboración del testimonio de la víctima no fueron tenidos en cuenta por parte de los magistrados del TSJ, o bien lo fueron de forma incompleta. Así, mientras que la sentencia de instancia tuvo en cuenta el estado en el que se encontraba la víctima inmediatamente después de producirse los hechos y encontrándose todavía en la discoteca (llorosa, afectada y en estado de shock), la valoración que al respecto realiza el TSJ de Cataluña es meridianamente distinta y, a la sazón, equivocada³⁸, al señalar que de las conversaciones

³⁵ STSJ CAT, p. 42.

³⁶ LARRAURI, Elena/VARONA, Daniel (2025): «Declaraciones imperfectas y agresión sexual: Reflexiones a propósito del «caso Alves»», *InDret*, editorial, núm. 2/2025, pp. v-x.

³⁷ *Ibidem*, p. ix.

³⁸ *Ibidem*, p. viii.

mantenidas por la víctima con el personal de la sala y con el agente de la policía «no se puede deducir el efecto corroborador que le atribuye la sentencia de instancia», al tratarse, según el Tribunal de apelación, de conversaciones genéricas sobre su estado de angustia³⁹. Otro elemento de corroboración, cual era los informes médico-forenses sobre las afecciones psicológicas padecidas por la víctima como consecuencia de los hechos, los cuales habían sido tenidos en cuenta por la Audiencia Provincial de Barcelona, fueron, para Larrauri/Varona, vagamente considerados por el TSJ⁴⁰, al señalar este tribunal que los informes forenses no aclaraban qué porcentaje de esas secuelas psicológicas derivaban del suceso traumático o más bien de la exposición pública del caso.

Si bien es digno de mención el hecho de que el Tribunal de apelación pasara de puntillas por estos elementos de corroboración que en principio podrían apuntalar la versión de la víctima, sorprende sin embargo que Larrauri/Varona pasen también de puntillas por las contradicciones en las que entró la víctima a la hora de describir lo acontecido dentro y fuera del aseo donde tuvieron lugar los hechos, negando la práctica de una felación a Dani Alves y dando una versión de los hechos que acontecieron en la sala de fiestas, antes de entrar (dos minutos después que el acusado) en el reservado, la cual resultó ser meridianamente distinta a lo que captaron las cámaras del local. No cabe duda de que ello compromete muy seriamente la fiabilidad del testimonio de la víctima, sobre todo si se tiene en cuenta un derecho fundamental de trascendental importancia como es la presunción de inocencia.

III. CONCLUSIONES

Sin negar evidentemente la necesidad de acudir al Derecho Penal para castigar los atentados contra la autodeterminación sexual de todas las personas mayores de 16 años, hombres y mujeres, la definición de consentimiento afirmativo acogida en el art. 178 CP no va a solucionar todos los supuestos en los que se ha producido una interacción de carácter sexual entre dos o más personas. Para ello, el «caso Dani Alves», analizado en el presente trabajo, no constituye ni va a constituir una excepción. Pese a la reforma legal operada en el año 2022, en el ámbito del enjuiciamiento penal, la problemática del consentimiento continuará siendo el principal objeto de controversia en la mayoría de los juicios por delitos sexuales, sobre todo en aquellos casos donde, ausente

³⁹ STSJ CAT, p. 39.

⁴⁰ LARRAURI/VARONA, *opus cit.*, p. viii.

cualquier tipo de violencia, intimidación o prevalimiento, la eventual condena del acusado depende de la valoración que haga el tribunal tanto del testimonio de la víctima como de la presencia de las antes mencionadas corroboraciones periféricas.

La pretendida modificación de las actitudes, iniciativas y estereotipos en materia sexual –objetivo prioritario de la reforma de los delitos sexuales operada en el año 2022, la cual sin duda está impregnada de un marcado sesgo ideológico– exige más bien una aproximación holística alejada del Derecho Penal, debiendo dar protagonismo a la esfera educativa y de socialización de los individuos. En el concreto caso de España, más que un cambio normativo (penal) lo que se debe producir es un cambio cultural en lo que respecta a la interacción sexual entre hombres y mujeres.

Aunque no cabe duda de que una de las funciones primordiales del Derecho Penal es la prevención general y especial de naturaleza negativa (intimidando a los receptores de la norma), el mismo no se puede convertir en una herramienta en manos de partidos políticos con el único objetivo de imponer una determinada ideología mediante mecanismos pedagógicos; y ello aun a costa de sacrificar derechos fundamentales como la presunción de inocencia; a la cual –como no podía ser de otra manera– también se hacen acreedores los presuntos culpables de un delito sexual.

**66. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS
Y RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS
EN LA DIRECTIVA (UE) 2024/1203 DEL PARLAMENTO EUROPEO
Y DEL CONSEJO, DE 11 DE ABRIL DE 2024, RELATIVA
A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE
EL DERECHO PENAL**

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

Recuerdo cuando allá por el año 1982 leí el trabajo del Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi titulado «La Ley penal alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente», publicado en *Cuadernos de Política Criminal*. Su lectura sirvió de guía para mi posterior línea de investigación en materia medio ambiental, línea a la que el Profesor De la Cuesta ha dedicado varios trabajos a lo largo de los años: «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», publicado en *Actualidad Penal*, 1998; «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», en *Revista Penal*, 1999; «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015», en *Revista Penal*, 2015 o más recientemente «Ecocidio y justicia restaurativa en *Criminología verde: alternativas a la impunidad y al punitivismo ante los daños bio-socio-ecológicos*, 2025. El hoy homenajeado es el «responsable» de que me interesara por los delitos contra el medio ambiente y, en especial, por la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en materia medioambiental, dado que las Administraciones Públicas, según el esquema clásico de

las formas de acción administrativa, asumen la ejecución de las políticas ambientales a través de mecanismos muy diversos que se encajan, en aquel esquema, en diferentes formas o títulos de intervención.

I. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La Administración desarrolla un papel prioritario en la actuación medio ambiental y en el despliegue de mecanismos de control para su protección. Las funciones de las Administraciones Públicas en la tutela del medio ambiente se pueden sistematizar en las siguientes:

1. *Función normativa.* La Administración Pública orienta el comportamiento social en aquellas actividades tradicionalmente objeto del Derecho Administrativo, que puedan generar peligros importantes para la incolumidad de bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal, a través de la formulación de reglas de obligatorio cumplimiento para los particulares, tales como Reales Decretos, Reglamentos, Órdenes Ministeriales, etc.

2. *Función de control.* La gestión del medio ambiente es por su propia naturaleza una gestión vinculada a los intereses colectivos y ejercitada por los órganos de la Administración Pública. La Administración ejerce un control normalmente al inicio de la actividad de que se trate. Así sucede con las fórmulas usuales de autorizaciones o licencias para instalaciones de todo tipo (industriales, urbanísticas, agrícolas, etc.), concesiones (de uso del dominio público hidráulico, etc.), y demás exigencias que, respecto a determinadas actividades potencialmente contaminantes o degradantes del medio ambiente, exige o puede exigir el legislador, que permiten a la Administración comprobar hasta qué punto las instalaciones o actividades que solicitan el visto bueno para su puesta en funcionamiento cumplen las previsiones legales también a estos efectos ambientales.

3. *Función de vigilancia.* Como función complementaria a la actividad administrativa de concesión de autorización o licencia hay que añadir la función de la Administración de vigilancia en la evolución del riesgo autorizado y frente a la aparición de riesgos no autorizados a través de inspecciones periódicas obligatorias.

Cobra especial relevancia, por tanto, la autorización, licencia o permiso, términos que se pueden sintetizar en la necesidad de una actividad administrativa por medio de la cual se permite a un particular realizar una actividad que

requiere de control administrativo por entenderse que su ejercicio afecta a intereses públicos.

Conforme al artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, se entiende por autorizaciones «todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado».

Se trata de una limitación, en cuanto que prohibición relativa del ejercicio de determinada actividad, que cede en cuanto que la Administración comprueba que esa actividad se va a realizar cumpliendo las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico en garantía de los intereses públicos que pudieran resultar afectados por la propia ejecución de esa actividad.

Como relata la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, de la Comunidad Valenciana 44/2000, de 19 de mayo: «el procedimiento de las autorizaciones al que ahora nos estamos refiriendo, manifestación expresa de la actividad de policía de la Administración y que los autores definen como «un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias».

La técnica autorizatoria, como actividad de las Administraciones Públicas, presupone una serie de elementos:

En primer lugar, una actividad cuyo ejercicio afecta a intereses públicos y que, por ese motivo, está sujeta al control por parte de la Administración.

En segundo lugar, una potestad administrativa (potestad autorizatoria).

En tercer lugar, un particular que quiere ejercer esa actividad sometida a autorización.

Y en cuarto y último lugar, una actividad de comprobación y control de que el ejercicio de la actividad por el particular cumple con los requisitos que el interés público impone.

La importancia de las autorizaciones administrativas se comprueba, por ejemplo, en el caso de El Nobu, un hotel propiedad del actor Robert de Niro,

situado en el Paseo de Miraconcha, n.º 32, en el lugar de una antigua villa proyectada por el arquitecto Francisco Urcola en 1902 y catalogado en el Plan Especial de Protección del Patrimonio Urbanístico Construido (PEPPUC), que se halla bajo la lupa de autoridades pues, aunque abierto y con actividad, de hecho, las diligencias preprocesales incoadas por la Fiscalía encargaron a la Ertzaintza una inspección, pero no la paralización o clausura. Todo ello parte de una denuncia interpuesta por Áncora, asociación ciudadana para la conservación del patrimonio. Tras la denuncia, y solo tres meses después de abrir, el hotel ya estuvo dos semanas cerrado. El hotel se había inaugurado, con sus cinco estrellas, en verano de 2023. Tras la denuncia de Áncora, y constatándose por la Arquitecta municipal que la última planta del hotel, su cubierta y fachadas habían sido modificadas durante la última fase de la obra rebasando los límites de las licencias otorgadas y su régimen de protección en el PEPPUC, el hotel tuvo que clausurarse. El 5 de diciembre, gracias a otro informe, obtuvo una licencia de Primera Ocupación Parcial que excluía la zona situada bajo cubierta.

Además de las denuncias interpuestas por los vecinos afectados por la altura de la edificación, Áncora denunciaba el derribo no autorizado de fachadas protegidas, destrucción de elementos permanentes (herrería, balcones y alero con sus tornapuntas), alteración de la imagen arquitectónica protegida, levante prohibido en la ficha del PEPPUC, modificación de la morfología de cubierta, incremento edificatorio clandestino y desarrollo de la actividad hotelera entre los meses de agosto y noviembre de 2023 careciendo de licencia.

Desde Áncora «lamentaban» que el Ayuntamiento de la capital donostiarra, encabezado entonces por el alcalde Eneko Goia (PNV), «haga dejación de sus potestades de vigilancia y control, apoyando claramente al infractor». La asociación Áncora criticaba el proceder del Consistorio donostiarra y denunciaba «falta de control» por parte del departamento de Urbanismo «al permitir que el proyecto continuase sin licencia de obra en varias fases». Además, sostienen que la Administración Local «ha colaborado con la propiedad para posibilitar la reapertura del hotel, incluso cuando se demostró que venía operando sin licencia de actividad». Por ello, Áncora insiste en que es necesario «depurar responsabilidades también dentro del propio Ayuntamiento».

La Fiscalía ha elevado el caso al Juzgado por posible delito, ya que se dañaron elementos protegidos de Vista Eder durante los derribos y en la construcción del nuevo edificio.

Otro hotel, otro Nobu, mismo propietario, que abrirá en 2026, es el construido en la playa caribeña favorita de Lady Di, en la isla de Barbuda. Mientras el Gobierno insular ha abierto un nuevo aeropuerto internacional para aviones privados y pequeños, el actor se ha enfrentado a las críticas por explotar y violar el espíritu de la normativa sobre el uso del suelo y apropiarse de las tierras tras el huracán de 2017.

Activistas locales, como el biólogo marino John Mussington, presidente del Consejo de Barbuda, denuncian que el proceso de reconstrucción tras el huracán fue aprovechado para debilitar el sistema tradicional de propiedad comunal de la tierra, vigente en la isla desde el siglo XIX. Para activistas como Gulliver Johnson, esto constituye un «programa de venta de bienes raíces disfrazado de turismo» que amenaza la identidad y la autonomía de la isla.

La disputa ha escalado a los tribunales: varios residentes han llevado su reclamación hasta el Privy Council en el Reino Unido, máxima instancia judicial para Antigua y Barbuda, argumentando que el gobierno carece de autoridad para vender o arrendar tierras en Barbuda sin la aprobación del consejo local.

Detrás de las arenas blancas de Princess Diana Beach, se libra hoy una batalla entre la preservación de la identidad y la seducción de la inversión global.

II. EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Unido a la autorización aparece la figura del funcionario público, dado que el ataque al medio ambiente puede proceder tanto de los particulares alterando antijurídicamente el medio ambiente como de la propia Administración por incumplimiento de sus deberes de control previo (a través de una autorización ilegal) o de vigilancia (omisión de actuar). Sin embargo, el legislador del 83 solo atendió a la penalización de los particulares y no previó penalmente la conducta de quienes actuando en nombre de las Administraciones Públicas posibilitan la realización de los delitos contra el medio ambiente.

Hubo que esperar al Código penal de 1995 para que la intervención penal en esta segunda vía se hiciera efectiva.

El vigente artículo 329 del Código penal establece:

«1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere

silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Para el concepto de funcionario público o autoridad, a efectos penales, hay que acudir necesariamente al artículo 24 del Código penal que establece:

«1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

Con respecto al Código Penal de 1973 no se ha modificado el concepto de funcionario público, pero si se ha ampliado el de autoridad, incluyendo supuestos en los que es más que dudoso que se tenga mando o se ejerza jurisdicción propia, como es el caso de los funcionarios del Ministerio Fiscal.

El concepto de autoridad a que se refiere el artículo 24 lleva como notas inherentes el tener mando o ejercer jurisdicción propia. El mando implica una actividad autoritaria y la jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos.

Desde hace tiempo, nuestra jurisprudencia¹ ha reconocido que funcionario y autoridad no son términos coincidentes, toda vez que el término funcionario es más amplio que el de autoridad, pues comprende todos aquellos que participan del ejercicio de funciones públicas, se hallen o no investidos de autoridad. Por otro lado, el concepto de funcionario que da el artículo 24 del Código penal no coincide con el que da el Derecho Administrativo. La condición de funcionario para el Derecho Penal nace de un doble requisito: el origen del mandato y el contenido de la actividad que una persona desarrolla, lo cual le dota de unos perfiles específicos que lo diferencia del concepto propio del

¹ *Vid.*, a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1985.

Derecho Administrativo de funcionario. El Tribunal Supremo² ha entendido que los conceptos penales en ningún caso son tributarios de los conceptos propios del Derecho Administrativo, por el hecho de que son dos campos del ordenamiento jurídico que persiguen fines distintos y basan su actividad en el principio de independencia. Ello permite englobar penalmente dentro del concepto de funcionario público a todos los que desempeñan una tarea o función pública.

Para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales, tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de incorporación pueden reducirse a una: a la disposición inmediata de la Ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una Ley que las determine. Todo el que realice funciones públicas careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales, así, por ejemplo, el particular que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario.

En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en la función pública. El concepto de funcionario se construye alrededor de la «participación en funciones públicas». Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el artículo 24 del Código penal.

El artículo 329 responde a razones de realismo y eficacia social ante la generalizada actitud de desidia, ineficacia y frecuentemente vergonzosa complicidad de las Administraciones Públicas con competencias medio ambientales a la hora de sancionar y/o denunciar las agresiones al medio ambiente. Un claro ejemplo lo encontramos en la ineficaz protección de la avifauna catalogada, ante la constatada mortandad por interacción con líneas eléctricas, desfasadas y no corregidas en la mayor parte de ocasiones, cuando existen desde hace años instrumentos normativos para esta exigencia de corrección por los operadores industriales.

Si no existiera el artículo 329 se advertiría una enorme laguna en la protección integral del medio ambiente en la medida en que, en muchos casos, la experiencia forense ha venido demostrando la comunicabilidad y coincidencia de intereses entre los particulares infractores y determinados representantes de la Administración Pública en numerosos términos municipales de nuestra geografía.

² Vid., entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1982.

La Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 200/123/CE³ en la letra d) de su artículo 8 se refiere al funcionario público:

«Circunstancias agravantes:

En la medida en que las siguientes circunstancias no formen parte de los elementos constitutivos de los delitos que se refiere el artículo 3, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en relación con los delitos pertinentes a que se refieren los artículos 3 y 4, pueda considerarse circunstancia agravante una o más de las siguientes, de conformidad con el Derecho nacional:

- a) que el delito haya causado la destrucción de un ecosistema o daños sustanciales irreversibles o duraderos a un ecosistema;
- b) que el delito se haya cometido en el marco de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo (40);
- c) que el delito haya llevado aparejado el uso de documentos falsos o falsificados por parte de su autor;
- d) que el delito lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio de sus funciones».

De igual manera, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha elaborado un Proyecto de Política sobre crímenes ambientales conforme al Estatuto de Roma de 18 de diciembre de 2024 donde defienden que los funcionarios públicos pueden cometer el crimen de guerra consistente en saqueo practicando la explotación ilegal de recursos naturales o la confiscación ilegal de tierras.

Conforme al citado Proyecto: «A través de la publicación del presente documento de política, y destacando la relación entre los daños ambientales y los crímenes internacionales, la Fiscalía tiene como propósito alcanzar los siguientes objetivos: a. Afirmar la voluntad del Fiscal de investigar y enjuiciar con rigor los crímenes ambientales, subsanando de ese modo la desatención histórica de la cual han sido objeto; b. Poner de relieve que numerosos crímenes que entran en el ámbito del Estatuto de Roma pueden cometerse por medio de daños ambientales o resultar en dichos daños; c. Poner de relieve la voluntad del Fiscal de establecer un marco institucional que facilite la investigación y el enjuiciamiento efectivos de los crímenes ambientales, en particular mediante la contratación, la capacitación, la colaboración externa y la implementación significativa de medidas adecuadas de seguimien-

³ Vid. corrección de errores de la Directiva en DOUE, núm. 90336, de 15 de abril de 2025, p. 1.

to y evaluación; d. Fomentar y respaldar las iniciativas nacionales de represión de los crímenes ambientales y otras actividades que comportan daños ambientales ilícitos; e. Cooperar y coordinarse con organizaciones de la sociedad civil y otros actores no estatales cuyos conocimientos especializados o acceso a la información les permitan prestar apoyo a medidas de cumplimiento de la ley a escala internacional o nacional; f. Interactuar con agentes empresariales y privados de otro tipo para advertirles de los riesgos jurídicos derivados de sus actividades y de sus cadenas de suministro o carteras; g. Contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional y de mejores prácticas en materia de enjuiciamiento de los crímenes ambientales en la CPI y en otros ámbitos».

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional se refiere en este Proyecto a que «desde la antigüedad, el derecho ha contribuido a la protección del entorno natural frente a los daños injustificados. En la actualidad, todos los sistemas jurídicos del mundo protegen el medio ambiente frente a, por lo menos, algún tipo de daño; en las cinco últimas décadas, han proliferado acuerdos multilaterales orientados a mitigar los efectos del cambio climático y preservar los recursos naturales. Asimismo, el derecho a un medio ambiente sano, reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, forma parte integral de la mayoría de los instrumentos regionales de derechos humanos y se encuentra consagrado en las constituciones o legislaciones nacionales de más de 125 Estados».

Sin embargo, «pese a la importancia que la comunidad internacional le concede al entorno natural, así como a las iniciativas jurídicas encaminadas a su protección, los daños ambientales causados por el ser humano han alcanzado niveles sin precedentes. Estos daños plantean una amenaza directa e inminente tanto a la vida humana como a la no humana, dado que el entorno natural es el sostén de la vida en sí. Además, contribuyen al cambio climático, lo que, a su vez, pone en peligro la vida de forma indirecta. António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, ha afirmado que «la emergencia climática y la degradación incontrolada del medio ambiente plantean una amenaza existencial al mundo tal como lo conocemos»⁹ y el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) ha confirmado recientemente que «se está agotando con rapidez el margen de oportunidad de garantizar a todos un futuro viable y sostenible. [...] Las opciones y medidas por las que nos decantemos a lo largo de este decenio tendrán impacto ahora y durante miles de años».

III. LA ACTITUD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL

La legislación y la acción administrativa han dejado bastante que desear en cuanto a eficacia en la gestión correcta de varias materias relativas a intereses generales, esos que se supone tutela la Administración Pública, conforme al artículo 103 de la Constitución Española; entre estas materias se encuentra la de la protección ambiental, a pesar del rango constitucional (artículo 45 CE).

La actitud de las Administraciones Públicas en materia medio ambiental ha sido objeto de permanentes críticas desde todos los sectores: Desde la Fiscalía General del Estado, desde la Jurisprudencia y desde la doctrina⁴.

La Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 1/1990, en el caso de las aguas marítimas, se refiere a este tema en los siguientes términos: «La especulación, con grandes beneficios para quienes la promueven, así como en ocasiones, la ausencia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales con los ingresos por licencias que a velar por la debida ordenación del territorio y del medio ambiente, hacen que los vertidos y residuos de pueblos y urbanizaciones que surgen sobre las costas y las playas, no estén en condiciones de cumplir con las mínimas exigencias de respeto al medio ambiente».

Asimismo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 señala: «El tema se complica en ocasiones por la inadecuada respuesta administrativa como así asevera el Fiscal de Badajoz (...), también nos sirve para poner de relieve la escasa eficacia de la respuesta meramente administrativa, ineficacia que se concreta en dos puntos: por una parte, la inconsistencia de las sanciones previstas (...) y, por otra parte, la lentitud, incluso desinterés con que la Administración afronta estos hechos».

El tema sigue siendo objeto de tratamiento en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997 donde se alude a «la escasa o nula voluntad de cooperación con la Justicia de la Administración Pública, dado que frente a los hechos denunciados (escasísimos y en la mayoría de las ocasiones no delictivos) existen numerosas actividades delictivas relativas a la contaminación de las que la Administración Pública tiene conocimiento perfecto con motivo de sus funciones de inspección y control y que sin embargo ni se denuncian ni se comunican».

⁴ Vid., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Ecología y Derecho Penal», en *La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en criminología*, 1985, pp. 277-290; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Funcionarios públicos y delitos contra el medio ambiente», en *Estudios Jurídicos – Ministerio Fiscal*, II, 2002, pp. 131-162.

También se ha criticado por parte de la Jurisprudencia la actuación de las Administraciones Públicas en materia ambiental. En este sentido, basta recordar el Auto de 4 de octubre de 1989 donde el Juez de Instrucción núm. 3 de los de Valencia, ante la imposibilidad de evitar el aterramiento de una de las pocas zonas húmedas de la provincia, en la que sobreviven especies protegidas regresivas, decretaba dejar sin efecto la paralización de las obras de aterramiento, sin perjuicio, dice: «de las responsabilidades que a partir de este momento asuma la Generalitat Valenciana y las empresas denunciadas por este aterramiento».

La Administración, en ocasiones, ha actuado de manera un tanto irregular. Un ejemplo de dicha irregularidad se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, pronunciada con motivo de las emisiones de la Central Térmica de Cercs. En este caso se planteó la actuación de una Administración (la del Estado) que, mediante normas de rango inferior, autorizaba índices de concentración de sustancias contaminantes más elevadas que las permitidas por Leyes y Reglamentos. La sentencia indica que ello «constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras. Aun en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de Ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que se autorizasen inmisiones o vertidos en límites peligrosos e inadmisibles con arreglo a normas internacionalmente admitidas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato del artículo 45 de la Constitución por lo que la norma devendría inconstitucional». Y, añade: «Si examinamos el contenido de algunas de las comunicaciones de la Administración Central se puede llegar a la conclusión de que la permisividad y la excesiva tolerancia de éstas, podrían hacer pensar a los responsables de la Central Térmica que la Administración autorizaba las emisiones excesivas».

Otro ejemplo de esa actuación irregular lo constituye el caso de Endesa por contaminación de lluvia ácida en la comarca de «Els Ports» en Castellón. La Dirección General de Industria procedió a elevar irregularmente los niveles de emisión de partículas sólidas y de dióxido de azufre de la central térmica para facilitar el incremento de la producción de la central.

Asimismo, critica la actuación de las Administraciones Públicas la sentencia de 9 de mayo de 1991 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia: «Parece lamentable que las inspecciones efectuadas por la Administración, base fáctica imprescindible de la potestad sancionadora de la Administración y de un eventual proceso penal, no se hayan realizado con el cuidado necesario para poder individualizar responsabilidades»; o la sentencia de la Audiencia

Provincial de Murcia de 26 de mayo de 1994, relativa a los vertidos y contaminación de la Bahía de Portman, que estima que la responsabilidad por el daño causado no puede achacarse a los directivos de la empresa minera «ya que siempre actuaron con la autorización de los órganos administrativos encargados de señalar la licitud de su actividad (...). La insuficiencia de la legislación y la inadecuada actuación de los órganos de la Administración han impedido que la pretensión penal tuviera éxito»; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995: «Asimismo consta en autos que la Administración era conocedora de la existencia de dicha empresa, (...) y si bien era apercibida para que realizara controles conforme a la legalidad vigente, era tácitamente consentida su conducta, dándose por satisfecha la Administración con el hecho de que la misma suscribiese un plan de descontaminación progresivo para la zona, si bien nunca adoptó las medidas necesarias para comprobar el efectivo cumplimiento de su compromiso, sin que en estos momentos resulte ajustado a Derecho hacerle responsable de una pasividad administrativa tolerante con una situación de hecho».

Pues bien, también la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE muestra en su considerando 28 la preocupación por la actitud de los funcionarios al afirmar:

«28) En los procesos penales y en los juicios, debe tenerse debidamente en cuenta la implicación de grupos delictivos organizados que operan de formas que repercuten negativamente en el medio ambiente. Los procesos penales por delitos medioambientales deben abordar la corrupción, el blanqueo de capitales, la ciberdelincuencia y el fraude documental, además de, en relación con las actividades empresariales, la intención del delincuente de maximizar los beneficios o ahorrar gastos. Estas formas de delincuencia están a menudo interrelacionadas con formas graves de delincuencia medioambiental y, por lo tanto, no deben tratarse de forma aislada. En particular, también suelen causar daños sustanciales al medio ambiente y a la salud humana, incluidos efectos devastadores en la naturaleza y las comunidades locales. Además, es especialmente preocupante que algunos delitos medioambientales se cometan con la tolerancia o el apoyo activo de las administraciones o los funcionarios competentes en el desempeño de su función pública. En algunos casos, dicho apoyo puede incluso adoptar la forma de corrupción. Algunos ejemplos de tales comportamientos son hacer la vista gorda o guardar silencio ante la infracción del Derecho medioambiental después de inspecciones; omitir deliberadamente inspecciones o controles, por ejemplo, con respecto a si el titular del permiso respeta las condiciones de este; apoyar resoluciones o votar a favor de la concesión de licencias ilegales o emitir informes favorables falsificados o no veraces».

IV. TRES RASGOS DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1203 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE ABRIL DE 2024 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL Y POR LA QUE SE SUSTITUYEN LAS DIRECTIVAS 2008/99/CE Y 2009/123/CE

Tras constatar el aumento de delitos medioambientales y abogar por la intervención del derecho penal, la Directiva (UE) 2024/1203 en su considerando 10 dice: «Una conducta debe ser ilícita, aunque se lleve a cabo con una autorización expedida por una autoridad competente de un Estado miembro si dicha autorización se hubiera obtenido de manera fraudulenta o mediante corrupción, extorsión o coerción. Además, tener dicha autorización no debe impedir que su titular sea considerado responsable penalmente en caso de que la autorización incumpla manifiestamente requisitos jurídicos materiales pertinentes. «Incumplir manifiestamente requisitos jurídicos materiales pertinentes» debe interpretarse en el sentido de un incumplimiento evidente y sustancial de requisitos jurídicos materiales pertinentes, sin que se pretenda incluir incumplimientos de requisitos de procedimiento o elementos menos relevantes de la autorización. Ello no traslada de las autoridades competentes a los operadores la obligación de garantizar que las autorizaciones sean lícitas. Además, cuando se exija una autorización, el hecho de que la autorización sea lícita no excluye que pueda ejercerse una acción penal contra el titular de la autorización cuando dicho titular no cumpla todas las obligaciones de la autorización u otras obligaciones legales que no queden cubiertas con la autorización».

Y añade en el siguiente considerando: «11. Además, es necesario que los operadores adopten las medidas necesarias para cumplir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables en relación con la protección del medio ambiente cuando lleven a cabo la actividad correspondiente, incluido el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el Derecho de la Unión y nacional aplicable, en relación con los procedimientos para la modificación o actualización de las autorizaciones vigentes. Esto también debe aplicarse a las obligaciones del titular de la autorización de actualizar y renovar dicha autorización».

Por otro lado, en el artículo 3 se dispone que una conducta será ilícita cuando infrinja:

«1.b) alguna disposición legal, reglamentaria o administrativa de un Estado miembro o alguna decisión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, que dé cumplimiento al Derecho de la Unión a que se refiere la letra a).

Dicha conducta será ilícita incluso cuando se lleve a cabo con una autorización expedida por una autoridad competente de un Estado miembro si dicha autorización se hubiera obtenido de manera fraudulenta o mediante corrupción, extorsión o coerción, o si dicha autorización incumple de manera manifiesta requisitos jurídicos materiales pertinentes».

67. RELEVANCIA PENAL DE LAS VIOLENCIAS SEXUALES SOBRE HUMANOS UTILIZANDO ANIMALES

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/MARÍA A. TRAPERO BARREALES
Catedráticos de Derecho Penal
Universidad de León (España)

*Para nuestro querido amigo y compañero José Luis de la Cuesta
Arzamendi, con todo afecto y con nuestro deseo de muchos años más de
producción académica y, sobre todo, de felicidad personal*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es analizar la respuesta del Derecho Penal a las violencias sexuales sobre seres humanos cometidas utilizando animales, hoy considerados seres sintientes¹, que, a su vez podrían resultar tam-

¹ El art. 333 bis del Código Civil (CC) dispone que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Sobre la terminología utilizada en el CC, y la que se utiliza en las ciencias sobre bienestar animal (sentiencia o sintiencia, seres sintientes), véase GIMÉNEZ-CANDELA, M., «Descosificación de los animales en el CC. español», en *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*. Volumen 9, n.º 3, 2018, pp. 9 ss.; Transición animal en España, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, *passim*, y, en especial, pp. 160 ss., 168 ss., 201 ss., 213 ss., 226 ss. Porque, como explica MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ, N., «La modernización del estatuto del animal en la legislación civil española», en *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, volumen 9, n.º 3, 2018, p. 58, la sentiencia animal es una realidad científica. En el ámbito jurídico, la evolución también ha venido impulsada por la normativa internacional, y más específicamente por la normativa de la Unión Europea (UE), ya desde el último cuarto del siglo pasado. Véase, sobre este particular, HAVA GARCÍA, E., «La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXXI, 2011, pp. 262 ss., sobre los primeros textos normativos de la UE sobre protección del bienestar animal (de 1974) hasta llegar a su reconocimiento en el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

bién sujetos pasivos², si se entiende que los animales son titulares de derechos, tal como parece deducirse de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales y, sobre todo, de la reforma de los delitos contra los animales aprobada mediante Ley Orgánica (LO) LO 3/2023, de 28 de marzo³.

Previamente ha de aclararse que no se va a realizar un análisis de todas las violencias sexuales en las que se ven involucrados humanos y animales; este estudio se va a centrar principalmente en los actos que encajan en la descripción del delito de violación/delito de agresión sexual agravada por la conducta sexual, si la víctima es menor de 16 años (arts. 179 y 181.4 CP), o, en su caso, en el de agresión sexual (arts. 178 y 181.1 CP), actos sexuales los primeros que, de analizarse desde la perspectiva del sujeto pasivo animal, serían subsumibles en el término bestialismo⁴. No se explicarán otras violencias sexuales, en particular otros delitos sexuales, en las que puede presentarse la relación triangular, en concreto, conductas que, con víctimas humanas, son subsumibles en los delitos de pornografía infantil⁵. Tampoco se entrará en la

² El término sujeto pasivo tiene un doble sentido jurídico-penal, como sujeto pasivo de la acción y como sujeto pasivo del delito o titular del bien Al respecto, más ampliamente, entre otros muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./RAMOS MARTÍNEZ, L. M., «Los animales en el Código Penal: una visión panorámica», en Santana Vega, D. M./Pérez Luzardo, O. L./Corbera Sánchez, J. A. (dirs.)/Cazorla González, C. (coord.), *Nuevas perspectivas sobre la protección de los derechos y el bienestar de los animales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 507 ss., 509 ss., 511 ss., 518 ss.

³ Por razones de extensión no se va a analizar el tratamiento jurídico-penal de las violencias sexuales respecto del sujeto pasivo animal. Sobre nuestra visión al respecto nos remitimos a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M.A., «Violencias sexuales sobre seres sintientes: un análisis desde el Derecho Penal», en dA. *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, en prensa.

⁴ Se utiliza el término bestialismo en su definición dada por el Diccionario Panhispánico del español jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/bestialismo>), descartando otros términos que se han propuesto, como el de abuso sexual o el de violencia sexual contra los animales, concepto este segundo que abarcaría actos sexuales que, en el caso de víctimas humanas, se subsumen en los delitos de violación y de pornografía infantil. Optan por el término abuso sexual, entre otros, JIMÉNEZ LÓPEZ, I., *Violencia sexual contra animales*, Barcelona: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2019, p. 67; AZNAR DOMINGO, A./MARTÍN GARCÍA, F., «Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», en *La Ley Penal*, n.º 166, 2024, p. 6. Mencionan el término ataque sexual interespecie, por las similitudes con los abusos sexuales a humanos, FERRARI, M./REVOLLO, A./CUELLAR, J./MANZANELLI, F./VALDI, A. L./REYES-PLAZAOLA, P./DÍAZ-VIDELA, M., «Trastornos de atracción sexual hacia animales: clasificación diagnóstica basada en una revisión sistemática», en *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, volumen 25, n.º 2, 2020, p. 132. Usan el término violencia sexual, RENDÓN PÁEZ, D. L., et al., «Violencia sexual sobre los animales: una perspectiva profesional y ética veterinaria», en *Anales de Veterinaria de Murcia*, n.º 38, 2024, p. 2. Sobre estos conceptos abuso sexual y violencia sexual, COMPANY FERNÁNDEZ, A., «Violencia sexual hacia los animales», en Soria Verde, M. Á./Querol i Viñas, N./Company Fernández, A. (coords.): *Violencia contra los animales. Relevancia en la investigación criminal y la delincuencia violenta*, Madrid: Pirámide, 2021, p. 89; JIMÉNEZ LÓPEZ, I., *op. cit.*, pp. 45, 66, 67.

⁵ En la jurisprudencia se encuentran referencias a condenas por delitos de pornografía infantil donde los menores están involucrados y participan en actos de bestialismo. Véanse, por ejemplo, STS 674/2010, 5 de julio (ECLI:ES:TS:2010:3968); STS 12/2015, 20 de enero (ECLI:ES:TS:2015:2); STS 959/2023, 21 de

explicación de otros delitos que pueden cometerse conjuntamente con el de violencia sexual. Por ejemplo, porque el contacto sexual con el animal pueda acarrear daño o menoscabo de la salud o, incluso, la muerte de la persona⁶.

Recientemente se han aprobado varias reformas legislativas relevantes que, en mayor o menor medida, han podido tener impacto en el análisis que va a llevarse a cabo: por un lado, la conocida como «Ley de solo sí es sí», la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; por otro lado, y sobre todo, la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales y la ya mencionada Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales⁷.

II. ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO PASIVO HUMANO

El concepto «violencia sexual» ha sido definido en la LO 10/2022 (art. 3.1) como cualquier acto sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado. La definición se completa con la enumeración de comportamientos que, en todo caso, se consideran violencias sexuales (art. 3.1 párrafo segundo), entre los que se incluyen todos los delitos del Título VIII del Libro II CP, es decir, los delitos contra la libertad sexual.

Como ya se ha señalado, nos interesan los delitos de agresiones sexuales, que, simplíficamente, desde la reforma de la LO 10/2022, consisten en realizar actos de naturaleza sexual sin el consentimiento del sujeto pasivo

diciembre (ECLI:ES:TS:2023:6007). Otro posible delito contra la libertad sexual que puede cometerse involucrando a menores y animales sería el de hacer presenciar a menor de 16 años actos de carácter sexual, art. 182 CP. Sobre este delito, véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M. A., «Breves apuntes sobre aspectos objetivos del tipo básico del delito de hacer presenciar al menor de 16 años un acto sexual (art. 182.1 CP)», en Gómez Tomillo, Manuel *et al* (coords.): *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Valladolid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2024, pp. 815-826; «El delito de hacer presenciar actos de carácter sexual a un menor de 16 años», en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, n.º 18, 2025, pp. 1-33, en prensa.

⁶ COMPANY FERNÁNDEZ, A., *Violencia sexual hacia los animales*, pp. 94, 104, menciona enfermedades como la rabia, la leptospirosis, echinococosis, pudiendo llegar a ser enfermedades mortales.

⁷ Completa esta enumeración legislativa la LO 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), en materia de maltrato animal, que tiene relevancia en el análisis de las violencias sexuales animales, que no será objeto de este trabajo.

(arts. 178 y 181.1 CP) y las agravadas por acceso carnal o introducción de miembros u objetos (arts. 179 y 181.4 CP)⁸.

1. La violencia sexual antes de la reforma de la Ley 17/2021

Antes de la reforma del CC llevada a cabo por la Ley 17/2021 los animales se reputaban cosas muebles (antiguos arts. 333 y 335 CC). Por otro lado, en este momento la regulación de los delitos sexuales era también diferente: las agresiones sexuales eran actos sexuales realizados utilizando violencia o intimidación; el resto de actos sexuales no consentidos (por falta de consentimiento, consentimiento inválido o consentimiento viciado) recibían el nombre de abusos sexuales. La diferencia entre agresiones y abusos sexuales, por tanto, se centraba en los medios o circunstancias invalidantes del consentimiento; al margen de esta distinción, y dejando a un lado la otra distinción relativa a la edad del sujeto pasivo, que implicaba también un diferente marco penológico, las conductas subsumibles en los antiguos delitos de agresión y abuso sexual eran las mismas.

Hechas estas aclaraciones sucintas, deberemos resumir drásticamente el debate principal que se producía, básicamente, sobre la calificación jurídico-penal de determinadas conductas englobadas bajo el término bestialismo, esto es, el acceso carnal de un hombre o una mujer con un animal⁹, adaptado con la idea de no consentimiento de un ser humano: ha de haber una persona que «obligue» a otra a realizar el acceso carnal con un animal. Y, además, dentro del concepto bestialismo también se incluirá el acto consistente en que el autor «obligue» a otra persona a realizar la conducta de introducción de un animal o miembros corporales del animal por vía vaginal o anal.

En este momento la discusión se centraba en si este comportamiento podría castigarse como delito de violación (antiguo art. 179 CP) o, si recaía sobre menor de 16 años, de agresión sexual agravada por la conducta sexual (antiguo

⁸ Arts. 178 y 179 CP para conductas sobre mayores de 16 años y 181.1 y 4 CP sobre menores de esa edad.

⁹ El DLE presenta como términos sinónimos bestialismo y zoofilia, definiendo este segundo como relación sexual de personas con animales y, en primer lugar, como amor por los animales (<https://dle.rae.es/zoofilia>), por lo que aquí utilizaremos, para mayor claridad. Distinguiendo ambos términos, aunque por razones diferentes, entre otros, RENDÓN PÁEZ, D. L., *et al*, *Violencia sexual sobre los animales*, p. 3; COMPANY FERNÁNDEZ, A., *Violencia sexual hacia los animales*, pp. 89 s., 94, 100.

art. 183.3 CP) o, por el contrario, había que reconducir este hecho al genérico delito de agresión sexual de los antiguos arts. 178 o 183.2 CP)¹⁰.

Dificultades suponía la interpretación que dejaba fuera de las conductas de acceso e introducción las de hacerse acceder o accederse y hacerse introducir o introducirse, o incluso la consideración de la conducta como de propia mano¹¹.

De no superarse estos y otros obstáculos, para un sector doctrinal la calificación procedente era la de agresión sexual, con la sencilla explicación de que este hecho no encajaba en el delito de violación, pero sí en el de agresión sexual, dada la amplitud de la fórmula utilizada en su redacción («El que atentar contra la libertad sexual de otra persona...»)¹², si bien hay quien pedía una

¹⁰ Las calificaciones de agresiones sexuales y violación procedían si el acto sexual con el animal se realizaba utilizando violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo humano. Faltando estos y el consentimiento del sujeto pasivo, la calificación sería abuso sexual o abuso sexual agravado del antiguo art. 181.1-3 o 4 CP. Y, a partir de la reforma de 2010, se tenía que hacer una segunda distinción en las agresiones y abusos sexuales, atendiendo a si el sujeto pasivo era menor de 13 años, o de 16 años a partir de la reforma de 2015. Con la reforma de 2022 se unifican agresiones y abusos sexuales, pero se mantiene la distinción entre agresiones a menores y mayores de 16 años. De descartarse la aplicación de los delitos sexuales, queda expedita la vía de la aplicación del delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP. A él recurre la STS 95/2010, 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1005), para castigar al sujeto que obliga a su pareja a practicar una felación al perro.

¹¹ De propio pene, en expresión de ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Madrid: Reus, 2019, p. 249.

¹² Véase, de esta opinión, CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales», en Cobo del Rosal, M. (coord.): *Derecho Penal español. Parte especial*, 2.ª, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 248, 260; «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2005, p. 1183; «Protección penal de los menores en el marco de algunos supuestos agravados del art. 180», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2007, p. 184. También subsumen los actos de bestialismo en el art. 178 ORTS BERENGUER, E., «Arts. 178-179», en Vives Antón, T. S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995, volumen I (Arts. 1 a 233)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 910; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996 (de la LO 3/1989 de 21 de junio a la LO 10/1995 de 23 de noviembre)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º VII, 1997, p. 54; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 81, 124, 191, 218; *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 182 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona: JM Bosch, 2011, pp. 182, 183, recurriendo al concurso de delitos con el delito contra la integridad moral. ASUA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria: Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 93, critica que no pueda subsumirse en el delito de violación la utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima. No aclara si constituye un delito de agresión sexual o uno de violación, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Agresiones y abusos sexuales a menores», en Lameiras Fernández, M./Orts Berenguer, E. (coords.): *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 73.

redacción nueva para que resultara indubitada la inclusión de la conducta que nos ocupa¹³.

Otro sector entendía que el supuesto no encajaba en violación del art. 179 CP, pues parecía que el precepto pensaba en los casos que era el autor quien llevaba a cabo el acceso; también quedaba descartada la introducción de objetos, si se entendía que estos eran cosas inanimadas. Eso sí, se advertía que eran hechos que merecían un castigo penal, cuanto menos, próximo al de la violación¹⁴.

Otros planteaban un tratamiento diferenciado dependiendo del ánimo que guiara al autor del delito, encajando en la violación si había ánimo libidinoso y no si el ánimo era otro, como hacer sufrir a la víctima obligándola a la conducta con animales (en este caso cabría un delito contra la integridad moral)¹⁵.

En relación con menores de 16 años (antes de 2022) algún autor recurría al delito de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual¹⁶, modalidad típica suprimida en la reforma de 2022.

Por último, un sector doctrinal entendía que había violación, en la modalidad de introducción de objetos, teniendo como punto de referencia la inter-

¹³ CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019, pp. 81 s.

¹⁴ De esta opinión, GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-04, 2005, pp. 8 s.; «Artículo 179», en Gómez Tomillo, M. (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 489. Parecen adherirse a la tesis de este autor MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales*, pp. 182 s.; GONZÁLEZ TASCÓN, M., *Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual. Repercusiones de la reforma del Código Penal por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023*, Madrid: BOE, 2025, p. 78 n. 55. Parece adherirse VILLALBA LÓPEZ, N., «Lo anciano y lo (no tan) nuevo de los delitos contra la libertad sexual de adultos en el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual 2021», en De Pablo Serrano, A./Martín Moral, M. F./Tapia Ballesteros, P. (dirs.): *Retos pendientes en el camino hacia la igualdad de las mujeres en el siglo XXI. Debates en el ámbito del Derecho, la Criminología, la Sociología y los medios de comunicación*, Madrid: Reus, 2021, p. 180. Por su parte, para ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en González Cussac, J. L. (coord.): *Derecho Penal. Parte especial*, 7.ª, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 228, plantea dudas de si es un delito de violación utilizar un animal vivo, porque en rigor no es un objeto ni es un miembro corporal humano. Con anterioridad ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos contra la libertad sexual», en Zúñiga Rodríguez, L./Méndez Rodríguez, C./Diego Díaz-Santos, M. R. (coords.): *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid: Colex, 2001, p. 36, concluían que, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el acceso carnal con animales debería ser subsumido en el delito del art. 179 CP.

¹⁵ GARCÍA VALDÉS, C./FIGUEROA NAVARRO, C., «El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica», en Carbonell Mateu, J. C. et al (coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 394 s.

¹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 183 bis», en Gómez Tomillo, M. (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, p. 526; ASENSIO GALLEGO, J. M./GONZÁLEZ VEGA, I., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Análisis sustantivo y procesal*, Porto: Jurua, 2019, p. 106.

pretación de los delitos patrimoniales, donde los animales tienen la calificación de cosa mueble¹⁷.

También se proponía dar una interpretación más amplia al término objeto, que atendiera a la finalidad del tipo, para que no se circunscribiera a cosas inertes, y, de esta manera, se pudiera castigar a través del delito de violación la introducción de un animal o una parte de él por vía vaginal o anal¹⁸.

2. La violencia sexual después de la reforma de la Ley 17/2021

La Ley 17/2021 introduce modificaciones importantes en el CC; en primer lugar, cambia la redacción del art. 333 CC, disponiendo que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes muebles o inmuebles. Y se añade un segundo párrafo, estableciendo que también pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes. Y, en segundo lugar, y fundamentalmente, se introduce el art. 333 bis CC, en el que se dispone (en el numeral 1) que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, con el añadido de que solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

Este cambio ha generado nuevos problemas, añadidos a los anteriores, en nuestro tema.

a) OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN

En primer lugar, en relación con las conductas relativas al acceso carnal y, en menor medida, a la introducción de objetos u órganos corporales, se ha

¹⁷ ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 100 s., si bien ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., *La reforma*, p. 36, han mantenido la opinión contraria; CUGAT MAURI, M., «Artículo 179», en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Tomo I, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 337. Más detalladamente, Díez RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 178-183», en Díez RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 276, 279, 288. Parece defender esta tesis LAMARCA PÉREZ, C., «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 27, 1996, p. 52 n. 13. Por su parte, es probable que sí acabe subsumiendo los actos de bestialismo en el art. 179 CP, sin especificar exactamente en qué conducta (si en acceso o en introducción) VILLALBA LÓPEZ, N., *Lo anciano y lo (no tan) nuevo*, pp. 181 s., 188, pues, aunque no se refiere expresamente a estos actos, propone otra interpretación referida a la justificación de la mayor gravedad de los actos del art. 179 CP, no desde la libertad sexual, sino desde la mayor o especial incidencia en la dignidad personal.

¹⁸ CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, pp. 98 s. n. 163. Ya antes, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999», en *Actualidad Penal*, n.º 42, 1999, p. 789.

entendido por algunos que estas han de consistir en acceder y en introducir, quedando fuera las conductas consistentes en hacerse acceder y hacerse introducir¹⁹. Esto significa que ha de ser el autor el que acceda, o, a lo sumo, que sea un tercero a instancias del autor el que acceda, lo que descartaría los casos en los que es el animal el que accede a instancias del sujeto activo, y también aquellos en que el sujeto pasivo se hace acceder por el animal. También ha de ser el autor el que introduzca, en este caso miembros corporales u objetos, o a lo sumo que sea un tercero a instancias del sujeto activo el que los introduzca, quedando descartado el supuesto en el que el sujeto pasivo se introduce o se hace introducir. Solo quedaría la posibilidad de recurrir al delito de violación para el caso de que sea el autor el que introduce el animal en vía vaginal o anal, si se interpreta que el animal es un objeto, lo que a partir de la reforma del CC no es del todo fácil, como se explicará más adelante.

El segundo obstáculo, en parte vinculado con el anterior, y referido a la conducta de acceso carnal, se derivaría del entendimiento por algunos de la violación como delito de propia mano, lo que significaría que ha de ser el autor el que realice personalmente la conducta consistente en acceder por vía vaginal, anal o bucal²⁰.

El tercer obstáculo para incluir los actos de bestialismo, en particular, el relativo al acceso carnal, se deriva de la interpretación por un sector de que este delito implicaría una relación interpersonal²¹, excluyendo así los actos sexuales con animales.

¹⁹ Sobre la interpretación de acceder, por todos, MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales*, pp. 177 ss., 218; «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. B./Esquinas Valverde, P. (dirs.)/Morales Hernández, M. Á. (coord.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 293 s.; MUÑOZ CLARES, J., «STS de 13 de diciembre de 2006 (Sala Segunda, Rec 519/2006). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Agresión sexual/Principios penales. Tutela judicial efectiva», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, 2007, pp. 4 ss., 6 ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 179», pp. 482, 487 s.; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 2023, nm. 9307-9308 (pp. 1096 s.).

²⁰ Véase, entre otros, BEGUÉ LEZAÚN, J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril*, Barcelona: Bosch, 1999, pp. 35, 58, 87, 103; GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Penal sexual*, p. 16; más claramente QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 7.ª, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 228, 240, para las agresiones y violación, excluyendo expresamente en el art. 179, en la modalidad de acceso carnal, la posibilidad de aplicar la autoría mediata; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./DEL MOLINO ROMERA, M., «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en De Vicente Remesal, J. et al (dirs.): *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, volumen II, Madrid: Reus, 2020, pp. 2036, 2037.

²¹ Véase, por todos, ORTS BERENGUER, E., *Arts. 178-179*, p. 911; *Delitos contra la libertad*, p. 227; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, p. 282; GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Penal sexual*, pp. 8 s.; Artículo 179, p. 489; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales*, pp. 176 ss.; *De los abusos y*

Este mismo problema se extiende a la modalidad de introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal, pues también aquí se entiende por algunos referido a miembros corporales humanos, como dedos o lengua²².

El cuarto obstáculo para incluir los actos de bestialismo en el delito de violación, ahora en relación con la introducción de objetos por vía vaginal o anal, superada la interpretación que entiende por objetos cosas inanimadas²³ e, incluso, sustitutivos del órgano genital masculino y adecuados para dar significado sexual al acto de introducción²⁴, viene del cambio de naturaleza de los animales en la Ley 17/2021, pasando de cosas muebles a seres sintientes²⁵. Este cambio supondría que los animales ya no podrían ser considerados objetos o cosas y, por tanto, quedarían excluidos.

b) LA POSIBLE SUPERACIÓN (O NO) DE LOS OBSTÁCULOS

El primer obstáculo puede ser superado fácilmente, pues no es cierto que las conductas descritas en el art. 179 CP sean acceder o introducir. Literalmente este precepto hace referencia a cuando la agresión sexual consista en acceso... o introducción; no se están usando verbos para describir las conductas típicas, sino que en su lugar se utilizan términos que sirven para referirse tanto a la acción como al efecto o, si se quiere, a la existencia del acto. Desde puntos de vista valorativos no se percibe diferencia entre las conductas de acceder y hacerse acceder²⁶, y, en la medida en que también se ve involucrada personal-

agresiones, p. 183; *De las agresiones y abusos*, pp. 293 s.; CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas*, pp. 223 s.; MOYA FUENTES, *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023: especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 149; «Agresiones sexuales sobre adultos», en Álvarez García, F. J. (dir.)/Ventura Püschel, A. (coord.): *Tratado de Derecho Penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 4.ª, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 1218.

²² Véase, más ampliamente, por todos, MOYA FUENTES, M. M., *Las agresiones sexuales*, pp. 153 ss., 155; *Agresiones sexuales sobre adultos*, pp. 1220 s., quien afirma expresamente que el animal, en rigor, no es un miembro corporal.

²³ Véase, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Penal sexual*, pp. 8 s.; *Artículo 179*, p. 489.

²⁴ Definición de ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., *La reforma*, p. 35; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad*, p. 99. Entre otros muchos, véase también las definiciones de MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones*, p. 183; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Agresiones y abusos*, p. 73; y CANCIO MELIÁ, M., *Delitos contra la libertad*, nm. 9305 (p. 1096).

²⁵ MOYA FUENTES, M. M., *Las agresiones sexuales*, p. 155; *Agresiones sexuales sobre adultos*, p. 1221, excluye de la modalidad de introducción de objetos la utilización de un animal vivo, pues en rigor no es un objeto.

²⁶ Véase, más ampliamente, entre otros muchos, ORTS BERENGUER, E., *Arts. 178-179*, p. 913; ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., *La reforma*, pp. 33 s.; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad*, p. 26; CUGAT MAURI, M., *Artículo 179*, p. 337; Díez RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, pp. 282 ss.; CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 223 s.; MOYA FUENTES, M. M., *Las agresiones sexuales*,

mente la víctima (el acto recae sobre el cuerpo de la víctima), tampoco hay diferencia valorativa entre la conducta consistente en introducir miembros corporales u objetos a la víctima y la conducta de la víctima que se introduce a sí misma miembros corporales u objetos²⁷.

La superación de este primer obstáculo significa que, en el acceso carnal, consistente tanto en acceder como en hacerse acceder por vía vaginal, anal o bucal, habrá de estar involucrada una persona (el autor o un tercero) o un animal provisto de pene. El sujeto activo realizará el acceso carnal no consentido por el sujeto pasivo estando dirigiendo al animal, «instrumentalizándolo», o el sujeto pasivo, sin consentir este hecho, será el que acceda o se haga acceder carnalmente por el animal. Y en la introducción de (objetos o) miembros corporales, consistente tanto en introducir como en hacerse introducir, habrá de estar implicado un animal provisto de miembros corporales. Igualmente, el sujeto activo realizará la introducción de miembros corporales no consentida por el sujeto pasivo dirigiendo al animal, «instrumentalizándolo», o el sujeto pasivo, sin consentir este hecho, será el que se introduzca los miembros corporales del animal por vía vaginal o anal o, incluso, introduzca sus miembros corporales en la vía vaginal o anal, para el caso de que el animal esté provisto de estas cavidades. Parece que quedaría fuera del delito la conducta consistente en introducir, introducirse o hacerse introducir animales enteros vivos, pues en puridad el animal entero no es un miembro corporal (no podemos detenernos aquí en si ello tiene sentido desde puntos de vista político-criminales ni en si el aparente problema que a la inclusión de ese supuesto plantea el tenor legal

p. 149; *Agresiones sexuales sobre adultos*, p. 1218; GONZÁLEZ TASCÓN, M., *Las agresiones*, p. 76; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M. A., «El delito de agresión sexual: análisis de la conducta típica de los arts. 178.1 y 4 y 181.1 y 3 del Código Penal», en *Ius Criminale*, n.º 3, 2025, pp. 19 s.; «La conducta típica en el tipo básico de agresiones sexuales», en *Libro homenaje al profesor Romeo Casabona*, en prensa. Jurisprudencialmente la cuestión ha sido resuelta también en este sentido. Véase el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 25 de mayo de 2005.

²⁷ También debe ser subsumida en el art. 179 CP la conducta consistente en hacer que la víctima introduzca miembros corporales al autor o a un tercero, aunque no podemos analizar si valorativamente es equiparable. CUGAT MAURI, M., *Artículo 179*, p. 337, considera aplicable el delito de violación tanto cuando el autor penetra con objetos a la víctima como cuando obliga a esta a que se los introduzca a sí misma, pero lleva al delito de agresión sexual del art. 178 la conducta de obligar a la víctima a introducir objetos al autor o a un tercero. Véase, en este sentido también, MONGE FERNÁNDEZ, *De las agresiones y abusos*, p. 294. En términos parecidos ORTIZ BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad*, p. 101, si bien califican como violación también el caso en el que la víctima es obligada a introducir objetos a un tercero. Y Díez RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, pp. 286 s., defiende la misma interpretación en acceso y en introducción que, por tanto, abarcarían las conductas de acceder y hacerse acceder, introducir y hacerse introducir, pero aclara que no se ha de perder la vinculación de la modalidad comisiva de introducción con el concepto de acceso carnal y, en consecuencia, debe tratarse de una relación entre dos personas, resultando discutible que se incluyan las hipótesis en que la víctima se introduce a sí misma miembros corporales u objetos.

—el principio de legalidad, por tanto— podría superarse entendiendo que la introducción del animal entero supone la de sus miembros, si los tiene).

El segundo obstáculo también se supera fácilmente. Si atendemos a la redacción actual del delito de violación, ha de descartarse que este se haya construido como delito de propia mano, con la misma aclaración del tenor literal que acabamos de hacer. Así, caben tanto los casos de autoría propia como los de utilización de un instrumento para llevar a cabo la conducta de acceso carnal o de introducción de objetos o miembros corporales²⁸.

Ello supone que puede ser subsumido en el delito de violación el acceso carnal con animal, utilizando a este como «instrumento» para llevar a cabo esta conducta, tanto en su forma activa de acceder como en la pasiva de hacerse acceder. El acceso carnal está vinculado a las vías vaginal, anal o bucal, lo que implica también que han de ser animales provistos de características corporales que permitan el acceso (activo o pasivo) por esas vías, pudiendo así plantear las diferentes combinaciones posibles atendiendo al sujeto pasivo humano, hombre o mujer. Y en la modalidad de introducción de miembros corporales el animal será utilizado como «instrumento» por el sujeto activo para realizar esta conducta, tanto en su forma activa como en la pasiva de hacerse introducir, o en la reflexiva de introducirse a sí mismo. El animal tendrá que estar provisto nuevamente de miembros corporales adecuados a lo anterior. Subsiste la duda del encaje en el delito de violación de la introducción del animal entero vivo (con los matices planteados anteriormente).

El tercer obstáculo, derivado de la interpretación de los delitos sexuales como delitos interpersonales, también puede ser superado. Nuevamente, el tenor literal del art. 179 CP no es concluyente sobre este particular, y tampoco lo es si se conecta con el delito de agresión sexual del art. 178 CP. En este precep-

²⁸ Véase, entre otros muchos, ORTS BERENGUER, E., *Arts. 178-179*, p. 924; *Delitos contra la libertad*, p. 229; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad*, pp. 77, 103, 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en Luzón Peña, D.-M. (dir.): *Enciclopedia Penal Básica*, Granada: Comares, 2002, p. 172; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, pp. 338 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales*, pp. 144 ss., 196 ss., 213 s.; *De los abusos y agresiones*, pp. 149 ss.; «Las Manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 130, 173 s.; CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas*, pp. 227, 352, pero esta autora, una vez que se han reformado las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años en 2015, estos delitos sí estaban tipificados como delitos de propia mano (y en los primeros a la conducta que había que realizar de propia mano se le añadió otras formas de agredir sexualmente al menor, en el antiguo art. 183.2 segundo inciso), en «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», en *La Ley Penal*, n.º 128, 2017, pp. 4 ss.; ACACLE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género*, pp. 249 ss., 253 ss.; POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», en *Indret*, n.º 1, 2022, pp. 210, 213; PARRILLA VERGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años (Art. 181 CP)*, Barcelona: JM Bosch, 2024, pp. 170 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M. A., *La conducta típica*, en prensa; *El delito de agresión sexual*, pp. 20 s.

to se prescinde de la descripción de la conducta atentatoria a la libertad sexual; en su lugar se alude genéricamente a realizar cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Solo se hace alusión a la persona autora y a la persona sujeto pasivo, pero sin más aclaraciones y referencias respecto de lo que ha de consistir el acto que atente contra la libertad sexual. Desde el momento en el que han de estar implicados o involucrados en el hecho el sujeto activo como autor responsable del delito y el sujeto pasivo como persona sobre la que recae la acción y, a su vez, el titular del bien jurídico protegido, estaremos ante un delito interpersonal. A su vez, el delito de violación es una modalidad agravada de agresión sexual («cuando la agresión sexual consista...») e implica una conducta en la que han de intervenir el autor y la víctima, pues el Derecho Penal solo castiga conductas humanas que, en este caso, atacan bienes jurídicos personales. Que sea un delito interpersonal no implica necesariamente que el acceso carnal lo realice personalmente el autor del delito, pues no es un delito de propia mano, aceptándose la comisión en autoría mediata. Si bestialismo es el acceso carnal con animales, cabría subsumir en este delito el hecho de que el autor dirija el acceso carnal del animal, siendo el animal el «instrumento» o el medio agresivo²⁹. Pues igual que se puede realizar la acción de matar, lesionar, a través de un animal utilizado como «instrumento», también cabría realizar la acción de acceso carnal a través de un animal.

Si en el acceso carnal cabe la inclusión del acceso con animales, con las únicas salvedades que se han de hacer respecto a animales dotados de órganos sexuales como los humanos (pene y vagina)³⁰, y, además, con las posibles combinaciones de animales machos y/o hembras dependiendo del sexo del sujeto pasivo hombre o mujer, otro tanto cabe concluir respecto de la conducta consistente en la introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal, en este caso ya sin las limitaciones antes referidas, salvo en lo relativo al concepto de miembro corporal aplicado a animales, seres sintientes³¹. Y, dado

²⁹ Aquí en puridad no se podría hablar de autoría mediata, pues el art. 28 CP se refiere a esta como la comisión de un delito a través de otro del que se sirve como instrumento, refiriéndose, por tanto, exclusivamente a la instrumentalización de personas. Véase, en este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./RAMOS MARTÍNEZ, L. M., *Los animales en el Código Penal*, p. 507.

³⁰ También habrá de atenderse a los tamaños de los órganos sexuales, de animales y humanos, para que pueda llegarse a la consumación del delito de violación, atendiendo a la interpretación jurisprudencial sobre la consumación en la acción de acceso y en la acción de introducción.

³¹ En la introducción de miembros corporales las dificultades para su subsunción en el art. 179 CP no estriban en el tenor literal, desde luego si para la definición de miembro recurrimos al DLE, donde se define como cada una de las extremidades del ser humano o de los animales articuladas con el tronco. Aunque no se pronuncia sobre si la introducción de miembros corporales de animales encajaría en el delito de violación, sí se hace eco de esta definición del Diccionario RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 137 n. 483.

que la modalidad delictiva consiste en la introducción de miembros corporales, quizá no podría aplicarse en los casos en los que se introduce el animal entero, con la posible salvedad interpretativa ya planteada.

Un problema para defender la interpretación anterior surge, sin embargo, de la forma en que se han regulado los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años, pues en el art. 181 CP sí parece que se está aludiendo a actos sexuales interpersonales, también, por cierto, para las agresiones sexuales del tipo básico. En efecto, en el tipo básico del art. 181.1 CP se castiga al que realice actos de carácter sexual con un menor de 16 años, añadiéndose la aclaración de que, a estos efectos, se consideran incluidos los actos sexuales que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor; también aquí se ha tipificado la modalidad agravada basada en la conducta sexual (a la que no se le da el nombre de violación), en el art. 181.4 CP, con una redacción similar, pero no idéntica a la que se ha mencionado antes: cuando el acto sexual consista en acceso carnal..., por tanto, al ser un tipo agravado, el acto sexual que aquí se tipifica ha de implicar la relación interpersonal que da contenido al tipo básico. Si de la forma en que está redactado el art. 181 CP para las agresiones a menores de 16 años se ha de concluir que el acto sexual tiene que ser interpersonal, no tendría sentido que los actos de bestialismo quedaran excluidos de la conducta de acceso carnal con menor de 16 años y, sin embargo, sí fueran punibles, como parecía, en el acceso carnal con mayores de 16 años. Pero, además, esta relación interpersonal también se ha descrito en el tipo básico de las agresiones a menores de 16 años, lo que significaría entonces que los contactos sexuales con animales impuestos a los menores de 16 años no se podrían castigar tampoco a través del delito de agresión sexual del art. 181.1 CP y, de ser esta la conclusión extraída, entonces tampoco deberían castigarse en las agresiones sexuales del art. 178 CP. Solo habría una forma de resolver este problema, aplicable al tipo básico y al tipo agravado, de mayores y menores de 16 años: entender que el contacto sexual con animales es un supuesto de acto sexual realizado por el sujeto pasivo consigo mismo³².

El cuarto obstáculo, referido específicamente a la modalidad consistente en la introducción de objetos por vía vaginal o anal, es el más difícil de superar.

³² MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales*, p. 181, excluye del delito de violación la conjunción sexual con un animal, pero reconduce este hecho al delito de agresión sexual del art. 179 CP si se trata de un contacto corporal de la víctima consigo misma de forma directa o a través de entes intermedios.

Es cierto que no se ha eliminado completamente la posibilidad de que los animales sean objeto de apropiación (con limitaciones legales)³³, y, desde esta perspectiva, aunque con evidentes dificultades, también podría atenderse a esta perspectiva para la interpretación del delito de violación. Pues, a fin de cuentas, los delitos de agresiones sexuales se perciben como una forma de cosificación del ser humano, y tal fórmula cosificadora también se extendería a los animales. Ha de reconocerse, sin embargo, que esta posibilidad no es evidente. Cuando el CC reconoce que los animales pueden ser objeto de apropiación, tal previsión se hace con limitaciones, sin que ello suponga, además, que pierdan su condición de ser sintiente. Y al igual que el ser humano víctima de la agresión sexual no pierde su condición de persona por esa cosificación, el animal tampoco la suya de ser sintiente cuando el autor lo utilice como mero instrumento u objeto para agredir a otra persona. No obstante, no podemos desarrollar aquí, pero queremos dejar apuntada, otra posibilidad (que, de entrada, nos parece bastante plausible): la de entender que (en consonancia con lo dispuesto en el art. 333 bis CC) el considerar «objeto» al animal en estos casos no es incompatible con su naturaleza como ser sintiente (sería ambas cosas) ni se opone a las disposiciones destinadas a su protección. Ello permitiría superar el cuarto obstáculo antes señalado.

3. La modalidad agravada del art. 180.1.2.^a CP

Tras la reforma de la LO 10/2022 podrá aplicarse la circunstancia cualificante del art. 180.1.2.^a CP, consistente en que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revisitan un carácter particularmente degradante o vejatorio³⁴. Ahora el carácter particularmente degradante o vejatorio va claramente referido al acto de carác-

³³ Sobre el cambio de categoría de los animales como seres sintientes, pero con el reconocimiento de que pueden ser objeto de apropiación, con las implicaciones que de ello se derivan en la interpretación de delitos patrimoniales, véase, para más detalles, RAMOS MARTÍNEZ, L. M., «La regulación del robo, el hurto y la apropiación indebida de animales desde las Leyes 7/2023 y Orgánica 3/2023 y su incidencia en la legítima defensa», en García Mosquera, M., *et al* (dirs.): *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, Madrid: BOE, 2024, pp. 1131-1141; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./RAMOS MARTÍNEZ, L. M., *Los animales en el Código Penal*, pp. 509 s., 519 ss.

³⁴ La discusión era más acentuada con la redacción de esta circunstancia antes de la reforma de 2022, cuando el carácter particularmente degradante o vejatorio iba referido a la violencia o intimidación. Actualmente y en relación con nuestro tema, por todos, MOYA FUENTES, M. M., *Las agresiones sexuales*, pp. 173 ss., 155; *Agresiones sexuales sobre adultos*, pp. 1230 ss., 1221.

ter sexual³⁵, pudiendo así ser subsumidos (algunos) comportamientos sexuales que están alejados de la «normalidad» como el sadomasoquismo, la necrofilia y el que aquí nos interesa, el bestialismo³⁶.

4. ¿La agresión sexual del art. 178 a través del animal?

Cabe preguntarse, y aquí solo se dejará apuntado, si serán subsumibles en el art. 178 CP otras conductas de carácter sexual distintas a las subsumidas en lo que hemos llamado bestialismo, no consentidas implicando en ellas a los animales, como tocamiento en zonas genitales, masturbación o besos en la boca. Si el autor «obliga» al sujeto pasivo a realizar estos actos con animales, ¿se cometerá un delito de agresión sexual? O, porque este delito de agresión sexual implica la relación interpersonal, ¿procederá el recurso a otros delitos, como amenazas o coacciones (arts. 169-171 y 172 respectivamente), si se utilizan medios violentos o intimidatorios, y/o el delito contra la integridad moral del art. 173 CP?

³⁵ Ha de exigirse este *plus* de gravedad. Véase, entre otros muchos, ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Delitos contra la libertad*, p. 107; ÁLCACER GUIRAO, R. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona: Atelier, 2004, pp. 15 s.; Díez RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, p. 351; GARCÍA VALDÉS, C./FIGUEROA NAVARRO, C., *El delito de violación*, p. 392; MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones*, pp. 193 ss., 196 s.; ASENCIO GALLEGU, J. M./GONZÁLEZ VEGA, I., *Delitos contra la libertad*, pp. 50, 53; CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, pp. 103 ss.; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad*, pp. 241 s.; CANCIO MELIÁ, M., *Delitos contra la libertad*, nm. 9317 (p. 1098); MOYA FUENTES, M. M., *Las agresiones sexuales*, p. 175; *Agresiones sexuales sobre adultos*, p. 1231.

³⁶ Ya con la anterior regulación, Díez RIPOLLÉS, J. L., *Arts. 178-183*, p. 352, con aclaraciones.

68. EL NUEVO MARCO EUROPEO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: AVANZANDO PESE A LAS RESISTENCIAS

LEIRE ESCAJEDO SAN-EPIFANIO ¹

Profesora Titular de Derecho Constitucional (acreditada CU)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Este trabajo se inscribe en el homenaje al profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, en cuya obra ha reflejado con insistencia que el Derecho Penal sólo puede legitimarse en un Estado de Derecho cuando se orienta a la defensa de la persona y de su dignidad. Su magisterio, heredero del humanismo penal de Antonio Beristáin Ipiña, ha contribuido de manera decisiva a situar el Derecho Penal europeo al servicio de la justicia y los derechos humanos.

I. LA «VIOLENCIA DOMÉSTICA» EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385: UN TÉRMINO OBSOLETO PARA UN MARCO CON NUEVAS PRETENSIONES

El presente trabajo analiza la evolución del marco jurídico europeo en materia de violencia doméstica, con especial atención al reconocimiento del control coercitivo como forma estructural de violencia. A partir del Convenio de Estambul y de la Directiva (UE) 2024/1385, se examinan los principales avances normativos y las resistencias culturales que aún obstaculizan su plena

¹ GIU 007/2024, EU-FRAMES.

implementación. El nuevo marco europeo, aunque limitado en algunos aspectos terminológicos, amplía la noción de violencia doméstica para incluir todas las formas de violencia –física, psicológica, sexual y económica– incluso sin convivencia, y establece importantes obligaciones procesales y de asistencia a las víctimas a los Estados miembros.

II. ¿POR QUÉ SE MANTIENE LA EXPRESIÓN «VIOLENCIA DOMÉSTICA»?

A primera vista, uno de los aspectos más llamativos del nuevo marco europeo es que sigue utilizando el término «violencia doméstica» para referirse a los patrones persistentes de dominación y control coercitivo que, en el contexto de relaciones íntimas o familiares, colocan a las personas –fundamentalmente a mujeres– en situaciones de privación estructural de autonomía que puede llegar a aproximarse al cautiverio e, incluso, la alienación².

Dicho término se ha criticado por diversas razones³. En primer lugar, porque *doméstico* remite a la esfera privada (lo mismo que el término intrafamiliar), pudiendo dar a entender que se trata de conflictos familiares, pequeños incluso. En segundo lugar, porque propone una neutralidad de género engañosa, como si afectase por igual a todas las personas⁴, a pesar de que existe una profunda asimetría de género en este tipo de violencias; las mujeres sufren en mayor medida las formas más graves, persistentes y multiformes de violencia en el ámbito íntimo⁵. Unido a esto, en tercer lugar, la expresión «violencia doméstica» propicia enfoques erróneos, invitando a reducir el fenómeno a agresiones físicas puntuales o al feminicidio⁶, invisibilizando otras formas de violencia igualmente graves, como la violencia psicológica, económica y sexual o el control coercitivo prolongado.

Hasta la fecha, no obstante, no ha tomado fuerza ninguna otra alternativa. El Reino Unido, como se verá, ha propuesto un nuevo término, aunque no es

² ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «¿Atajando la violencia "doméstica" de raíz?: hacia un marco europeo integral contra el control coercitivo», en AA. VV. *Violencias contra las mujeres y Derecho Europeo*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 187 y ss.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Ciudadanía, sistema penal y mujer», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 194-195.

⁴ BROYD, T./ KELLY, L. «Gender Neutrality and the 'Violence Against Women' Frame», *Feminist Legal Studies*, 2021, 27(3), 215-233.

⁵ KIMMEL, M. S. «Gender symmetry in domestic violence: A substantive and methodological research review», *Violence Against Women*, 2002, 8(11):1332-1363.

⁶ MULLER-LAGARDE, Y. GRUEV-VINTILA, A. «Redefining Domestic Violence in France as a Violation of Human Rights: Coercive Control», *Journal of Gender-Based Violence*, 2023, 1-15.

claro que pueda llegar a consolidarse. Cabe ver, por tanto, un cierto pragmatismo en la decisión del Consejo de Europa y la UE de mantener el término, compensando sus limitaciones con el establecimiento de una definición legal detallada, en la que la convivencia (y lo doméstico) y la violencia física ya no son requisitos *sine qua non*.

Según datos de Naciones Unidas, al menos una de cada tres mujeres en el mundo sufre a lo largo de su vida violencia en su entorno más íntimo, con independencia de su lugar de residencia, cultura o situación socioeconómica⁷. Aunque este fenómeno suele describirse como complejo, su núcleo es fácilmente explicable. Los seres humanos poseen una capacidad biológica para la agresión, pero también un cerebro capaz de inhibir los impulsos violentos⁸, gracias a estructuras como el córtex prefrontal, responsable de la autorregulación, el juicio moral y la anticipación de consecuencias⁹. Esa capacidad de contención se refuerza –o se debilita– a través de la cultura y los procesos de socialización.

La persistencia de la violencia doméstica, una de las más extendidas a nivel global¹⁰, revela que las sociedades no han promovido con suficiente determinación la inhibición de la agresión en el círculo relacional más íntimo¹¹, y que todavía demasiadas personas obtienen ventajas de dominar o abusar de otras en ese ámbito. A ello se suma que algunos países europeos aún rechazan su plena incriminación, apelando a la defensa de supuestos «valores tradicionales»¹². Estos valores, rara vez explicitados, emanan de una visión patriarcal de la familia, donde el varón asume la autoridad y el rol de proveedor, mientras a la mujer se le atribuyen la obediencia, los cuidados y la maternidad. La defensa de ese modelo jerárquico pretende conservar relaciones de poder asimétricas que toleran –e incluso legitiman– formas de coerción estructural en el espacio íntimo y familiar¹³.

⁷ ANNAN, K. *Message on the International Day for the Elimination of Violence against Women*. Naciones Unidas, 25 de noviembre de 2005.

⁸ SAPOLSKY, R. *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin Press, NY, pp. 400-435.

⁹ NISBETT, R. E./ COHEN, D.: *Culture of Honor: The Psychology of Violence in the South*, Boulder (CO): Westview Press, 1996, pp. 1-30.

¹⁰ HAIDT, J. (2012) *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, Pantheon Books, 2012, 1-3, 85-90; TOMASELLO, M. *A Natural History of Human Morality*. Harvard UP, 2016, pp. 25-60 y 90-110.

¹¹ SAPOLSKY, R. *Behave*, cit., 2017, p. 469.

¹² BERTHET V. «Norm under fire: Support for and opposition to the European Union's ratification of the Istanbul convention in the European parliament», *International Feminist Journal of Politics*, 2022, 24(5), 675-698.

¹³ JOHNSON, M. P.: *A Typology of Domestic Violence*, 2008, pp. 5-10.

En el marco patriarcal heredado del antiguo Derecho romano, el «cabeza de familia» ostentaba una autoridad casi absoluta sobre sus miembros, incluyendo la potestad de imponer disciplina física¹⁴. En este contexto, la violencia conyugal –o la ejercida por los progenitores hacia los menores a su cargo– no se consideraba delictiva o, en el mejor de los casos, era calificada como una infracción menor¹⁵, percibida más como corrección o castigo razonable que como un acto punible. No fue sino hasta bien superada la segunda posguerra mundial cuando algunos países europeos comenzaron a abordar de manera explícita la *violencia doméstica*, en el contexto de una reconfiguración global de los derechos humanos y del impulso de los movimientos feministas¹⁶.

Gracias a estos esfuerzos, comenzó a ceder la excusa de la protección de la privacidad familiar¹⁷, en tanto perpetuaba una omisión sistemática en la garantía de los derechos humanos¹⁸. El rechazo contemporáneo a la violencia doméstica es mayor que en épocas anteriores, pero todavía persisten mecanismos de silenciamiento cultural, culpabilización de las víctimas y normalización de vínculos afectivos disfuncionales. El nuevo marco europeo, en esencia, busca –más allá de las denominaciones– luchar contra ese sistema de impunidad.

III. EL NUEVO CONTENIDO DEL CONCEPTO DE «VIOLENCIA DOMÉSTICA» EN EL MARCO EUROPEO

Aunque desde una perspectiva moral abstracta cualquier acto de causar daño a otro se considere reprobable, lo cierto es que tan pronto se contextualiza el abuso en un entorno íntimo y, en especial, respecto a una mujer, pasa a ser una «cuestión privada», algo «normal» en la pareja dentro de las narrativas patriarcales y culturales que han naturalizado el dominio masculino en el espacio familiar. Incluso cuando se reconocen ciertas conductas como *agresivas*, y

¹⁴ HIRSCHER, D./ BUZAWA, E., «Understanding the context of dual arrest with directions for future research», *Violence against women: Synthesis of research for practitioners*, 2002, 8(12), 1449 et seq.

¹⁵ DOBASH, R. E./ DOBASH, R. P. *Violence against wives: A case against the patriarchy*. Free Press, 1979, *passim*.

¹⁶ WALBY, S. *The Future of Feminism*. Cambridge: Polity Press, 2009, 47.

¹⁷ HESTER, M. *Who Does What to Whom? Gender and Domestic Violence Perpetrators*. University of Bristol, 2011, 54.

¹⁸ CHARLESWORTH, H./ CHINKIN, C. *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*. Manchester UP, 2000, 78; STARK, E. (2007). *Coercive control: How men entrap women in personal life*. Oxford UP, 12-35.

constan episodios de daños graves, la respuesta social tiende a relativizarlas¹⁹ y el reproche jurídico tampoco se activa con facilidad. El Derecho Penal, guiado por el principio de legalidad y de intervención mínima, exige a menudo una carga probatoria elevada que muchas víctimas no pueden satisfacer, especialmente cuando el maltrato se produce en un entorno íntimo y de forma sostenida en el tiempo²⁰. Los marcos jurídicos tradicionales tienden a privilegiar el enfoque sobre lo episódico más que sobre lo estructural²¹. Un marco que aspira a abordar de forma integral este fenómeno se enfrenta, consiguientemente, al hecho de que la violencia doméstica no puede seguir siendo tratada como una excepción o una desviación puntual, sino como un fenómeno profundamente arraigado en estructuras de poder, género y afectividad.

1. La violencia doméstica no requiere convivencia ni agresiones físicas

Como se ha dicho ya, el Convenio de Estambul y la reciente Directiva (UE) 2024/1385, ante la ausencia de términos alternativos con amplia aceptación, han optado por mantener la expresión «violencia doméstica», que continúa siendo la fórmula más extendida en el lenguaje normativo e institucional. Como contrapeso a esa concesión, se ha procedido, eso sí, a ampliar su definición. Se define como violencia doméstica «cualquier acto de violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier otra forma de abuso cometido dentro del ámbito familiar o por parte de personas que mantengan o hayan mantenido una relación íntima o afectiva, independientemente de la convivencia».

A partir de esta definición, la concepción tradicional de la violencia doméstica en la legislación penal de los Estados miembros debe afrontar, al menos, dos innovaciones significativas:

a) En primer lugar, *la ampliación de las formas de violencia reconocidas*: cualquier acto de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otra índole es considerado violencia doméstica, aunque sin alcanzar aún el reconocimiento de la matriz del control coercitivo inherente a este tipo de violencias (algo en lo que sí avanzan las legislaciones de algunos países del mundo y la doctrina del TEDH).

¹⁹ HONNETH, A. *La lucha por el reconocimiento: Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, 2007, 1-224.

²⁰ DELGADO, M. «Violencia psicológica y Derecho Penal: Entre la invisibilidad y la intervención mínima», *Revista Penal*, 48(2), 2021, 97-112.

²¹ ZAFFARONI, E. R. *La palabra de los muertos: Conferencias de derecho penal*, Ediar, 2006, 66-68.

b) En segundo lugar, *la ampliación del ámbito de aplicación*: conforme a la Directiva (UE) 2024/1385, esta forma de violencia se entiende desde una perspectiva relacional, sin que la convivencia constituya un requisito²².

2. Conductas tipificadas y nuevos Bienes jurídicos protegidos

El nuevo marco europeo considera la violencia contra las mujeres «todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen (o sea probable que puedan causar) daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada» (art. 2. a) de la Directiva (UE) 2024/1385. La violencia doméstica, por su parte, es definida en el Convenio de Estambul en su art. 3 como «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurren dentro de la familia o unidad doméstica o entre ex o actuales cónyuges o parejas».

Al analizar las luces y las sombras de estas definiciones, el aspecto más positivo, sin duda, es que la normativa ambiciona la persecución de todos los actos de violencia (física, psicológica, sexual, económica)²³, así como *cualquier otra forma de abuso*, que no necesariamente debe ser «un acto». Asimismo, los bienes jurídicos protegidos ya no son solo la integridad física o psíquica, sino también la autonomía de la persona, la autodeterminación sexual y el libre desarrollo de la personalidad. En este punto sí será necesario revisar la legislación española en tanto, en estos momentos, sólo la referencia a la violencia física y psíquica (art. 173.2 del CP)²⁴.

3. Ámbito de aplicación, sujetos protegidos y el reconocimiento pendiente del control coercitivo

El nuevo marco europeo rompe con la exigencia tradicional de convivencia, extendiendo la protección a parejas no convivientes, ex parejas y relacio-

²² SCHMITT, M. (2023). Häusliche Gewalt im Spannungsfeld von Privatsphäre und öffentlicher Ordnung. *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 18(3), 112–130.

²³ KERSTEN, A. «Häusliche Gewalt – Handlung und Struktur im familialen Beziehungsgefüge», *Sozialpolitik*, 2021, p. 311.

²⁴ ARANGÜENA FANEGO, C. «Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas: la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica», *Revista de Estudios Europeos* 85 (2025), pp. 11-12, extensa nota al pie número 20, sobre las modalidades comisivas del delito recogido en el art. 173.2 CP, y diversas sentencias en las que se hace referencia a la necesidad de contemplar en el tipo la violencia económica.

nes afectivas disueltas. De este modo, reconoce la dimensión relacional y continuada del abuso, protegiendo también situaciones de ruptura o separación, en las que la violencia puede intensificarse. En cuanto a los sujetos protegidos, la Directiva (UE) 2024/1385 amplía la noción de víctima a toda persona afectada directamente por la violencia doméstica, e incluye a menores testigos como víctimas indirectas. Aunque el Convenio de Estambul reconoce la afectación desproporcionada de las mujeres, la Directiva reafirma la perspectiva de género, calificando la violencia doméstica como manifestación de desigualdad estructural entre mujeres y hombres. No obstante, persisten lagunas: la regulación de la violencia vicaria se limita a prever «lugares seguros» para el contacto entre hijos y progenitores violentos, sin excluir automáticamente el derecho de visita, lo que plantea tensiones entre protección efectiva y derechos parentales.

Entre las tareas pendientes, destaca la necesidad de integrar el control coercitivo como categoría penal común. Este patrón sostenido de manipulación, aislamiento y dominación psicológica requeriría nuevas metodologías judiciales capaces de valorar el daño acumulativo y contextualizar el abuso²⁵. Jurisdicciones como Inglaterra y Gales (Serious Crime Act 2015) o Escocia (Domestic Abuse Act 2018) han demostrado que su tipificación mejora el reconocimiento y enjuiciamiento de casos antes invisibles²⁶. En el ámbito continental, Francia y Alemania avanzan hacia la penalización de la violencia psicológica estructural, y la doctrina feminista insiste en considerarla una *violence structurelle* que atenta contra la autonomía y la dignidad²⁷.

La Directiva (UE) 2024/1385 no llega a asumir plenamente este enfoque, pero es cierto que abre el camino hacia un concepto integral y relacional de violencia, en el que el control coercitivo deje de ser un punto ciego del Derecho europeo²⁸. Esta evolución normativa se apoya, además, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha sido decisiva para redefinir la violencia doméstica como una violación estructural y continuada

²⁵ HESTER, M. *Coercive control and domestic violence: new legal approaches*. Routledge, 2019, passim.

²⁶ MORRIS, A. «Criminalising coercive control: Lessons from England and Wales», *Journal of Gender-Based Violence*, 2019, 3(3), 457–471.

²⁷ CHEMILLIER-GENDREAU, M. «La violence structurelle dans les violences conjugales: enjeux juridiques et sociaux», *Revue internationale de droit pénal*, 2016, 87(1), 45–60.

²⁸ BENEDIKT, M. «Psychische Gewalt und Strafrecht: Neue Wege im Schutz vor häuslicher Gewalt», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10(3), 2021, 259–275.

de los derechos fundamentales, más allá de los daños físicos visibles²⁹. Desde el caso *Opuz c. Turquía* (2009) hasta *Talpis c. Italia* (2017), el TEDH ha afirmado que las formas psicológicas y coercitivas de dominación vulneran los arts. 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reduciendo el margen de apreciación estatal y exigiendo respuestas penales efectivas. Esta línea jurisprudencial ha contribuido a consolidar la comprensión de la violencia doméstica como una lesión de la autonomía y la dignidad personal, plenamente alineada con el nuevo marco europeo.

IV. LAS MEDIDAS CLAVE DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385 EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: HACIA EL ABORDAJE INTEGRAL

El marco regulatorio reciente se ha construido sobre la premisa de que la violencia doméstica es una violación de derechos humanos, y desde esa constatación se promueve un abordaje integral que exige la responsabilidad estatal, protección jurídica y políticas preventivas culturalmente sensibles.

El principio de que los Estados deben proteger a las personas de las violaciones de derechos cometidas por terceros privados se traduce, en este caso, en una obligación internacional de prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia doméstica, garantizando el acceso a recursos efectivos para las víctimas³⁰. Ese abordaje no elude, ni mucho menos, el hecho de que existe una resistencia cultural profundamente arraigada que dificulta la implementación efectiva de políticas y programas de protección. Esta resistencia se manifiesta en normas sociales, roles de género tradicionales y tabúes que minimizan o justifican el abuso, perpetuando un ciclo de silencio y estigmatización para las víctimas³¹. El cambio no solo debe abordarse normativamente; ahora bien, las normas jurídicas también cumplen una importante función.

El Convenio de Estambul constituyó un hito normativo y político de gran relevancia, al incorporar obligaciones claras para los Estados, pero su implementación ha estado lastrada por demoras significativas en su entrada

²⁹ Sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH, *vid.* ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «¿Atajando la violencia "doméstica" de raíz?», cit., 2025, pp. 207-212.

³⁰ United Nations Human Rights Council. (2013). Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (A/HRC/23/49).

³¹ HEISE, L. (1998). Violence against women: An integrated, ecological framework. *Violence Against Women*, 4(3), 262-290.

en vigor y por un contexto cultural donde la sensibilidad frente a la violencia contra las mujeres sigue siendo insuficiente y las resistencias institucionales, notables³². Una importante diferencia entre la Directiva (UE) 2024/1385 y el Convenio de Estambul se debe a los términos en que resultan vinculantes. En el caso del Convenio, aún habiendo sido firmado y ratificado por la UE, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2023, el Convenio de Estambul sólo vincula a los Estados miembros de la UE que lo hubieran ratificado³³, no siendo el caso de Bulgaria, República Checa, Hungría, Eslovaquia y Lituania. Además, más que obligaciones positivas como tales, el Convenio lo que exige es una diligencia debida en la actuación de los Estados, con una serie de mecanismos de vigilancia que se asientan, de una parte, sobre el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO), un organismo de expertos independientes, y el Comité de las Partes, un organismo político integrado por representantes oficiales de las Partes del Convenio. La Directiva, en cambio, obliga a todos los Estados miembros³⁴ e impone de forma decidida determinadas obligaciones positivas³⁵.

En este sentido, la Directiva (UE) 2024/1385, que debe transponerse antes de junio de 2027³⁶, impone a los Estados miembros un conjunto amplio de obligaciones orientadas a armonizar las respuestas jurídicas frente a la violencia de género, con especial atención a la violencia doméstica contra las mujeres³⁷. Desde ese enfoque integral, la Directiva comprende elementos sustantivos (definiciones de delitos y sanciones), así como aspectos procesales (acceso a la justicia, garantías en los procesos) y elementos relativos a la prevención,

³² European Agency For Fundamental Rights. *Violence against women: An EU-wide survey*, 2014.

³³ KARAKAŞ, F. «The accession of the EU to the Istanbul Convention and its possible impacts on criminal law», en *Gewaltfrei arbeiten und leben*. Nomos, 2025, pp. 303-318.

³⁴ DE MESA MONTERO, C; LÓPEZ GARRIDO, D., et al., *La lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Aportaciones sobre la Propuesta de Directiva*, Fundación Alternativas, 2023, DT 26, pp. 10 y ss; MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2024), «La nueva Directiva en materia de violencia de género y violencia doméstica y la diligencia debida del Estado», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, junio.

³⁵ RUIZ LÓPEZ, C. «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (1).» *La Ley Unión Europea* 126 (2024): 4.

³⁶ RODRÍGUEZ LLAMAS, S. «Desafíos y oportunidades de la Directiva (UE)2024/1385 en la protección civil contra la violencia contra las mujeres», *La Ley Unión Europea*, n.º 130, noviembre 2024.

³⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J. «La nueva La nueva Directiva para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, 126/2024; SERRANO MASIP, M. (2024), «Directiva de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, junio, y FREIXES SAN JUAN, T. *Estudio sobre el impacto de la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre violencia contra las mujeres*, Lobby Europeo de Mujeres en España, Madrid, 2022, pp. 79-98.

coordinación y cooperación entre las autoridades³⁸. Entre otras cosas, exige a los Estados miembros tipificar penalmente ciertas formas de violencia de género, incluida la violencia doméstica, y adoptar un enfoque centrado en la víctima en todos los niveles institucionales: judicial, policial y de servicios sociales. Se establecen, asimismo, una serie de normas mínimas en relación con la denuncia de los delitos de violencia doméstica, habida cuenta de la constatada dificultad que los informes oficiales recogen respecto al primer contacto con las autoridades. Que las víctimas puedan denunciar con facilidad y aportar pruebas (incluso en línea o mediante otras tecnologías digitales)³⁹, sin sufrir victimización secundaria y mediante canales seguros es vista como una garantía muy relevante⁴⁰.

Otra importante medida es el derecho a la asistencia gratuita y la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso de las víctimas a medidas inmediatas de protección, como las órdenes de alejamiento o de exclusión del domicilio, especialmente en situaciones de riesgo inminente (art. 12), complementadas con un acceso a servicios especializados de apoyo, tales como refugios, atención psicosocial y asistencia jurídica (arts. 16-17). Estos servicios deben prestarse de forma específica, adecuada a la edad y accesible, con especial atención a las necesidades de personas con discapacidad y de colectivos en situación de vulnerabilidad (art. 16.2; cons. 44). A su vez, la inclusión de mecanismos de protección como las órdenes de alejamiento y las medidas de urgencia resulta esencial para salvaguardar la seguridad inmediata de las víctimas y prevenir la repetición de agresiones. No obstante, para que estas medidas sean realmente efectivas, deben integrarse en un enfoque integral que incluya la capacitación adecuada de policías, jueces y profesionales de los servicios sociales.

Con el fin de facilitar la evaluación y supervisión de las políticas públicas, el art. 25 obliga a los Estados miembros a recoger datos estadísticos desglosados sobre violencia doméstica y de género, asegurando su comparabilidad a nivel europeo. Esta disposición resulta esencial para formular políticas basadas en evidencia y para valorar la implementación efectiva de la Directiva (cons. 70). Por último, se reconoce la dimensión transnacional del fenómeno, incluyendo medidas dirigidas a reforzar la cooperación judicial y policial entre

³⁸ ARANGÜENA FANEGO, C. «Últimos pasos», cit., 2025, 1-44.

³⁹ ROMERO-SESEÑA, P/ TAMARIT SUMALLA, J. M. «Servicios de apoyo online a víctimas: a propósito del art. 25.2 de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo», *Revista de Victimología*, n.º 18 (2024), 326.

⁴⁰ BLÁZQUEZ, R. B. «La aprobación de la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y su incidencia en el reconocimiento mutuo de medidas de protección: ¿qué fue primero, el huevo o la gallina?». *La Ley Unión Europea*, 2924, 126.

Estados miembros, especialmente en casos que afectan a víctimas que se desplazan entre países. La Directiva exige la aplicación efectiva de la Orden Europea de Protección y el reconocimiento mutuo de medidas de alejamiento o protección (art. 20).

V. REFLEXIONES FINALES: LA VISIÓN LIBERAL DE LA INTIMIDAD PROPICIA LA OPACIDAD Y EL ABUSO; HACIA UNA EXPANSIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DEL CUIDADO

El ordenamiento español, comparado con otros Estados miembros de la Unión, dispone de un marco avanzado –Ley Orgánica 1/2004, Ley 4/2015, Ley Orgánica 8/2021 y Ley Orgánica 10/2022–, por lo que no se prevé una reforma drástica en la transposición de la Directiva (UE) 2024/1385. Sin embargo, su aplicación ofrece una oportunidad estratégica para reforzar la coordinación institucional, mejorar la protección de la infancia y consolidar un enfoque integral frente a la violencia de género. Las personas necesitamos espacios de pertenencia y seguridad emocional. Cuando esos vínculos se tornan amenazantes o coercitivos, los daños sobre la identidad, la dignidad y la autonomía resultan profundos. La intimidad no es un ámbito naturalmente seguro: puede convertirse en un espacio de dominación, amparado por la opacidad y la ausencia de mecanismos de control. Desde la tradición liberal, la autonomía individual se ha concebido como un escudo frente a la injerencia estatal; sin embargo, esa visión ha contribuido a invisibilizar la violencia ejercida en las relaciones más cercanas, donde los derechos fundamentales deberían operar con igual fuerza. En realidad, la violencia íntima puede entenderse como una colonización de la subjetividad⁴¹: un proceso de control, desvalorización y dependencia que erosiona el juicio propio y la capacidad de acción. No requiere encierros físicos; se instala en la mente y en los vínculos afectivos, generando una forma de cautiverio psicológico difícil de reconocer y denunciar.

El reto normativo y teórico consiste en superar la idea de que el ámbito privado está fuera del alcance del Derecho. Ni el hogar ni la pareja pueden ser zonas exentas de tutela constitucional. La expansión de un constitucionalismo del cuidado no pretende restringir la autonomía, sino redefinirla desde la interdependencia, el reconocimiento y la corresponsabilidad. Solo así la intimidad dejará de ser un territorio de impunidad y se convertirá en un es-

⁴¹ HERMAN, J. L. *Trauma and Recovery*, cit., 1992, 74-91; FINEMAN, M. A., *The Autonomy*, cit., 2004, 34-37.

pacio donde los derechos fundamentales se ejercen y se protegen activamente. La Directiva (UE) 2024/1385 representa un paso decisivo en esta dirección. Más allá de su función armonizadora, su verdadero potencial reside en transformar la comprensión jurídica de la intimidad, desplazándola del paradigma liberal hacia un modelo relacional que impone al Estado obligaciones positivas de protección. La tarea pendiente reside en lograr que ese marco normativo implemente prácticas tangibles de prevención, formación y acompañamiento, capaces de contribuir de forma decisiva a la erradicación de este tipo de violencia.

69. RESPUESTA PENAL FRENTE AL ACCESO NO AUTORIZADO A LA EMISIÓN EN DIRECTO DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES PROTEGIDOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA EMISIÓN PIRATA DE PARTIDOS DE FÚTBOL TITULARIDAD DE LALIGA O DE SUS CESIONARIOS)

JAVIER FERNÁNDEZ TERUELO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

I. LAS ACTUACIONES DE LALIGA O SUS CESIONARIOS FRENTE A LA PIRATERÍA DE PARTIDOS DE FÚTBOL EN PLATAFORMAS DIGITALES. CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO

La Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante, LaLiga) mantiene una actitud activa y beligerante frente a la piratería audiovisual de los partidos de fútbol en España, actividad que generaría, según datos de la propia institución, pérdidas por entre 600 y 700 millones de euros anuales¹.

Dicha lucha se articula a través de varias vías, destacando entre ellas dos:

– En primer lugar, campañas de inspección a locales de hostelería, cuando existen indicios de que estarían emitiendo los partidos de manera fraudulenta. Dicha actuación se lleva a cabo a través un equipo de verificadores, que analizan las señales de emisión y constatan las conexiones irregulares. Muchas de esas inspecciones se activan por las comunicaciones de terceros a un canal

¹ <https://www.laliga.com>

de denuncias anónimas, que la propia institución ha creado para tal fin², consciente de que los locales de ocio, fundamentalmente bares, que sufren la competencia desleal de otros que no abonan el servicio, están especialmente motivados para formalizar ese tipo de denuncias.

– LaLiga, además de la labor de inspección de locales, también opera en el control de internet y así, un número relevante de empleados de dicha institución se dedica a buscar, detectar y solicitar el bloqueo de los espacios digitales (lo que se conoce como «tumbar enlaces»), a través de los que se emiten los partidos de manera ilegal³. Según las estadísticas que maneja el citado organismo (2025), el 40% de las personas que consumen partidos de fútbol en España lo hace a través de un acceso ilegal⁴.

Ambos supuestos pueden determinar, tras su detección, el recurso a acciones de distinta naturaleza (administrativa y judicial, tanto civil como penal). Desde el punto de vista de la legitimación para actuar, esta corresponde a LaLiga, pero también a los cesionarios de los derechos de emisión (en la actualidad, plataformas como Movistar +, Mediapro o DAZN, entre otras).

Este trabajo aborda, de manera muy sintética⁵, las consecuencias jurídico penales de los dos supuestos enunciados: la emisión y acceso no autorizado a contenidos audiovisuales protegidos, especialmente partidos de fútbol en establecimientos públicos o locales de ocio y las emisiones ilícitas de tales contenidos a través de internet (enlaces y software fraudulento). Además, se añaden ulteriores referencias tanto a la respuesta legal frente a la producción y venta de decodificadores, que permiten el visionado ilícito, como la eventual responsabilidad de los consumidores de dicho producto a través de internet.

II. LAS DIFICULTADES PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA EMISIÓN DE PARTIDOS SIN AUTORIZACIÓN EN LOCALES DE OCIO COMO DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL (ART. 270 CP)

Existe un debate doctrinal y jurisprudencial, aunque éste último ya parcialmente resuelto, en el que también ha intervenido la Fiscalía General del

² <https://www.laligabares.com/denuncias>

³ En la «war room» (habitación de guerra) de la sede de la LaLiga.

⁴ Una de las frecuentes características de estos espacios es que tratan de provocar la descarga o ejecución a distancia de troyanos con objetivos fraudulentos sobre los usuarios. La propia Liga ha lanzado una campaña con el eslogan «Tú tienes fútbol pirata, ellos te tienen a ti», advirtiendo sobre este tipo de riesgos.

⁵ Por las limitaciones de extensión, constituye sólo un avance de otro más extenso sobre la materia.

Estado (en adelante FGE), sobre si la conducta de emitir partidos de fútbol sin autorización desde espacios físicos (fundamentalmente locales de ocio) puede ser calificada como un delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP) o únicamente cabe recurrir a la figura típica, relativa al mercado y los consumidores, contenida en el apartado 4.º del art. 286 CP (delito de acceso no autorizado a servicios de acceso condicional). Las consecuencias de una u otra solución no son baladíes, pues la diferencia de reproche penal de una u otra figura, y por tanto de pena, es significativa. Así en el caso del delito contra la propiedad intelectual se prevé la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, mientras que para el delito (leve) del apartado 4 del art. 286 CP está prevista únicamente una pena de multa de tres a doce meses, siempre que la cuantía de lo defraudado exceda de 400 euros y una multa aún menor (de uno a tres meses) para el caso de que no exceda de dicha cantidad. Esta es la razón por la que los gestores de estos derechos (esencialmente LaLiga) abogan firmemente porque este tipo de conductas se consideren una manifestación más de los delitos contra la propiedad intelectual.

Los delitos contra la propiedad intelectual se encuentran regulados en los arts. 270 a 272 CP, modificados de manera muy relevante por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En particular, el art. 270 CP sanciona a quien con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, *una obra o prestación literaria, artística o científica*, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Pretende hacer frente a lo que comúnmente se denomina «piratería», esto es a la comercialización ilícita de obras y prestaciones protegidas, sin el consentimiento del titular (o cesionario) de los derechos de propiedad intelectual. Este término se utiliza, por tanto, para designar la violación deliberada de los derechos de autor y de los derechos afines con fines comerciales y se protegen tanto los derechos económicos como los derechos morales del autor.

Pero, en la tarea que nos ocupa, la *cuestión central* es si la retransmisiones de eventos y, en particular, de partidos de fútbol, de manera ilícita (fuera de los procedimientos establecidos por el titular o sus cesionarios, esencialmente mediante un sistema de decodificación por suscripción) encajan en la descripción del objeto de la acción del art. 270 CP; esto es, si nos encontramos (o no) ante una «*obra o prestación literaria, artística o científica o su transformación*».

La respuesta ha sido de modo muy mayoritario negativa. Las retransmisiones deportivas en directo, como los partidos de fútbol, no serían, de acuerdo con el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (LPI, en adelante), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (referente para la protección penal), «obras protegidas por derechos de autor». La razón es que el evento deportivo está delimitado por reglas de juego fijas que no dejarían espacio suficiente a la libertad creativa. Dicha conclusión ha sido validada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁶ en su Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 y así, según su considerando 98, «los encuentros deportivos no pueden considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor». En definitiva, este tipo de emisiones carecerían de la originalidad creativa exigida para la protección por derechos de autor, al no tratarse de creaciones intelectuales.

A lo anterior aún debe añadirse que el art. 270 CP limita el objeto de protección a la «obra o prestación literaria, artística o científica o su transformación». Sin embargo, la señal de fútbol en directo no es una «obra artística», sino un evento de carácter deportivo.

Las limitaciones descritas impedirían la protección penal a través del art. 270 CP. Sin embargo, tales impedimentos no existirían en el ámbito civil, que extiende su protección a otros ámbitos. En particular, las entidades de radiodifusión (incluidas las cadenas o plataformas de TV) *tienen derechos exclusivos sobre sus emisiones/transmisiones*, incluyendo la fijación, reproducción, retransmisión y comunicación pública de la señal emitida, incluso en emisiones en directo. Esta protección es autónoma, pues no depende de que el contenido (el partido, en nuestro caso) sea creativo, sino de la existencia de una inversión en producir y emitir la señal. Su justificación es compensar la inversión y esfuerzo técnico en fijar o difundir señales, independientemente de la creatividad del contenido subyacente.

Su infracción genera responsabilidad civil, pues tales derechos pueden ser considerados y protegidos como *derechos conexos* (arts. 120 y 126 LPI). Estos derechos conexos otorgan a productores (en nuestro caso LaLiga) y radiodifusores (plataformas que han obtenido los derechos) facultades exclusivas sobre la fijación, reproducción, distribución y comunicación pública de la señal, incluso en directo, pues protegen las contribuciones técnicas, organizativas y económicas de productores audiovisuales y entidades de radiodifusión.

⁶ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 (asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, Football Association Premier League Ltd y otros).

En definitiva, la señal audiovisual generada en la retransmisión de un partido de fútbol se protege como grabación audiovisual (art. 120 LPI) y como emisión de entidad de radiodifusión (art. 126 LPI), otorgando derechos exclusivos sobre la fijación, reproducción, distribución y comunicación pública.

Sin embargo, esta fórmula de protección de tales derechos conexos no está prevista en el art. 270.1 CP. Es cierto que el art. 270.2 CP, tras la ya citada reforma operada por la LO 1/2015, amplió la protección a la facilitación del acceso o localización en internet de «obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual». Eso es lo que ha llevado a que alguna Audiencia Provincial haya entendido que (como veremos más adelante) la conducta de aquellos que *facilitan enlaces para ver partidos de fútbol de pago* puede ser subsumida en el art. 270.2 CP, pero –por las razones ya expuestas– no se ha extendido a la persecución penal de los titulares de locales de ocio que emiten de manera ilícita los partidos, que debería articularse a través del primer apartado del art. 270 CP.

La principal defensora del recurso al castigo de estos supuestos como delito contra la propiedad intelectual fue en su momento la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), a través de su Circular 8/2015, de 21 de diciembre, «*sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*». Dicha posibilidad de castigo habría quedado habilitada, siempre según la FGE, a través de la ampliación de los derechos objeto de protección llevada a cabo por la citada reforma a las «prestaciones» (junto a las obras literarias, artísticas o científicas), considerando que dicho concepto ampara algo distinto a los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto. La FGE apoyaba por tanto la interpretación extensiva del artículo 270.1 CP, defendiendo que la protección penal alcanza a las retransmisiones deportivas, en línea con la ampliación del objeto material del delito tras la reforma de 2015.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha adoptado una posición clara al respecto, excluyendo expresamente las retransmisiones deportivas de la protección penal del artículo 270.1 CP. El alto tribunal sostiene que los partidos de fútbol, aunque generan derechos afines, no encajan en el art. 270.1 CP, por lo que la protección penal de tales supuestos se articula principalmente a través del art. 286.4 CP que sanciona el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional. El *fundamento de dicha exclusión* se encuentra, en la línea con lo antes apuntado, en que el tribunal considera que las retransmisiones deportivas no pueden considerarse obras literarias, artísticas o científicas protegidas por el artículo 270.1 CP (un partido de fútbol *no es algo «literario, artístico ni científico»*, se afirma). Conforme a la referida doctrina del Tribunal Supremo (STS 546/2022 de 2 de junio y STS 581/2023, de 11 de julio), los partidos de

fútbol no son obras protegidas por la propiedad intelectual en el sentido estricto del artículo 270.1 CP, *por carecer de originalidad y creatividad*. El Tribunal Supremo interpreta esto en aplicación del principio de legalidad penal y de la necesaria interpretación restrictiva de los tipos penales (no cabe interpretación extensiva ni analogía). Afirmar que *habría por tanto bastado con añadir a la locución «prestaciones literarias, artísticas o científicas» el calificativo «deportivas» para que ninguna duda suscitara acerca de la inclusión de los hechos denunciados en el precepto –art. 270 CP– cuya aplicación se reivindica*.

El alto tribunal considera, en definitiva, que el destinatario de la norma imperativa, que está ínsita en cualquier precepto penal, tiene que conocer a qué está obligado. Y ese conocimiento ha de ligarse al sentido propio de los términos con los que el precepto penal ha descrito la acción típica. En la STS 546/2022 el tribunal considera que las emisiones deportivas forman parte del contenido material del derecho a la propiedad intelectual (en sentido amplio) y que está fuera de toda duda que la comunicación pública de esas grabaciones sólo es legítima si está debidamente autorizada. Pero los magistrados rechazan que la vulneración de los derechos exclusivos generados por la emisión de un encuentro de fútbol encaje en la noción de «obra o prestación literaria, artística o científica», como fija el Código Penal en el artículo 270, añadiendo que la transmisión o grabación en directo de un partido de fútbol carece de la originalidad y altura creativa necesarias para ser considerada como *obra protegida* por la propiedad intelectual en el ámbito penal. Finalmente, frente a la opinión de la FGE, considera además que el término «prestación» incluido en el artículo 270.1 CP, debe entenderse también restringido a prestaciones literarias, artísticas o científicas, y no a cualquier tipo de prestación.

III. LA CONSIDERACIÓN DE LA EMISIÓN DE PARTIDOS SIN AUTORIZACIÓN EN LOCALES DE OCIO COMO DELITO RELATIVO AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES DEL ART. 286.4 CP

El art. 286.4 CP sanciona (con la pena prevista en el art. 255 CP –multa de tres a doce meses si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros y de uno a tres meses para el caso de que no exceda de dicha cantidad–) a quien *utilice equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación*, con independencia de la cuantía de la defraudación.

La *conducta típica* en este apartado consiste, por lo tanto, en la utilización de dispositivos ilícitos que faciliten el acceso desautorizado a un servicio de radiodifusión o interactivo de carácter condicional. Desde un *punto de vista subjetivo* (y a diferencia del delito contra la propiedad intelectual) no se exige ánimo de lucro ni de ningún otro tipo y tampoco es necesario ocasionar un perjuicio económico al titular de los derechos (*con independencia de la cuantía de la defraudación*). El delito se consuma por lo tanto con el efectivo acceso ilícito al servicio protegido de forma no autorizada. La mera posesión del dispositivo será un acto preparatorio impune. Se trata por lo tanto de un precepto con unos requisitos típicos mucho menos exigentes que los del delito contra la propiedad intelectual y también (como ya se apuntó) con unas consecuencias punitivas mucho menos severas.

Para definir lo que se entiende por los dispositivos ilícitos (equipos o programas) a los que se refiere el precepto deberá acudir a la definición ofrecida por el art. 2.c y e) de la Directiva 98/84/CE⁷, donde se considera «dispositivo de acceso condicional» a cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible; y «dispositivo ilícito» a cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor de dichos servicio. En la práctica, los autores recurren a decodificadores ilegales (manipulados o no autorizados) u otros sistemas equivalentes⁸.

El caso que da lugar a la resolución más relevante del Tribunal Supremo en la materia (la ya citada, STS 546/2022) tiene su origen en una resolución, pionera en la materia, del Juzgado de lo Penal número 7 de Valencia (procedimiento abreviado núm. 91/20) de fecha 1 de marzo de 2021, que condenó al autor responsable por un delito leve relativo al mercado y a los consumidores de carácter continuado. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LaLiga), dictándose sentencia núm. 347/21 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 7 de junio de 2021, que con-

⁷ Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

⁸ Por ejemplo, SAP Madrid 560/2021 de 12 de noviembre, referida al uso de un decodificador marca STELAR, modelo ST27HDO2, que no estaba autorizado ni homologado por ninguna operadora legal en España; SAP Madrid 261/2020 de 31 de marzo, que expone cómo el investigado utilizó un decodificador alterado para acceder y retransmitir ilegalmente partidos de fútbol en un establecimiento, sin autorización; en particular se intervino un decodificador marca Kubo Mini núm. serie 130016090646 y se presentó un informe técnico que analizó la capacidad del aparato para permitir el acceso a televisión de pago.

firmó la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. A partir de ahí, la inmensa mayoría de las resoluciones han seguido este criterio jurisprudencial, considerando que la conducta de emitir partidos de fútbol en establecimientos públicos sin autorización, mediante decodificadores ilegales (manipulados o no autorizados) u otros sistemas no autorizados, encaja sin discusión en el art. 286.4 CP⁹.

IV. RESPUESTA FRENTE LOS FACILITADORES DE ENLACES FRAUDULENTOS (DISTRIBUIDORES DE LA SEÑAL PIRATA)

1. Respuesta penal

Nos referimos ahora a las llamadas webs *de enlaces*, espacios digitales que contienen *links* o enlaces que o bien llevan al servidor (generalmente extranjero) dónde se encuentran los archivos (obras) protegidos (o emisiones ilícitas), o activan el programa *p2p* que posibilita el inicio de la descarga. En el caso que nos ocupa son espacios digitales desde los que se emite el evento, ya se directamente o a través de determinadas *apps* (por ejemplo, *AceStream*). Todo ello se realiza sin contar a los efectos de dicho acceso con los permisos y autorizaciones de los titulares de los derechos de autor o del evento que se emite.

A este tipo de webs o espacios digitales con contenidos protegidos hace expresa referencia el art. 270.2 CP, que castiga a quien facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente¹⁰.

⁹ Por ejemplo, SAP Bizkaia 90170/2021, SAP Pontevedra 352/2021, SAP Albacete 88/2024, SAP Madrid 393/2023, SAP Barcelona 6133/2021, SAP Castellón 1296/2021, SAP Valencia 3319/2019, SAP Jaén 131/2020, SAP Pontevedra, Sentencia 261/2020, SAP Albacete, Sentencia 135/2024, SAP Madrid, Sentencia 276/2025, SAP Ourense, Sentencia 48/2025, SAP Sevilla, Sentencia 40/2025, entre otras.

¹⁰ El origen de la previsión legal relativa al castigo de los servicios de referenciación de contenidos lo encontramos en la petición de la Fiscalía General del Estado (Memoria de 2013); en ella se explicita cómo la evolución tecnológica ha determinado la generalización de nuevos comportamientos delictivos en el ámbito internet, cuya incardinación en alguna de las conductas típicas relacionadas en el citado artículo 270 estaba generando un importante debate doctrinal y jurisprudencial con el argumento de que dicha posibilidad implicaría una rechazable interpretación extensiva del tipo penal. En concreto, la tipicidad de estos supuestos hasta ese momento se encontraba cuestionada (al igual que sucedía en el ámbito civil) precisamente por la dificultad de encajar este comportamiento en las conductas que sanciona el ar-

A partir de dicha previsión legal, (también derivada de la reforma de 2015), existen algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales que han admitido la aplicación del art. 270.2 CP en determinados supuestos de facilitación de acceso en internet para la emisión de partidos de fútbol protegidos. Ello se justificaría, según dichas resoluciones, en que el segundo apartado del art. 270 CP, a diferencia del primero, se referiría a «obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual», sin limitarlas (como sí hace el apartado 1) a las «literarias, artísticas o científicas». De ese modo consideran que el art. 270.2 CP puede aplicarse a la facilitación de enlaces a partidos de fútbol en internet, entre otras, STJCLM, 81/2024 de 4 de octubre.

El art. 270.2 CP añade ulteriores requisitos típicos que no están presentes en el art. 286.4 CP. Entre ellos destacamos los siguientes:

- El elemento subjetivo constituido por «*el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*», que debe ser interpretado como *estricto lucro comercial*, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Primero, porque debe tenerse en cuenta la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, frente a la de los derechos patrimoniales o de propiedad. Y, en segundo lugar, porque sólo así pueden distinguirse claramente los ámbitos civil y penal ¹¹.

- El artículo 270.2 CP contiene en su redacción la exigencia de que la conducta se lleve a cabo «*en perjuicio de tercero*», que, de un modo mayoritario, se ha entendido que no reclama que concurra un perjuicio efectivo a consecuencia del ataque a los derechos de autor, bastando la existencia de un pe-

título 270.1 CP y, en particular, en la expresión típica «comunicación pública» que es la utilizada generalmente para las conductas cometidas a través de internet. Esta situación estaba determinando serias dificultades en la persecución en vía penal de dichas actividades, aun cuando reunían el resto de los elementos típicos, es decir, ánimo de lucro comercial, ausencia de autorización del titular de derechos y el perjuicio económico derivado de ello. Hasta la entrada en vigor de la reforma penal de 2015, los jueces de lo penal veían considerando atípicas las conductas de los que creaban y mantenían las webs de referenciación de contenidos que vulneraban la propiedad intelectual por su carácter no esencial y por las dificultades de subsunción de tales conductas en los verbos típicos del art. 270 CP.

¹¹ En ese sentido, ya la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado expuso la idea de que, en el marco de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, resulta necesario coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías, con los derechos de los usuarios de tales servicios, excluyendo del ámbito penal las conductas que, si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, lo harán de forma menos grave, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de mayor entidad, a los efectos de evitar un solapamiento de los ámbitos civil y penal de protección.

ligro meramente potencial¹². Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero, la consumación del delito no exige que, efectivamente, se cause (potencialidad lesiva)¹³. Esta interpretación es, además, a mi juicio, la única posible también en internet, pues en este ámbito resultaría enormemente complejo determinar un resultado lesivo tangible. El perjuicio consistiría en una especie de *lucro cesante presunto*, ya que lo que tiene lugar es, como máximo, una reducción de los beneficios económicos derivados de falta de contratación del servicio¹⁴. La ecuación [acceso ilícito = ausencia de contratación] dista mucho de ser exacta, pues no todo el que accede ilícitamente estaría dispuesto a (o podría) pagar por el servicio.

– Existe finalmente un requisito negativo: *«facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un mero tratamiento técnico»*. Con ello el legislador pretende excluir del castigo a los buscadores, al referirse a quienes desarrollen actividades de mera intermediación técnica, como puede ser, entre otras, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos o que enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros.

2. Bloqueo de servidores y direcciones IP

Resulta esencial para los titulares de los derechos comprometidos la posibilidad de bloquear en tiempo real los enlaces que permite el acceso al contenido ilícito («tumbar enlaces»). La eficacia de los bloqueos de enlaces a emisiones pirata está condicionada por la necesaria inmediatez, pues, en el caso de demora, el consumo ilícito del partido en cuestión ya se habrá producido.

A estos efectos ha resultado clave hasta la fecha la Sentencia 310/2024 de 18 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona. Dicha resolución, en la práctica, permite a LaLiga ordenar a los propietarios de las mayores redes de banda ancha en España por número de usuarios, el bloqueo inmediato de las direcciones IP que están compartiendo señales de partidos de forma ilegal. La sentencia citada estimó íntegramente la demanda

¹² Entre otros, MATA Y MARTÍN, R.M., «Perspectivas sobre la protección penal del software», en Romeo Casabona C.M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, 2006, Comares, p. 136.

¹³ Así, afirma por ejemplo la STS de 13 de octubre de 1988 que: «(...) la infracción penal ha de entenderse cometida, en cuanto que se ataque o lesione el derecho de autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones, sin que por lo tanto sea menester, para apreciar la consumación del delito, la existencia de perjuicio económico».

¹⁴ SEMINARA S., «La piratería su Internet e il diritto penale», AIDA, V-1996, Giuffrè, 1997, p. 74.

interpuesta por LaLiga y Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U., frente a Vodafone España, S.A.U.; Vodafone Ono, S.A.U.; Masorange Orange Espagne, S.A.U.; Digi Spain Telecom. S.L.U.; Telefónica España, S.A.U. Telefónica Móviles España, S.A.U. En concreto la resolución acordó el inmediato cese del acceso a las IP desde las que se distribuyen ilícitamente los contenidos de LaLiga y su cese a futuro, el bloqueo, de las *IPs* identificadas, la monitorización durante un tiempo acotado (que se contabilizara por temporadas deportivas), de esas concretas *IPs*, al objeto de identificar las *IPs* sucesoras, y la remisión de listados con las identificaciones de las nuevas *IPs* sustitutas o sucesoras de las inicialmente objeto de bloqueo con arreglo a estas indicaciones. Se admiten comunicaciones por parte de LaLiga o Tribunal Administrativo del Deporte (TAD) indistintamente, y en cualquier día de la semana (incluidos fines de semana y festivos) en los que se disputen y emitan partidos de fútbol de cuyos derechos sean titulares, tanto antes como durante el transcurso del evento emitido en directo para la ejecución del bloqueo lo antes posible y, en todo caso, antes de su finalización.

Contra la Sentencia citada se interpuso incidente de nulidad ante el mismo Juzgado por parte de la empresa Cloudflare y la Asociación RootedCon, acompañando diversos informes que ponían de manifiesto los efectos perjudiciales que esta sentencia les estaban causando, así como por el hecho de que los bloqueos de direcciones *IP* que llevaban a cabo en ejecución de la citada resolución estaban afectando e impidiendo el acceso a otras páginas web de contenido lícito¹⁵. El Juzgado de lo Mercantil 6 de Barcelona desestimó íntegramente estas solicitudes de nulidad.

El soporte legal del referido bloqueo se encuentra en el art. 138 de la LPI, que regula las acciones generales de tutela, incluyendo la legitimación para solicitar el cese de la actividad ilícita, indemnizaciones y medidas cautelares preventivas y el art. 139 LPI, relativo al cese de la actividad ilícita, incluyendo la posibilidad de suspender servicios de intermediarios que faciliten la infracción. Los tribunales recurren a estos preceptos, combinados con las medidas cautelares urgentes de la LEC, para autorizar bloqueos dinámicos de enlaces, *IPs* o dominios. Resultan clave para las medidas de bloqueo inmediato y dinámico, ya que permiten la interrupción provisional de accesos a sitios o *IPs* que distribuyan o habiliten el acceso no autorizado a retransmisiones protegidas. Son mecanismos de bloqueo dinámico autorizados judicialmente desde que se

¹⁵ Algunos sitios piratas usan *CDNs*, que ocultan el origen real y comparte *IPs* entre miles de webs. Al bloquear una *IP* que aloja un *stream* ilegal, se afecta a todas las webs que la compartan, con el efecto colateral de que múltiples sitios legítimos caen temporalmente durante los partidos.

dictó la citada Sentencia 310/2024 y que se mantiene activos en la temporada 2025/2026. No es indefinido, pero sí cubre varios años completos de competiciones mientras dure el acuerdo de derechos y no haya cambio normativo o sentencia superior.

Para poder activar el bloqueo de enlaces LaLiga utiliza herramientas propias de detección automática: *crawlers*, *fingerprinting* de señales audiovisuales, análisis de tráfico y colaboración con *CDNs* y plataformas, que detectan *streams* piratas (*IPTV*, *cardsharing*, webs de *streaming* ilegal) que emiten partidos en directo, identificando *IPs*, dominios o rangos que los alojan o distribuyen.

V. RESPUESTA PENAL FRENTE A QUIENES DISTRIBUYEN DISPOSITIVOS DECODIFICADORES DE SEÑAL Y FRENTE A LOS CONSUMIDORES DEL FÚTBOL PIRATA

1. Venta de dispositivos que posibilitan el acceso ilícito

La conducta típica consiste en la comercialización, distribución o puesta a disposición de equipos (decodificadores, Smart TV Box, etc.) que permiten el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional, como canales de televisión de pago, con dicha finalidad, sin consentimiento del titular de los derechos y con ánimo de lucro. Tal conducta es subsumida por mayoría de las sentencias en el artículo 286.1 CP, precepto que sanciona la facilitación de acceso no autorizado a servicios de radiodifusión, televisión o servicios interactivos de pago, mediante la fabricación, importación, distribución, venta o puesta a disposición de equipos o programas informáticos diseñados o adaptados para tal fin (ver, por ejemplo, STSJ Madrid 393/2023 de 31 de octubre o SAP Albacete 88/2024 de 27 de febrero, entre otras).

2. Eventual responsabilidad de los consumidores de futbol pirata

Como se apuntó al estudiar uno de los elementos característicos del art. 270 CP («el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto»), los usuarios consumidores del producto (emisiones deportivas pirateadas) no pueden ser considerados penalmente responsables, ya que dicho elemento típico debe ser interpretado como estricto lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil el resto de los supuestos (incluido

el mero hecho de disfrutar de la emisión u obra protegidas). En ese sentido, ya la Circular 1/2006 de FGE apuntaba la necesidad de coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías, con los derechos de los usuarios de tales servicios, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de mayor entidad, a los efectos de evitar un solapamiento entre los ámbitos civil y penal de protección.

Sí quedaría disponible frente a estas actuaciones (usuarios de enlaces ilícitos) la posibilidad de recurrir a una demanda civil, algo que históricamente ha sido complejo por la dificultad para acceder a las direcciones *IP* si no se está investigando un delito, y con ello a los datos personales de tales usuarios. Sin embargo, en la actualidad LaLiga obtiene las direcciones *IP* de usuarios que se conectan a servidores o canales piratas mediante herramientas tecnológicas propias de monitoreo (rastrea en tiempo real *IPs* conectadas a *streams* ilegales)¹⁶. A continuación, con las autorizaciones judiciales ya comentadas, requiere de las principales operadoras la entrega de datos del titular de la *IP* en el momento de la conexión detectada. Dicha operación se sustenta en diligencias preliminares (art. 256 LEC) dirigidas a identificar presuntos infractores de derechos audiovisuales.

¹⁶ La LaLiga, al menos durante septiembre de 2025, remitió burofaxes a numerosos presuntos consumidores de retransmisiones ilegales de fútbol, como «indemnización por daños y perjuicios» por el supuesto consumo de retransmisiones ilegales de partidos de fútbol a través de plataformas piratas (principalmente IPTV, *AceStream*, *cardsharing* u otros *streams* sin derechos», exigiendo el pago de 450,16 € para «evitar una futura demanda judicial».

70. APROXIMACIÓN AL PROYECTADO DELITO DE VULNERACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva ¹

I. APROXIMACIÓN

Este merecido homenaje al Catedrático y amigo José Luis de la Cuesta Arzamendi refleja la admiración por un penalista que lleva toda su vida académica siguiendo y potenciando la estela humanista que hizo germinar con su maestro, el inolvidable Antonio Beristain Ipiña. Desde el Instituto Vasco de Criminología y de la Asociación Internacional de Derecho Penal ha dejado una huella imborrable para los penalistas de finales del siglo xx y comienzos del siglo xxi. Justamente el tema que aquí abordo se relaciona con parte de su obra, la armonización penal en la Unión Europea, que está a punto de dar un salto exponencial con la inminente incorporación de los delitos de vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea.

La problemática de las medidas restrictivas de la UE es bastante compleja, pues una vez definidas por la Unión una serie de reglas de obligado cumplimiento que afectan a personas físicas o jurídicas, deben concretarse las pautas y sanciones para que dichas reglas sean efectivamente cumplidas. Parece haber

¹ Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Ganancias ilícitas y sistema de Justicia Penal» PID 2022-138796NA-100.

llegado el momento de recurrir al Derecho Penal para que dichos mandatos no se diluyan en la nada. El Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) habilita al Consejo, en su art. 215, a adoptar determinadas medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales, que pueden consistir en sanciones financieras, como la inmovilización de fondos, o restricciones de movilidad, como entrar o permanecer en territorio de la UE, el cierre del espacio aéreo o, en definitiva, en otros tipos de acciones que condicionan el comercio, exigen el embargo de armas, etc. Como expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal actualmente en tramitación, existen en la actualidad más de 50 regímenes a los que la Unión Europea aplica medidas restrictivas *vinculantes* para los Estados miembros y para las personas o entidades que se encuentren bajo sus jurisdicciones. Se trata de situaciones específicas de personas y países concretos, a las que se suman medidas restrictivas temáticas «*contra la proliferación y el uso de armas químicas, los ciberataques, las violaciones de los derechos humanos y el terrorismo*»².

Esta situación jurídica no es nueva. Sin embargo, sí lo es el impulso político-criminal que ha adoptado la Unión Europea, optando por la punición de las personas físicas o jurídicas que incumplan estos deberes vulnerando las medidas restrictivas impuestas por la propia Unión. Más concretamente, se opta por la vía penal al hilo del enfrentamiento armado entre Rusia y Ucrania³, pues si bien ninguno de dichos Estados forma parte de la Unión, se considera como agresión la actuación rusa y son sancionados los intereses rusos y bielorrusos, inmovilizando activos, restringiendo el comercio, la importación y exportación de determinados bienes y otro buen número de operaciones de todo tipo. A partir de aquí se cuestiona el nivel de eficacia de todas estas medidas y se considera que no se alcanza un nivel aceptable por carecer de una amenaza penal homogénea.

II. LA DIRECTIVA (UE) 2024/1226

Un problema importante para poder aplicar las medidas restrictivas europeas se presentaba ante la inexistencia de una armonización legislativa dentro

² El Departamento de Documentación del Congreso de los Diputados calcula que actualmente casi 5.000 personas y entidades están sujetas a estas medidas (Dosier. Serie legislativa. Núm. 21, noviembre 2025, p. 2).

³ Las medidas restrictivas contra Rusia se aplican por la UE desde 2014, tras la anexión de Crimea y Sebastopol. Se considera que Rusia es actualmente el país más sancionado del mundo, superando incluso a Corea del Norte. Cfr. CALLEJA CRESPO, D. «La adopción de sanciones contra Rusia por la guerra de Ucrania: La perspectiva de la Comisión Europea» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 75, 2003, p. 84.

de la Unión: ante normativas internas dispares, la eficacia de las medidas se reducía o, en algunos casos, desaparecía, pues los sancionados podían recurrir fácilmente a jurisdicciones de conveniencia⁴. Esta disparidad jurídica llevó a que el 24 de abril de 2024 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaran la Directiva (UE) 2024/1226, relativa a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673. Según su considerando primero, su necesidad radica en «establecer normas mínimas en relación con la definición de los delitos y de las sanciones por la vulneración de dichas medidas restrictivas de la Unión». Volvemos, por lo tanto, a la asunción de competencias penales por parte de la Unión Europea que, siendo plenamente posible conforme al marco jurídico vigente, debe reservarse justamente para supuestos de homogeneización normativa europea como el que trata esta Directiva. Se trata de proteger los objetivos de política exterior y de seguridad común (PESC, art. 21 del Tratado de la Unión Europea)⁵. La propia Directiva ilustra estas medidas restrictivas, incluyendo entre ellas medidas económicas y financieras sectoriales sobre la prestación de servicios financieros o la realización de otro tipo de actividades financieras⁶, y otras actividades distintas de las financieras⁷. Todo ello sin olvidar la *naturaleza política* de estas medidas restrictivas, en el contexto de la PESC, sin dejar de lado su dimensión jurídica⁸. Existen listados de personas sancionadas, mientras otros sujetos u *opera-*

⁴ Cfr. CALLEJA CRESPO, D., «La adopción... *op. cit.* p. 85 y sig. Cfr. también RUEDA GARCÍA, L. «La Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, relativa a la definición de los delitos y sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673». *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento* n.º 86, enero 2025, p. 3.

⁵ Como recuerda el considerando segundo de la Directiva, entre ellos se incluyen «la defensa de los valores, la seguridad, la independencia y la integridad de la Unión, la consolidación y el respaldo de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional, el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas».

⁶ Entre ellas se encuentran «la financiación y la asistencia financiera, la inversión y la prestación de servicios de inversión, la emisión de valores negociables e instrumentos del mercado monetario, la aceptación de depósitos, la prestación de servicios especializados de mensajería financiera, la negociación de billetes, la prestación de servicios de calificación crediticia y la entrega de criptoactivos y mone-deros de criptoactivos» (considerando 11.º).

⁷ Entre ellos se incluyen «la prestación de servicios de asesoramiento jurídico, servicios de confianza, servicios de relaciones públicas, servicios de contabilidad, auditoría, teneduría de libros y consultoría tributaria, servicios de consultoría empresarial y de gestión, servicios de consultoría informática, servicios de radiodifusión y servicios de arquitectura e ingeniería» (considerando 12.º).

⁸ Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre efectividad y legalidad», *Revista de Derecho comunitario europeo* 75, 2023, p. 97 y sig. Estas medidas generan consecuencias directas en la esfera de los particulares.

dores están obligados al cumplimiento de estas medidas, en tanto otras instituciones (en España, por ejemplo, la CNMV, el Banco de España, o el SEPBLAC) deben inspeccionar y supervisar que las medidas restrictivas se apliquen efectivamente⁹. En todo caso, no son en sí medidas punitivas sino preventivas, pero a partir de ahora comenzará a regir la amenaza penal para las personas físicas y jurídicas sancionadas por la UE («persona, entidad u organismo designado»: la persona física o jurídica, entidad u organismo sujetos a medidas restrictivas de la Unión, según el art. 2.2 de la Directiva UE 2024/1226) y para las personas o entidades del mundo profesional, financiero, funcionarial o incluso los particulares obligados a cumplir las medidas restrictivas.

El art. 3 de la Directiva, excesivo y farragoso, define las conductas que deben ser penalizadas. Así: «Vulneración de las medidas restrictivas de la Unión 1. Los Estados miembros garantizarán que las siguientes conductas constituyan delito cuando sean intencionadas y vulneren una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión o que esté prevista en una disposición nacional por la que se ejecute una medida restrictiva de la Unión, cuando sea necesaria su ejecución nacional:

a) la puesta de fondos o recursos económicos a disposición, directa o indirectamente, de una persona, entidad u organismo designado, o en su beneficio, infringiendo una prohibición que constituya una medida restrictiva de la Unión;

b) la no inmovilización de fondos o recursos económicos cuya propiedad, tenencia o control corresponda a una persona, entidad u organismo designados, infringiendo una obligación de hacerlo que constituya una medida restrictiva de la Unión;

c) el hecho de permitir que personas físicas designadas entren en el territorio de un Estado miembro o transiten por el territorio de un Estado miembro, infringiendo una prohibición que constituya una medida restrictiva de la Unión;

d) la realización o el mantenimiento de operaciones con un tercer Estado, organismos de un tercer Estado, entidades u organismos que, directa o indirectamente, sean propiedad o estén bajo el control de un tercer Estado o de organismos de un tercer Estado, incluida la concesión o ejecución ininterrumpida de contratos públicos o de concesión, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión;

⁹ Cfr: PASTOR PALOMAR, A. «Desarrollos recientes en la práctica de las medidas restrictivas de la UE», *La Ley mercantil* n.º 118, noviembre 2024, p. 2.

e) el comercio, la importación, la exportación, la venta, la compra, la transferencia, el tránsito o el transporte de bienes, así como la prestación de servicios de corretaje, asistencia técnica u otros servicios relacionados con dichos bienes, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión;

f) la prestación de servicios financieros o la realización de actividades financieras, cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión;

g) la prestación de servicios distintos de los mencionados en la letra f), cuando la prohibición o restricción de dicha conducta constituya una medida restrictiva de la Unión;

h) la elusión de una medida restrictiva de la Unión de alguna de las siguientes formas:

i) utilizando o transfiriendo a un tercero, o disponiendo de otro modo de ellos, fondos o recursos económicos que directa o indirectamente sean propiedad o estén en posesión o bajo el control de una persona, entidad u organismo designado y que deban ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva de la Unión, para ocultar dichos fondos o recursos económicos,

ii) proporcionando información falsa o engañosa a fin de ocultar el hecho de que una persona, entidad u organismo designados es el propietario o beneficiario último de fondos o recursos económicos que deben ser inmovilizados de conformidad con una medida restrictiva de la Unión,

iii) incumpliendo una persona física designada, o el representante de una entidad u organismo designado una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión de informar a las autoridades administrativas competentes de los fondos o recursos económicos dentro del territorio de un Estado miembro que le pertenezcan o estén en su posesión o bajo su control,

iv) incumpliendo una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión de proporcionar a las autoridades administrativas competentes información sobre los fondos o recursos económicos inmovilizados o la información de que se disponga sobre los fondos o los recursos económicos que se encuentren en el territorio de los Estados miembros y cuya propiedad, tenencia o control corresponda a personas, entidades u organismos designados y que no hayan sido inmovilizados, cuando dicha información se obtuviese durante el ejercicio de una función profesional;

i) vulnerando o incumpliendo las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas por las autoridades competentes para llevar a cabo activida-

des que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la Unión».

Dispone el número 2 de este mismo artículo que los Estados miembros podrán disponer que no constituyan delito algunas de las infracciones anteriormente mencionadas, si se trata de valores inferiores a 10.000 euros, y el número 3 contempla supuestos en los que debe punirse necesariamente, cuando el hecho se cometa por imprudencia grave¹⁰. Se establece, asimismo, la necesaria criminalización de la inducción, complicidad y tentativa (art. 4). Sorprende el artículo 5 que se dedica a establecer el marco de penas aplicables a las personas físicas (efectivas, proporcionadas y disuasorias), cuando añade que sean necesariamente de prisión, estableciendo un límite mínimo para las penas máximas (uno, tres o cinco años, según los casos). El artículo 7 hace referencia a las necesarias penas que deben imponerse a las personas jurídicas que delincan. Otras cuestiones aparecen también reguladas, como las circunstancias agravantes (art. 8) atenuantes (art. 9) el embargo y decomiso (art. 10) y otras disposiciones de naturaleza procesal.

Destaca la modificación de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal, con el objeto de que se considere como delito antecedente de dicho blanqueo a la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión Europea. Esta referencia no es particularmente trascendente a los efectos del derecho español, ya que en nuestro ordenamiento jurídico el blanqueo de dinero se aplica a los bienes procedentes de cualquier delito, sin distinción, en la medida en que puedan generar capitales ilícitos susceptibles del posterior blanqueo, lo que puede darse en muchos de estos casos¹¹. Sin embargo, el Proyecto español de reforma prevé para estos delitos de blanqueo que la pena aplicable lo sea en su mitad superior, lo que supone un impulso punitivo exagerado, más allá de las previsiones europeas¹². Como de costumbre, nuestro legislador es, cuando quiere, *más papista que el Papa*.

¹⁰ La norma establece que entre las conductas sancionables por imprudencia grave deben incluirse «al menos» productos incluidos en la Lista Común Militar de la UE o productos de doble uso detallados en el Reglamento (UE) 2021/821. Como destaca León Alapont se está potenciando sin justificación alguna la punición de un número mayor de conductas culposas. Cfr. LEÓN ALAPONT, J. «Los nuevos delitos relativos a la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea: la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento y del Consejo, de 24 de abril, en *ReCrim* 2025, p. 83.

¹¹ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C. *El delito de blanqueo de dinero*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2024, p. 129.

¹² Cfr. LEÓN ALAPONT, J. «Los nuevos delitos», *op. cit.* p. 79.

III. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Se encuentra en plena y tardía tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en orden a la definición de los delitos y las sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión. Estas normas debían haber sido transpuestas con anterioridad al 20 de mayo de 2025¹³. Como han destacado en sus informes el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, a los que se ha sumado la doctrina¹⁴, muchos de estos ilícitos no tienen cabida en nuestra regulación punitiva actual. Señala la Exposición de Motivos que «Las medidas restrictivas son un instrumento esencial para promover los objetivos de la política exterior y de seguridad común (PESC), establecidos en el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE)», añadiendo que «Para preservar estos valores, la Unión Europea puede imponer medidas restrictivas contra países, entidades y personas físicas o jurídicas de fuera de la Unión Europea».

La Exposición de Motivos de la ley expresa con claridad cuál es su metodología que será al mismo tiempo la causa de las principales críticas que entendiéndose se le deben formular: «Se trata en todo caso de normas penales en blanco, pues se definen conductas delictivas, pero parte de la definición depende de lo establecido en una norma extra-penal, en este caso los Reglamentos y Decisiones PESC del Consejo que imponen medidas restrictivas de la Unión Europea, así como las normas nacionales que los implementan. De este modo, no podrá considerarse penalmente ilícito lo que no lo sea conforme a dichos Reglamentos europeos. Éste es el principio rector que inspira toda interpretación de la norma». En principio, nada hay que objetar a esta técnica legislativa pues, como sostiene Terradillos Basoco, una remisión de esta naturaleza, previa al juicio de imputación, no «tiene por qué comportar mengua de garantías»¹⁵. Sin embargo, algunos de los tipos proyectados poseen tal amplitud y ambigüedad que hacen evidente el riesgo de afección al principio de legalidad penal (taxatividad).

¹³ Este retraso ha supuesto la apertura de un procedimiento de infracción contra España y contra otros países miembros de la UE.

¹⁴ Cfr. Informe sobre Anteproyecto de LO de medidas restrictivas, CGPJ, apartado 33; Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO, pág. 11; León Alapont, J. «Los nuevos delitos», *op. cit.* p. 78.

¹⁵ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. «Sistema penal y empresa», en AAVV (Terradillos, J. y Acale, M. coord.), *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz, pp. 28 y sig. Añade este autor que la ley penal en blanco no puede utilizarse para ampliar sino para restringir el ámbito de intervención penal. Sobre esta problemática, cfr. GARCÍA ARÁN, M. «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *EPC* t. XIV, 1993, pp. 68 y sig.

Al margen de incorporar estos delitos en el art. 127 bis CP en materia de decomiso ampliado, e imponer la pena en su mitad superior si se trata del delito de blanqueo de dinero en el art. 301.1 CP, se crea un nuevo Título XXIII bis del Libro II del Código Penal, dedicado a los «Delitos relativos a la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea». La clave de la reforma se encuentra en este Título, que concentra en su primer capítulo los nuevos arts. 604 bis, 604 ter, 604 quater y 604 quinquies del Código Penal. Se trata de las conductas punibles europeas declaradas de expresa tipificación por parte de los Estados miembros. En realidad, se ha adaptado con ligeras variaciones el texto europeo, lo que reconoce expresamente la Exposición de Motivos: «se sigue, en la medida de lo posible, una traslación literal de las tipificaciones contenidas en la Directiva, sin perjuicio de que ello, en algunos casos puntuales, pueda dar lugar a situaciones de concurso de leyes o de concurso ideal de delitos, que se deberán resolver conforme a las normas generales del Código Penal».

Se ha conformado una figura básica prevista en el proyectado art. 604 bis CP que sancionaría con «la pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los fondos, recursos económicos, bienes, servicios, operaciones o actividades involucrados en su ejecución, quienes vulneren una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, o que esté prevista en la normativa española para su ejecución», siempre que el valor superara los 100.000 euros, tratándose, entre otros, de la puesta de fondos a disposición de personas o entidades sujetos a medidas restrictivas de la Unión (letra a); no inmovilización de fondos de tales personas o entidades (letra b); mantenimiento de operaciones con terceros Estados o entidades sujetos a medidas restrictivas (letra c); cualquier tipo de operaciones comerciales sometidas a estas restricciones (letra d), transferencia ilícita de fondos (letra g.1), o la amplísima y cuestionada figura de *proporcionar información falsa o engañosa* sobre la propiedad o beneficiario último de recursos inmovilizados ¹⁶.

La letra «h» prevé que debe sancionarse con la misma pena «La realización de cualquier actividad sin autorización, o que vulnere o incumpla las condiciones establecidas en autorizaciones concedidas por las autoridades competentes que, a falta de dicha autorización, supongan la infracción de una prohibición o restricción que constituya una medida restrictiva de la Unión

¹⁶ Cfr. WALSER BOSERMAN, J. «Sanciones internacionales y derecho penal español: un examen del anteproyecto de transposición de la Directiva (UE) 2024/1226», *Diario la Ley* n.º 10788, Septiembre 2025, p. 4; PARRILLA VERGARA, J. «La que se avecina: la reforma del Anteproyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva (UE) 2024/1126», en <https://blog.sepin.es/blog/2025/09/24/anteproyecto-ley-organica-transposicion-directiva-ue-2024-1126/> (consultado 31-12-2025).

Europea». Se trata de una fórmula amplísima, cláusula de recogida que va claramente en contra del principio de taxatividad. Nuestro legislador pretende incorporar un delito de mera desobediencia a los mandatos europeos, sin dotar a esta prohibición de un mínimo contenido material, sin exteriorizar algún criterio que justifique la imposición de la pena. Aunque pueda corresponderse con la previsión expresamente contemplada en la letra i) del art. 3.º de la Directiva (UE) 2024/1226, nuestro legislador debería recordar los fundamentos y principios constitucionales que alberga nuestro ordenamiento y la poca sutileza jurídica que demuestra con mucha frecuencia el legislador europeo.

El proyectado art. 604 bis 2 CP prevé penas inferiores en grado si las cuantías de referencia superan los 10.000 euros sin superar los 100.000 euros. Dispone el art. 604 bis 3 CP que «Para la determinación de las cuantías a que se refieren los dos apartados precedentes, se estará al total de las conductas realizadas por el mismo sujeto activo, siempre que estas sean conexas y de la misma naturaleza». La utilización de este sistema de cuantías, cada vez más frecuente en nuestra legislación penal, no está exenta de problemas. La mera suma de cuantías que individualizan conductas no punibles, o que conforman —en su caso— infracciones administrativas (aisladamente inferiores a 10.000 euros, pero que sumadas superan esa cantidad) genera problemas importantísimos: ¿cuál es el espacio temporal en el que deben darse todas estas operaciones? ¿pueden integrarse infracciones administrativas ya sancionadas, o se computarían en la cuantía total, violando el principio *non bis in idem*? Estos interrogantes también se presentan cuando se recurre a una componenda de infracciones previas que superen en conjunto los 100.000 euros y conlleven, por ello, un incremento de pena.

Los sucesivos números del art. 604 bis hacen referencia, por una parte, a «artículos incluidos en la Lista Común Militar de la UE o a productos de doble uso», introduciendo la criminalización de la imprudencia grave en relación con estos delitos y, por otra, a una particular fórmula de decomiso.

El art. 604 ter sorprende por la severidad de la pena prevista (uno a cuatro años de prisión) para quienes «con la finalidad de vulnerar una prohibición o una obligación que constituya una medida restrictiva de la Unión Europea, o esté prevista en la normativa española para su ejecución, permitan que personas físicas designadas entren en el territorio de un Estado miembro o transiten por el territorio de un Estado miembro». El art. 604 quater sanciona también con severidad (uno a dos años de prisión y multa) el incumplimiento de determinadas obligaciones de información. El art. 605 quinquies se dedica a las penas para personas jurídicas que cometan los delitos precedentemente enunciados.

El Capítulo II contiene disposiciones comunes, recogiendo los mandatos europeos a través de un mecanismo de circunstancias agravantes en el art. 604 sexies CP (a: organización o grupo criminal; b: abuso de firma, sustracción o ocultación o inutilización de documentos; c: prestador de servicios profesionales; d: autoridad o funcionario público; e: ventajas indebidas; f: destrucción de pruebas o intimidación de testigos; g: un supuesto específico de reincidencia), circunstancias atenuantes en el art. 604 septies CP (confesión, colaboración activa para impedir la consecución del delito o la obtención de pruebas, entre otras) y por último, el proyectado nuevo artículo 604 octies que reza: «Las conductas descritas en el capítulo anterior no serán punibles cuando tengan por objetivo prestar asistencia humanitaria a personas necesitadas o se trate de actividades en apoyo de necesidades humanas básicas, prestadas de conformidad con los principios de imparcialidad, humanidad, neutralidad e independencia y, en su caso, con el Derecho Internacional humanitario»¹⁷. Este supuesto de supuesta exclusión de la punibilidad podría llegar a encuadrarse con más acierto entre las causas de justificación, como ejercicio legítimo de un derecho, que se basaría en el Derecho Internacional humanitario. Sin embargo, se ha recurrido a una fórmula poco clara que deberá estudiarse con más profundidad cuando este proyecto se materialice en derecho positivo.

El Proyecto otorga la competencia para conocer estos delitos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (nueva letra «h» del art. 65 Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial).

IV. CONCLUSIÓN

La Unión Europea se ha apresurado, atendiendo al conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, a dictar una Directiva que tiende a homogeneizar la respuesta penal de todos los países miembros de la UE, cuando se vulneran sus medidas restrictivas. Urgencia que ha trasladado a los países miembros, imponiéndole un inusitado apresuramiento de transposición. El proyecto de reforma legislativa que se tramita en España cumple sobradamente esos objetivos, copiando sin más la disposición europea o incluso acrecentando lo que se le exige (por ej. el agravamiento de pena en materia de blanqueo de dinero). La norma europea es confusa y técnicamente muy cuestionable. Lo mismo ocurre con su copia.

¹⁷ Se trata de incorporar la «salvedad humanitaria» de medidas de inmovilización de activos (Resolución 2664/2022 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas).

71. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL Y SUS EFECTOS PENALES

ALONSO GALÁN MUÑOZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide

I. EL SECRETO EMPRESARIAL: UN CONCEPTO CONTROVERTIDO

Los delitos de los artículos 278 a 280 de nuestro Código penal sancionan toda una serie de actuaciones que se diferencian de las castigadas por otros con similar dinámica comisiva, como los contemplados en los art. 197 CP y siguientes, en el hecho de que vendrán a recaer sobre los secretos de empresa y no sobre cualquier otra clase de secreto. Siendo esto así, se hace evidente que la definición de dichos secretos se presenta como el elemento central de estas figuras, viniendo incluso, y como vamos a comprobar, a condicionar la delimitación de su bien jurídico protegido.

Ahora bien, la delimitación de lo que debería entenderse como secreto empresarial ha sido objeto de una notable controversia tanto doctrinal como jurisprudencial a lo largo del tiempo.

Así, por ejemplo, señalaba la STS 285/2008, de 12 de mayo, que el Código Penal no definía que se debería tener por estos secretos «seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un *numerus clausus*», afirmando justo a continuación que «Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los pro-

pios de la actividad empresarial, que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva».

Dos parecerían ser, entonces, los principales caracteres definitorios de los secretos empresariales, conforme a lo mantenido en dicha sentencia. Uno, de carácter subjetivo, referido a la voluntad del titular de la información en cuestión de mantener su confidencialidad frente a terceros. Y otro, de naturaleza netamente objetiva, y que será el que particularice a esta clase de secretos frente a otros, como será el que nos vendría dado por el hecho de que el secreto en cuestión pueda afectar a la capacidad competitiva de la empresa a la que esté referido. Pese a todo, la referida STS concretó, poco después, con mucho mayor detalle los factores o caracteres definitorios o notas características que esta clase de información habría de tener para poder ser considerada como tal, es decir, como un secreto empresarial, al afirmar que en tales informaciones deberían darse «—la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva)— la exclusividad (en cuanto propio de una empresa), —el valor económico (ventaja o rentabilidad económica)— litud (la actividad ha de ser legal para su protección).». Se introdujo así la exigencia de un requisito adicional referido a la legalidad de la actividad a que estuviese referida la información, a la hora de definir las informaciones que podrían subsumirse en su seno.

Ahora bien, aunque es cierto, como señala la citada sentencia, que el CP no contiene una definición general de esta clase de secreto, lo cierto y verdad, es que mucho antes de la emisión de la comentada resolución judicial ya había algunas definiciones normativas de los secretos de empresa que perfilaban o trataban de perfilar tal concepto.

En concreto, y por ejemplo, había una definición expresa de tales secretos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, Ronda Uruguay de 1994, comúnmente denominado «ADPIC», ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 y publicando en el BOE de fecha 24 de enero de 1995)), cuyo artículo 39 establecía que dicha información debía reunir los siguientes caracteres para ser protegida como tal: a) Que sea secreta, en cuanto no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información. b) Que tenga un valor comercial o competitivo por ser secreta. c) Que haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias concurrentes, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Como se puede comprobar, esta definición internacional, a diferencia de lo que mantenía la anteriormente comentada STS, no hacía referencia alguna

a que la información en cuestión tuviese que estar referida a una actividad legal para poder considerarla como secreto de empresa protegido, pero, al mismo tiempo, pasaba a introducir otra exigencia diferente y adicional a las definidas por el TS español, para tener una información por tal, al requerir que dicha información tuviese que haber sido objeto de medidas de autoprotección «razonables» por parte la persona legitimada para controlarla.

Existían, por tanto, divergencias importantes entre la delimitación normativa internacional del secreto empresarial y la mantenida por nuestro TS y esto podía representar un problema, sobre todo, una vez que la protección de dichas informaciones se pasó a desarrollar en un entorno de un mercado único como es el de la Unión Europea, donde la existencia de dichas divergencias entre los diferentes Estados miembros podía llegar a distorsionar el funcionamiento del mercado

No puede sorprender, entonces que la UE decidiese curarse en salud en esta materia mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DSC). Una Directiva, cuya finalidad declarada era, precisamente, la de armonizar la legislación de los Estados miembros para establecer un nivel suficiente y comparable de reparación en todo el mercado interior frente a posibles abusos.

En concreto, la citada Directiva vino a definir lo que denominaba secretos comerciales, concepto equivalente al español de secreto empresarial, en su artículo 2.1, estableciendo que sería tal «... la información que reúna todos los requisitos siguientes:

- a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;
- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;
- c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control»

La cercanía de esta definición con la previamente adoptada en el ADCIP es evidente, destacándose, en tal sentido, que tampoco contemplaba la exigencia de que la actividad a la que la información secreta estuviese referida hubiese de ser «lícita» para poder considerarla como un secreto protegido. Es más,

el art. 5 b DSC vino expresamente a establecer que la obtención, revelación o utilización no consentida de dichas informaciones no dará lugar a protección si se realiza «para poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, siempre que la parte demandada actuara en defensa del interés general»; lo que, si bien pone de manifiesto que la realización de tales actividades con respecto a los secretos ajenos ilícitos estaría permitida, también y paralelamente dejaba muy a las claras que el mero hecho de que el secreto en cuestión estuviese referido o revelase la comisión de un hecho ilícito no sería suficiente para excluir, por sí solo, a dicha información de entre las que podrían ser consideradas como secretos comerciales o empresariales, viniendo su carácter ilícito simplemente a abrir las puertas a que dicho secreto se pueda adquirir o revelar, de forma no consentida, pero permitida cuando ello se haga para descubrir el hecho ilícito al que estuviese referido buscando el interés general.

En esta misma línea, y siguiendo lo establecido por la comentada Directiva, el art. 1.1. de la todavía cercana Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE) de nuestro país ha venido también a establecer que «A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Esta delimitación que resulta en todo coherente con lo establecido por la DSC, viene a excluir, como también hacía aquella, la exigencia de la licitud de la información en cuestión para otorgarle consideración de secreto empresarial, si bien la LSE, en la misma línea que la DSC, también permite realizar las conductas inicialmente prohibidas con respecto a dicha clase de informaciones, si ello se efectúa «Con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial» (art. 2.3.b LSE), lo que supone reconocer, de forma expresa, que también estas informaciones, si bien podrían perder su

protección frente a tales conductas por el hecho de estar referida a actividades ilícitas, no dejaría de tener carácter de secreto de empresa por dicho hecho ¹.

Así pues, y tras todo el desarrollo normativo comentado, podemos afirmar que las informaciones que son susceptibles de ser tenidas como secreto empresarial en nuestro ordenamiento se caracterizarán por tres caracteres básicos. Ser informaciones confidenciales, tener valor empresarial, aunque sea meramente potencial, y estar razonablemente protegidas; requisitos, todos ellos, de los que se extraen importantes consecuencias prácticas tanto a la hora de determinar qué informaciones podrían tenerse como tales a efectos penales, como incluso a la de definir la naturaleza del bien jurídico que los delitos referidos a dichos secretos vendrían realmente a proteger.

II. LA INCIDENCIA DEL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL EN LA CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y DEL ÁMBITO TÍPICO DE LOS DELITOS QUE PROTEGEN DICHA CLASE DE INFORMACIONES

Como acabamos de ver, para que una información pueda ser considerada y se proteja como secreto empresarial tendrá que ser, en primer lugar, una información confidencial. Esto supone, atendiendo a lo establecido en la DSC y en la LSE, requerir que no sea públicamente conocida o fácilmente accesible y, consecuentemente, no solo impedirá que pueda considerarse como tal la que sea de conocimiento general, sino también aquella otra que siendo *de facto* secreta o confidencial, sería, sin embargo, fácilmente cognoscible por las per-

¹ De otra opinión, sin embargo, ESTRADA I CUADRAS, A. quien considera que la definición legal del secreto empresarial contenida en la LSE no es vinculante para el Derecho Penal, posicionamiento que posteriormente le permite continuar manteniendo que, en realidad, solo las informaciones confidenciales referidas a actividades legales o lícitas podrán ser consideradas como secretos empresariales, al tener que serlo para formar parte del patrimonio de sus titulares, *El secreto empresarial. Una perspectiva jurídico penal*. Madrid: Marcial Pons, 2017 p. 615; postura que no podemos compartir ya que, aunque se admitiera que la definición extrapenal patria de estos secretos no vinculará a la definición penal de los mismos, dicho posicionamiento ni da una razón justificativa del por qué la definición penal debería alejarse de la extrapenal existente en la materia, mientras que, además, parece olvidar por completo que la completamente equivalente definición contenida en la DSC, en que la LSE tiene origen, y que tampoco exige la presencia del requisito de la licitud, sí que vinculará al intérprete y aplicador de la legislación penal por tener primacía sobre el Derecho nacional, algo completamente lógico en esta materia, dado que, lo contrario podría producir inadmisibles distorsiones en el mercado interior de la Unión con relación a estas informaciones, al permitirse que los Estados pudiesen ser más o menos exigentes a la hora de brindarles protección penal.

sonas trabajan normalmente con la materia a la que la información esté referida. Esto es, por los expertos o especialistas del sector².

Se introduce así un factor delimitador de los secretos protegidos, como es el referido a su accesibilidad, que se ve complementado por el hecho de que el art. 2.1 b LSE establezca que se considerará lícita la obtención de la información amparada por un secreto de empresa cuando se alcance por «La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial» (ingeniería inversa); prescripción que, evidentemente, no excluye de la protección general otorgada a los secretos obtenidos mediante otras técnicas, pero sí permitirá acceder lícitamente a algunas informaciones que podrían inicialmente ser consideradas como tales, por no ser fácilmente accesibles o cognoscibles para terceros y requerir de un esfuerzo investigador añadido para que el experto pueda acceder a ellas, en una clara muestra de la intención legislativa de no convertir a los secretos de empresa en unos derechos de explotación exclusiva y absolutos que puedan frenar completamente el desarrollo tecnológico y la competencia de quienes pueden acceder a dichas informaciones o conocimientos protegidos por sus propios medios.

Por otra parte, y continuando con el desarrollo de los requisitos normativamente exigidos a los secretos empresariales para ser tenidos como tales, la información en cuestión habrá de tener un valor empresarial real o potencial, pero habrá de tenerlo, y esto es importante remarcarlo, solo y precisamente, por ser secreto.

Así se deduce, a nuestro modo de ver, del hecho de que el art. 1.1 LSE establezca que el secreto empresarial habrá de «tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto» (la negrita es nuestra).

No se exige, ni será necesario, por tanto, y frente a lo que algunos mantienen, que la información tenga un valor económico o patrimonial, real o potencial, intrínseco o *per se*³. El valor empresarial (y no puramente econó-

² De otra opinión, y crítico con el texto de la DSC, en este aspecto, se muestra ESTRADA I CUADRAS, A. por considerar que el texto europeo no es lo suficientemente preciso, ya que, considera que debería tenerse en cuenta, más que el conocimiento experto del sector científico de que se tratase, como la normativa establece, el que se diese en el sector comercial en el que se use el secreto, puesto que, no siempre coinciden. *El secreto empresarial* (...) p. 78; postura que, sin embargo y a nuestro modo de ver, no deja de ser sino una propuesta de *lege ferenda* o un desiderátum del autor más que la constatación de una muestra de «imprecisión legislativa» como mantiene el referido autor.

³ Así, por ejemplo, ESTRADA I CUADRAS, A. quien señala que solo podría ser considerada como secreto empresarial aquella información que o bien constituye en sí mismo un activo patrimonial económicamente evaluable o cuanto menos, genera expectativas objetivas de ganancias si permanece secreta, *El secreto empresarial* (...) p. 97.

mico o patrimonial) de la información debe derivarse directamente de su carácter o naturaleza secreta y no de su valor de mercado, viniendo, en este sentido, la DSC a afirmar categóricamente en su Considerando 14 que «Debe considerarse que esos conocimientos técnicos o información tienen valor comercial, por ejemplo, cuando sea probable que su obtención, utilización o revelación ilícitas puedan perjudicar los intereses de la persona que ejerce legítimamente su control, menoscabando su potencial científico y técnico, sus intereses empresariales o financieros, sus posiciones estratégicas o su capacidad para competir».

No será, por tanto, el valor patrimonial o de mercado actual de la información en sí misma considerada, ni tampoco su valor potencial referido a la existencia de una expectativa objetiva de ganancia futura derivada de su posible explotación, los únicos factores que determinen que nos encontremos ante una información que cumpla con este requisito de los secretos empresariales. En realidad, lo que se requiere para que la información cumpla con este requisito y pueda ser considerada como secreto empresarial será que su mantenimiento en secreto tenga trascendencia en términos de posición competitiva de su legítimo tenedor, algo que, por ejemplo, llevará a que se pueda considerar como secreto empresarial a los avances o desarrollos investigadores que haya alcanzado una empresa, aunque aún no tengan aplicabilidad económica directa y también a aquellos otros conocimientos o informaciones obtenidos que no tengan ninguna aplicabilidad por sí mismos, ni presente, ni futura, pero que sitúen al que los conozca en una posición preeminente frente a los competidores en el mercado.

Así, y por poner un ejemplo de lo primero, se podrá que considerar secreto empresarial el avance técnico realizado por una entidad que, por ser todavía inicial o básico y necesitar de más desarrollos y avances complementarios para poder llegar a ser explotado económicamente, no pueda entenderse todavía como generador ni siquiera una expectativa objetiva de explotación económica, ni como una información dotada de valor de mercado por sí misma, sin que ello, sin embargo, imposibilite que su tenencia reservada ubique a la empresa que los alcanza en una posición preferente frente a las que no lo hubiesen hecho en sus posteriores desarrollos. Pero también, y como ejemplo de lo segundo, habrá que entender que tendrán cabida entre las informaciones protegidas como secreto empresarial aquellos descubrimientos que consistan en desarrollos investigadores «negativos», como serían los que se derivarían de estudios fallidos que ni siquiera tendrán potencial de explotación comercial o económica en el futuro, pero que vendrían a demostrar la inviabilidad de la investigación o el desarrollo realizados, lo que situará a la empresa que logró conocer

dicha inviabilidad en una posición predominante frente a todas aquellas que no lo hubiesen hecho todavía a la hora de buscar vías alternativas a la demostrada como fallida por sus investigaciones⁴.

Siendo esto así, podremos extraer importantes conclusiones de la definición del secreto empresarial a la hora de definir el objeto de protección jurídica de las figuras delictivas creadas para protegerlo. Esto es, podremos extraer importantes consecuencias a la hora de definir el valor o bien jurídico que protegerán estas figuras.

Lo que estos delitos protegerían no será el patrimonio de los tenedores de las informaciones que tutelan, considerando al secreto como un elemento económico más integrado en el mismo⁵, algo que, evidentemente, queda descartado cuando se protegen informaciones que carecen de cualquier valor intrínseco de mercado, como las referidas a investigaciones fallidas. Pero tampoco tutelarán la leal competencia en el mercado como valor general, estructural y socioeconómico o los intereses de los consumidores⁶.

En realidad, lo que estas figuras protegerán será la posición competitiva predominante que ostenta el tenedor del secreto empresarial precisamente por tenerlo frente a aquellos otros que no tienen dicho conocimiento. Esto es, tutelarán la posición competitiva que el mantenimiento del secreto otorga a aquel que lo tiene.

Estamos, por tanto, ante unos delitos con un bien jurídico protegido de carácter no puramente patrimonial, sino económico, pero de titularidad netamente individual, algo, esto último, que justifica plenamente tanto que estemos ante delitos que solo se perseguirán a instancia de parte (art. 287.1 CP)⁷, como que el acceso, uso o difusión del secreto en cuestión realizado por un tercero, con el consentimiento o la autorización o licencia de su titular, excluya

⁴ Cuestiona la viabilidad de la inclusión de estas informaciones entre los secretos de empresa, por ejemplo, ESTRADA I CUADRAS, A. *El secreto empresarial (...)* p. 102.

⁵ ESTRADA I CUADRAS, A. *El secreto empresarial (...)*, p. 49, el mismo, en «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en Silva Sánchez, J. M. (dir.): *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: Parte general y especial*, Barcelona: Atelier, 2023, p. 614.

⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 321 y ss. También mantiene la leal competencia entre empresarios como bien jurídico protegido por este delito, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 526.

⁷ DE LA MATA BARRANCO, N. «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa», en Varios, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2024, p. 425.

la comisión de los art. 278 y siguientes CP al convertir la acción realizada en completamente atípica y permitida⁸.

Ahora bien, como ya vimos, la definición legal de los secretos de empresa todavía contempla un requisito adicional para apreciar la existencia de esta clase de informaciones. Las informaciones en cuestión deberán haber «... sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

La exigencia de que el sujeto pasivo de estos delitos haya de proteger su secreto frente a posibles ataques antes de gozar de la protección del Derecho Penal resulta del todo lógica. No es solo que el establecimiento de las referidas medidas haga evidente la objetiva existencia de una voluntad contraria a la revelación, difusión o uso no consentidos de la información en cuestión⁹. Es que, además, también determinará que se prive de protección penal a aquellos que no muestren ni el más mínimo interés a la hora de proteger sus intereses competitivos y dejen su tutela exclusivamente en manos del Estado. No se trata, por tanto, de dejar de proteger a aquellos sujetos que no adopten un nivel protector que resulte objetivamente adecuado para prevenir, desde un punto de vista *ex ante*, que puedan tener éxito los concretos ataques que podrían realizar terceros con respecto a su secreto, ni tampoco de que se tenga que valorar la gravedad del ataque realizado por el tercero en cuestión frente al mismo, como algunos parecen querer mantener¹⁰. Lo que realmente se pretende mediante el establecimiento de esta exigencia es requerir al titular del secreto que quiera

⁸ Véase, a este respecto, lo establecido, por ejemplo, en el artículo 1.2. LSE, donde se afirma que «La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquél que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley» y en los, art. 2.1 d) LSE, donde, entre otras cosas, se establece que «La obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes: (...) d) Cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial, de acuerdo con el Capítulo III.»; capítulo donde se establecen los requisitos de la cesión o la licencia y en el art. 3.2 LSE que establece que «2. La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, **sin el consentimiento de su titular**, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial» (la negrita es nuestra), lo que vuelve a poner de manifiesto el efecto que tendrá el consentimiento del titular del secreto en las actuaciones realizadas por terceros incluso a efectos civiles.

⁹ Inaceptable resulta, como bien señala ESTRADA I CUADRAS, A., que se presuma, en contra de reo, la voluntad contraria del legitimado para disponer del secreto a la conducta realizada por un tercero, con lo que la presencia de dichas medidas sería un indicio claro de la existencia de la voluntad de mantener el secreto por su parte, y, por ello, de su voluntad contraria a lo realizado por el tercero, *El secreto empresarial* (...) p. 110.

¹⁰ ESTRADA I CUADRAS, A. *El secreto empresarial* (...) p. 112.

recibir protección normativa, que implante y aplique unas medidas mínimas que acrediten su voluntad real de mantener el secreto y demuestren una mínima diligencia por su parte para hacerlo (p. ej. el establecimiento de cláusulas de confidencialidad para sus trabajadores, restringir el acceso a los documentos donde que contengan los secretos, etc.). Esto es, se trata de constatar que no actuó de forma completamente irracional y negligente a la hora de mantener el secreto, lo que debería llevar a que se considerase que dicho sujeto ya no merecería mantener la protección legal que inicialmente se le había dado.

Habrà que entender, por tanto, que con que dicha dejadez e irracionalidad absoluta no se produzca ya se podrá apreciar el cumplimiento de este requisito quedando, por tanto, la información en cuestión amparada por el secreto empresarial.

Se mantiene, en cualquier caso, de este modo una definición de secreto empresarial realmente amplia, lo que permitirá que dicho concepto albergue, también en el ámbito penal, a una amplia gama de informaciones.

Así, y en una clasificación referida a este tipo de informaciones que ha tenido gran acogida tanto entre la jurisprudencia anterior a la LSE, como entre la doctrina que ha analizado este concepto, se ha entendido que, dentro de las informaciones que tienen acomodo en el concepto y la protección penal otorgada al secreto empresarial se encontrarán «...los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o marketing) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa)»¹¹.

Tendrán cabida, entonces, en este concepto tanto la información técnica o productiva de la actividad empresarial –incluidos, por supuesto, los posibles inventos o creaciones con aplicación industrial o comercial que se decidiese no registrar como patente o modelo de utilidad–, la relativa a la comercialización de un producto o servicio, y también, como no, la puramente organizativa o de gestión relativa a la esfera interna y de funcionamiento de una entidad (situa-

¹¹ Así lo afirma, por ejemplo., como mantenía, por ejemplo, la ya citada STS 285/2008, de 12 de mayo, DE LA MATA BARRANCO, N. «Delitos contra la propiedad intelectual e industrial...», p. 427, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa (...)* p. 427, LEÓN ALAPONT, J. «Tutela penal y procesal de los secretos de empresa frente al espionaje económico», en González Cussac, J. L./ Flores Giménez, F. (coords.): *Seguridad y derechos: análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 367, entre otros. De hecho, algún autor, como ESTRADA I CUADRAS, A. ha señalado que el cambio de denominación legal realizada con respecto a estos secretos realizado en por el Código penal de 1995, que antes hablaba de «secreto de la industria» o «industrial», expresión que parecía aludir y proteger solo los secretos relaciones con el ámbito técnico-industrial, por el más amplio de «secreto de empresa» contemplado en nuestro Código desde entonces, que englobaría los secretos de carácter comercial, organizativo, relacional o de gestión, *El secreto empresarial (...)*, p. 131.

ción financiera, recursos, licencias, contratos, etc...), siempre y cuando, eso sí, todas estas informaciones cumplan con los requisitos contemplados en el art. 1.1 LSE anteriormente comentados ¹².

Ahora bien, la existencia de esta concepción amplia del secreto empresarial no ha impedido que siga habiendo una información cuya inclusión en su seno continúe generando polémica. Hablamos, como no, de los denominados listados de clientes.

Calificados por algunos como «*el secreto comercial por excelencia*» ¹³, la inclusión de esta clase de informaciones en el ámbito de protección de las figuras que venimos analizando ha dado lugar a una viva polémica jurisprudencial, lo que ha derivado en resoluciones ciertamente contradictorias a la par que numerosas, ya que, no es en modo alguno infrecuente que los empleados de una empresa antes de irse de la misma, se hagan con sus listados de clientes, para posteriormente, establecerse de forma independiente y tratar de captarlos.

Pese a la discusión existente, a nuestro modo de ver, la inclusión de los listados de clientes, de proveedores o de los precios ofertados entre las posibles informaciones susceptibles de ser tuteladas como secretos de empresa está más allá de toda duda. No es solo que así lo reconozcan expresamente tanto la DSC, como la LSE en sus respectivas motivaciones ¹⁴, sino también que así lo ha reconocido, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo ¹⁵, en contra de lo sostenido por algunas resoluciones de las Audiencias provinciales, algo que, en cualquier caso y evidentemente, siempre quedará condicionado a que los listados en cuestión cumplan con los requisitos exigidos para poder tenerlas por tales. Esto es, a que sean

¹² De hecho, así se deduce del hecho de que el referido artículo de la LSE comience la delimitación de estos secretos afirmando que «*A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero*», en lo que supone la expresa acogida legislativa de dicha clasificación.

¹³ GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *El secreto industrial (Know-how) concepto y protección*, Madrid: Tecnos, 1974, p. 59.

¹⁴ Así establecía la DSC en su considerando 2 «*Las empresas, sea cual sea su tamaño, valoran los secretos comerciales tanto como las patentes u otros derechos de propiedad intelectual. Utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial y de la innovación en investigación, para proteger información de muy diversa índole que no se circunscribe a los conocimientos técnicos, sino que abarca datos comerciales como la **información sobre los clientes** y proveedores, los planes comerciales y los estudios y estrategias de mercado*» (la negrita es nuestra), algo que también reconoció el preámbulo de la LSE español, al afirmar que «*Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales **relativos a clientes** y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado*» (la negrita es nuestra).

¹⁵ Véase, por ejemplo, y en tal sentido, las STS 285/2008, de 12 de mayo, la STS 864/2008, de 16 de diciembre, la STS 735/2024, de 12 de julio o la STS 23/2024, de 8 de octubre, entre otras.

unas informaciones de carácter confidencial, con valor empresarial real o potencial y protegidas de una forma razonable por su titular; requisitos todos ellos que, en caso de no darse deberían llevar a que el listado de clientes en cuestión dejase de tener cabida en el concepto de secreto empresarial. Así se puso de manifiesto, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS 679/2018, de 20 de diciembre, que rechazó que el uso que había realizado un antiguo empleado de los listados de clientes de la compañía en la que previamente había trabajado pudiese ser castigada por estos delitos, precisamente, por entender que, en el supuesto de hecho analizado, «la información sobre clientes, proveedores y precios, pese a reunir los requisitos de exclusividad, valor económico y licitud, no reúne la nota de confidencialidad que se exige por la jurisprudencia, ya que se copió la lista de tarifas que aparecía en la web de Glassmetal, que por esa misma circunstancia era de libre acceso a cualquier persona, inclusive a las empresas de la competencia, de modo que dicha información dejaba de estar reservada y no pedía calificarse de secreto de empresa dada la publicidad que se le daba».

Así pues, y como dijimos al comienzo de este trabajo, la delimitación normativa del concepto de secreto de empresa tiene una enorme trascendencia práctica a la hora de interpretar y delimitar los delitos que protegen dicha clase de informaciones, ya que, además, de permitir concretar la naturaleza de su bien jurídico protegido, también resulta fundamental para precisar las informaciones que podrán ser protegidas por dichas figuras, dejando al resto, por tanto, y por más que sean confidenciales o secretas, en el ámbito de protección que les podrán ofrecer, en su caso, otros posibles delitos.

72. EL DELITO DEL ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO PENAL. EL «TRASLADO DE UNA CANTIDAD NO DESDEÑABLE DE RESIDUOS» A LA LUZ DE LA SENTENCIA 223/2025, DE 25 DE JUNIO, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ ¹

Profesora Titular del Área de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

El art. 326 Cp acoge, tras la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, si bien con algunos cambios, el contenido que tenían los apartados 3 y 4 del antiguo art. 328 tras la LO 5/2010, de 22 de junio ². Se trata de conduc-

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

² Art. 328 que hasta dicha reforma constaba de un único párrafo en el que se castigaban con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses a «quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas». En este artículo se castigaba, pues, el establecimiento de depósitos o vertederos, pero en realidad no se entendía bien por qué esta conducta se tipificaba expresa y separadamente, cuando parecía perfectamente reconducible al tipo base del entonces art. 325.1 y, sobre todo, no se justificaba que se castigara con una pena inferior y equiparando, además, la potencial lesividad para el medio ambiente y para la salud de las personas, que en el entonces art. 325.1 se prevenían (y en el actual art. 325 se siguen previendo) con una pena diferenciada. En este sentido, *cfr.* MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 283.

tas relacionadas con los residuos que fueron introducidas en el Código penal de acuerdo con la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre³.

De hecho, si leemos el tenor literal actual de este precepto⁴ podemos comprobar que su contenido responde a la previsión contenida en el art. 3 de la Directiva (UE) 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo en virtud de la cual se instará a los Estados miembros a que elevarán a la categoría de delito (siempre y cuando fueran –eso sí– ilícitas y se cometieran dolosamente o, al menos, por imprudencia grave), entre otras, las siguientes conductas:

«b) la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas».

Y «c) el traslado de residuos, cuando dicha actividad esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos⁵ y se realice en cantidad no desdeñable, tanto si se ha efectuado en un único traslado como si se ha efectuado en varios traslados que parezcan vinculados».

Tal y como se argumentaba en la Exposición de Motivos de dicha Directiva, la Comunidad calificaba en aquel momento de «preocupante» el aumento de los delitos medioambientales. Así mismo, entendía que los sistemas de sanciones existentes no eran suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Por lo que proponía que su cumplimiento fuera reforzado mediante la aplicación de sanciones penales que

³ Modificada posteriormente por la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 y posteriormente sustituida por la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

⁴ Art. 326 que dispone literalmente lo siguiente: «1. Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2. Quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año».

⁵ DO L 190 de 12.7.2006, p. 1.

pusieran de manifiesto «una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil».

La reforma del año 2010 en esta materia se materializaría pues en una ampliación de tipos penales en materia de residuos, si bien de una forma bastante cuestionable como concluyera tras su análisis el profesor De la Cuesta Arzamendi en su trabajo «Instalaciones y residuos contra los recursos naturales y el ambiente: el artículo 328 Cp»⁶.

El interés del profesor De la Cuesta por la protección del medio ambiente ha estado presente durante el desarrollo de toda su prolífica vida académica siendo un tema que ha abordado en diversas ocasiones⁷, centrando específicamente algunos de sus trabajos en las conductas relacionadas con los residuos. Y ello porque, como él mismo indica, éstos constituyen, en general, una de las «actividades humanas que mayor atención merecen desde la protección ambiental»⁸; lo que le llevaría a analizar detalladamente también la redacción recibida por el art. 326 tras la reforma del año 2015⁹.

El profesor De la Cuesta Arzamendi y yo compartimos este interés por el medio ambiente y lo que me parece especialmente destacable, el que la protección penal del mismo se lleve a cabo respetando –trayendo a colación sus palabras– «su carácter de *ultima ratio* y su posición de subsidiariedad respecto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico que puedan garantizar la protección de los bienes jurídicos en juego»¹⁰. Ya que, y continúa: «(e)sto resulta particularmente necesario en aquellas áreas donde la intervención administrati-

⁶ Artículo publicado en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n.º 99-100, 2014 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), pp. 1115-1140 (DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.046>).

⁷ Así, entre sus publicaciones pueden verse: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente», *Cuadernos de política criminal*, n.º 18, 1982, pp. 651-668 (publicado también en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n.º 4, 1982, pp. 235-254); el mismo, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código penal de 1995», *Actualidad penal*, n.º 1, 1998, pp. 287-307; el mismo, «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista penal*, n.º 4, 1999, pp. 30-41; el mismo, «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015», en De la Cuesta Arzamendi, J.L./De la Mata Barranco, N./Blanco Cordero, I. (coord.), *Adaptación del Derecho Penal español a la Política criminal de la Unión Europea*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 327-360; el mismo, «La protección penal del bosque», en Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G./Gómez Martín, V./Bolea Bardón, C./Gallego Soler, J.I./Hortal Ibarra, J.C./Joshi Jubert, U. (dir.), *Un modelo integral de Derecho Penal: libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Vol. 2, Madrid, BOE, 2022, pp. 1059-1069.

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015», *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 9.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, pp. 9 y ss. (obra publicada también con el mismo título en *Revista penal*, n.º 36, 2015, pp. 86-104).

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *RVAP*, n.º 99-100, 2014, p. 1115.

va es ya intensa, comprendiendo hasta la definición de infracciones y la previsión de importantes sanciones»¹¹. Es decir, por ejemplo, en el área ambiental.

Sin embargo, no son éstas las notas que suelen caracterizar precisamente al Derecho Penal cuando se recurre a él para la protección del medio ambiente¹², siendo el art. 326 Cp un buen ejemplo de ello. Así lo pondría de manifiesto el profesor De la Cuesta en su trabajo sobre este precepto tras su reforma en el año 2015 y así es reconocido por nuestros Tribunales en algunas de sus sentencias. En este sentido, especialmente ilustrativa me ha parecido la SAP 223/2025, de 25 de junio, en la que planteándose la aplicabilidad del párrafo segundo del art. 326 Cp, se afirma lo siguiente: «(e)l análisis de la conducta típica es verdaderamente problemático en vista del laconismo descriptivo, de la remisión *in totum* al derecho comunitario y del empleo de fórmulas difícilmente compatibles con el principio de taxatividad (así, la «cantidad no desdeñable de residuos» como elemento típico) (FD Tercero). Tras lo cual da una serie de pautas para su apreciación.

Expuesto lo anterior, procedo pues a un análisis más detenido de este delito dedicando estas páginas al profesor De la Cuesta como parte de este merecido Homenaje. Aprovecho además la ocasión para transmitirle –públicamente– mi admiración y aprecio sincero.

El art. 326 Cp, desde un punto de vista estructural cuenta con dos apartados. En el primero se contiene su tipo básico, así como dos tipos cualificados y en el segundo, un tipo privilegiado aplicable de forma subsidiaria. Aunque voy a centrarme fundamentalmente en el segundo de sus apartados, es necesario hacer alguna referencia a las figuras penales recogidas en el primero de ellos.

II. EL ARTÍCULO 326.1: TIPO BÁSICO Y TIPOS CUALIFICADOS

1. Tipo básico

El tipo básico recogido en el apartado 1 del art. 326, castiga con las mismas penas previstas en el art. 325 a quienes «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales

¹¹ *Idem.*

¹² Como he tenido ocasión de poner de manifiesto en GARCÍA ÁLVAREZ, P., «Los ataques contra el medio ambiente y el Derecho Penal español. Características generales del modelo de tipificación». En García Álvarez, P./Macías Caro, V. (dirs.). *Macrocriminalidad y desastres 1*, Granada, Colex. Colección Derecho Penal y Política criminal, 2024, pp. 11-38.

actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

Nos encontramos ante un delito común¹³ cuya conducta típica requiere de tres elementos: una conducta relacionada con la gestión de residuos, la infracción de leyes o disposiciones generales y la causación de un determinado resultado lesivo o de un peligro potencial¹⁴.

Por lo que se refiere al término «residuo», el art. 2 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, entiende por tal cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseche o tenga la intención o la obligación de desechar. Dicho esto, en este precepto se castigan expresamente tanto conductas activas como conductas omisivas relacionadas con la «manipulación», entendida en un sentido amplio, de residuos. En efecto, por un lado, se castiga la *recogida*, el *transporte*, la *transformación*, la *eliminación*, el *aprovechamiento* o la *valorización* de residuos. Pero, por otro lado, y con las mismas penas, se castiga también a aquéllos que *no controlen* o *no vigilen adecuadamente* tales actividades, previsión expresa que permitirá exigir responsabilidad penal, por tanto, por conductas omisivas sin necesidad de acudir a la comisión por omisión, si bien habrá que entender que para poder exigir responsabilidad penal al que omite, a título de autor, será necesario que el omite tenga una cierta obligación de controlar o vigilar tales actividades¹⁵.

Se trata de un delito configurado como norma penal en blanco. De hecho, la exigencia expresa de la infracción de leyes u otras disposiciones de carácter general ha de valorarse positivamente ya que con ello se subsana una de las objeciones que se formulaba al anterior art. 328.3¹⁶, en el que se ubicaban en términos similares las mismas conductas aquí previstas, pero sin que constara

¹³ De otra opinión, sin embargo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., para quien aunque «teóricamente» estemos ante un delito común, lo normal será que para su realización de modo penalmente relevante se requiera «un poder de dirección y decisión» y quien además entiende que el carácter especial del tipo del art. 328.3 se acentúa cuando se trata de la modalidad omisiva, ya que ésta sólo puede realizarse por aquel que esté obligado a asumir la vigilancia de los procedimientos afectados (*Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 19).

¹⁴ Así MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed. Completamente revisada y actualizada conforme a la LO 3/2023, de 28 de marzo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, p. 287.

¹⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed., pp. 287-288.

¹⁶ Apartado 3 del art. 328 en el que se indicaba que serían castigados con pena de prisión de uno a dos años «los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación, o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

tal remisión¹⁷. Sin embargo, todavía hay un extremo que ha de ser sobrentendido y que debería haber sido especificado por el legislador, y es que dicha normativa tendrá que estar referida a la recogida, valorización, transporte, etc., de *residuos* y no de cualquier otro producto; ya que cualquier otra interpretación carecería de sentido¹⁸.

En cualquier caso, para que las conductas activas u omisivas en él previstas puedan ser reputadas típicas es necesario, además de la contravención de la normativa administrativa, que revistan una determinada peligrosidad. Concretamente, para aplicar el tipo básico es necesario que tales actividades se realicen de modo que «causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

Ahora bien, es criticable que se equipare a efectos de pena la posibilidad de causar daños o la causación efectiva de los mismos, usando indistintamente la fórmula de delito de peligro hipotético y la de resultado lesivo¹⁹. Así como también el recurso al adjetivo «sustanciales» para calificar los daños que han de causarse o, al menos, poder causarse, a la calidad del aire, del suelo o del agua, o a animales o plantas; ya que éste es un concepto valorativo de difícil concreción²⁰.

2. Tipos cualificados

Como la pena prevista para este delito se establece por remisión a las penas previstas en el artículo anterior, *en sus respectivos supuestos*, habrá que entender que si con alguna de las conductas de manipulación de residuos, en el sentido

¹⁷ Cuando es una obviedad que no puede considerarse delito algo administrativamente permitido, como lo indica expresamente el Tribunal Supremo en sentencia 486/2007, de 30 de mayo, al afirmar que: «(d)e aceptar otro enfoque, correríamos el riesgo de convertir penalmente en hechos punibles lo que, para el orden administrativo sancionador, carecería de cualquier significación antijurídica». Lo que llevaba, por ejemplo, a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. a entender la contravención reglamentaria como una exigencia típica implícita (RVAP, n.º 99-100, 2014, p. 1131).

¹⁸ Cfr. en este sentido, MUÑOZ CONDE, F. /LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed., p. 288. De otra opinión, sin embargo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., para quien la contravención requerida habrá de ser de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente sin más (*Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 19). En este último sentido puede verse también el Auto 209/2022, de 26 de abril, de la Audiencia Provincial de Álava sostiene en su FJ 2.º que dichas conductas «deberán infringir la normativa vigente en protección del medio ambiente, siendo esta, tanto la genérica para el medio ambiente, como la muy específica de la gestión de residuos que es muy abundante, bien sea a nivel nacional (...), bien sea a nivel internacional».

¹⁹ Entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 18; y MUÑOZ CONDE, F. /LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed., p. 288.

²⁰ En todo caso habrá que entender que «sustancial» significa *grave* y que este término, para poder ser dotado de contenido, tendrá como límite aquello que permita la apreciación del tipo cualificado relativo al peligro hipotético para el medio ambiente o la salud de las personas que daría lugar a la apreciación del tipo cualificado al que nos referimos a continuación.

señalado, se crea un riesgo de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales, la pena a aplicar será la prevista en el primer párrafo del art. 325.2²¹. La mayor dificultad reside en concretar qué ha de entenderse por «grave», debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, el límite que supone el tipo cualificado de riesgo de deterioro irreversible o catastrófico previsto en el apartado e) del art. 327. Por lo que el riesgo «grave» que aquí se exige tendrá que ser algo inferior a ese riesgo de deterioro irreversible o catastrófico que configura dicha cualificación, si bien superior al peligro para los recursos naturales que se requiere en el tipo básico²².

Más problemático aún es determinar el ámbito de la otra cualificación prevista en el art. 326.1, pues mientras que el art. 325.2, párrafo segundo, indica que debe imponerse la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, «si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», el art. 326.1 se refiere a la causación o posibilidad de causación de «muerte o lesiones graves a personas». Sin embargo, a pesar de las diferentes expresiones usadas (y teniendo en cuenta la remisión a efectos de pena), considero que habrá que entender que el ámbito de aplicación de esta cualificación es el mismo que el del art. 325.2, segundo párrafo²³.

III. EL ARTÍCULO 326.2: TIPO PRIVILEGIADO

En el art. 326.2 se castiga con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año al que, «fuera del supuesto a que se

²¹ Es decir, prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

²² Cfr. MUÑOZ CONDE, F. /LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed., p. 290.

²³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. /LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.ª ed., p. 290. También en este sentido puede verse, por ejemplo, la SAP de Madrid 156/2019, de 11 de marzo (confirmada por la STS 682/2022, de 6 de julio), que aprecia el delito del art. 326.1, en relación al 325.2 *in fine*, en un caso de depósito de miles de neumáticos usados llevado a cabo durante años por el acusado «sin haber tramitado procedimiento de evaluación de impacto ambiental, sin recabar licencia municipal alguna, sin autorización para actuar como gestor de neumáticos fuera de uso» y sin adoptar siquiera medidas de prevención de incendios; siendo precisamente el riesgo de incendio intrínseco a la acumulación descontrolada de esos neumáticos en una parcela en la que crecían pastos, arbustos, etc., lo que permitió al tribunal integrar la idoneidad de la conducta para causar daños sustanciales a la salud de las personas (por las emanaciones de gases) y a la calidad de las aguas destinadas a consumo humano que circulaban bajo la finca (por filtración). También aprecia este tipo cualificado la SAP de Guadalajara 11/2023, de 29 de septiembre, en la que se condena en un caso de transporte de residuos peligrosos sin darles el preceptivo tratamiento con lo que se generó un riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas por el carácter inflamable y tóxico por inhalación, «exponiendo además a los trabajadores de la planta de residuos destinataria que no adaptaría las medidas de seguridad precisas al no conocer la composición real de los residuos». De otra opinión, sin embargo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, pp. 19-20.

refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos».

El legislador recoge en este apartado lo que hasta la reforma de 2015 constituía el contenido del art. 328.4²⁴, si bien con algunas modificaciones que no han corregido, sin embargo, todas las deficiencias que éste presentaba y que ya habían sido puestas de manifiesto por los autores.

Nos encontramos nuevamente ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, en el que se castiga el «traslado», tanto en el caso de uno como de varios traslados que aparezcan vinculados, de una cantidad no desdeñable de residuos. La expresión «no desdeñable» sustituye al adverbio «importante» que se empleaba en la redacción anterior y que era criticado por los autores por tratarse de un concepto absolutamente indeterminado²⁵. Pero el término «no desdeñable» no es mejor, por lo que puede seguir afirmándose que este precepto no respeta el principio de taxatividad.

La aplicación de este tipo privilegiado requiere, en cualquier caso, que la conducta no sea subsumible en el primer apartado del art. 326. Se redacta, por tanto, como un tipo de aplicación subsidiaria que, en cuanto prevé una pena inferior a la aplicable a las conductas previstas en el apartado anterior, entrará en consideración cuando con dichos traslados no se haya causado o podido causar la muerte o lesiones graves a las personas, ni causado o podido causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo, de las aguas o a animales o plantas, ni podido perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Por lo que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto²⁶.

Por otra parte, el precepto se remite a «los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos», pero ni

²⁴ Apartado 4 del art. 328 Cp que disponía lo siguiente: «El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años».

²⁵ En sentido crítico se mostraban, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, E., «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», art. 327 a 331, en Faraldo Cabana, P/ Puente Aba, L. M.^a (coords.), *Ordenación del territorio Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 315; MARQUÉS I BANQUÉ, «De los delitos relativos a los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325-331)», en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código penal español, Tomo II (Artículos 234 a DF 7.^o)*, 6.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2011, p. 750; y SILVA SÁNCHEZ, J. / MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 200-201.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho Penal medioambiental*, 3.^a ed., p. 292. En este sentido y muy crítico también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 21.

queda claro de qué normativa se trata²⁷, ni se exige siquiera que tal normativa sea *infringida*²⁸.

Por último y ya que no se exige que la conducta cree un peligro concreto o hipotético para su castigo, podemos sostener que en la redacción de este delito se recurre a un sistema de accesoriedad extrema, totalmente rechazable²⁹.

Dicho todo lo cual mi conclusión es, sintéticamente, que nos encontramos ante un precepto poco específico e inadecuadamente redactado (hasta el punto de que se podría sugerir su inconstitucionalidad).

Las dificultades a las que conlleva su redacción a la hora de la apreciación de este precepto en la práctica no son tampoco ajena a nuestros Tribunales. De hecho, me ha parecido muy interesante la forma en la que la Audiencia Provincial de Madrid ha procedido a interpretar este delito en algunos de sus aspectos más conflictivos para dotarlo de una mayor precisión y de un cierto contenido de antijuridicidad, lo que conlleva en última instancia una restricción de su ámbito de aplicación. Pasemos a verlo con algo más de detenimiento.

IV. LA SENTENCIA 223/2025, DE 25 DE JUNIO, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Los hechos, según se recoge en la sentencia objeto de referencia consistieron básicamente en que el acusado, como propietario, gerente, y administrador único de una empresa dedicada a la venta, montaje y distribución de neumáticos, estuvo exportando desde 2011 a 2017 neumáticos a países de África y Latinoamérica. Ahora bien, la mayoría de los neumáticos exportados, pese a ofertarse como neumáticos de segunda mano, no eran aptos para su uso en carretera debido a su significativo deterioro, extremo este último que el acusado se encargaba de ocultar a los compradores con distintas artimañas³⁰.

²⁷ Aunque parece que esta remisión habría que entenderla refiriéndola al Reglamento (CE) 1013/2006, de 14 de junio, sobre traslado de residuos, o a cualquier otra norma comunitaria futura en la materia.

²⁸ Si bien considero que, si se quiere salvar la constitucionalidad de este precepto, habrá que entender que la ilicitud de la conducta es un elemento del tipo.

²⁹ Críticamente entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Revista penal Méjico*, n.º 8, 2015, p. 21; y JAVATO MARTÍN, A.M., «Artículo 328», en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 1280.

³⁰ Tal y como se recoge en la referida sentencia el acusado desplegaba una puesta en escena que incluía exhibir a sus futuros compradores determinados neumáticos en buen estado, indicando que esos concretos neumáticos serían los que se cargarían en sus contenedores. O despistaba con distintas excusas a los clientes en el momento de hacer la carga de los neumáticos en los contenedores para evitar que estos comprobaran la cantidad y el verdadero estado de los que se llevaban; o bien directamente hacían la carga antes de la hora pactada de modo que cuando el cliente llegaba ya estaba concluida, colocando a la vista del cliente y ya dentro del contenedor aquellos neumáticos que se encontraban en mejor estado, logrando así que los perjudicados, en el momento de cerrar el contenedor, firmaran su conformidad con el pedido cargado.

Estos hechos declarados probados fueron considerados constitutivos, por un lado, de un delito de estafa agravada previsto y penado en los arts. 248 y 250.1.5 del Código penal y, por otro, del delito de traslado de residuos previsto en el art. 326.2 Cp, que es el que nos ocupa.

Ahora bien, para su apreciación la Audiencia –tras resaltar como he señalado la deficiente redacción de este precepto– entendió fundamental llevar a cabo una serie de puntualizaciones a las que paso a referirme a continuación.

En primer lugar, la Audiencia, tras reconocer que el tipo no describe propiamente una conducta que necesariamente sea antijurídica (puesto que no se especifica que el traslado lo sea violentando normas, sino tan solo que lo sea «en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos»), sostiene que a fin de evitar «una interpretación verdaderamente grotesca» necesariamente debe entenderse que el traslado de residuos que pueda ser penalmente relevante ha de vulnerar el Derecho de la Unión.

Por otra parte, también considera que habrá que acudir a la legislación comunitaria³¹ para clarificar lo que haya de entenderse por «residuo», así como por «traslado». E igualmente para establecer qué deberes exige el derecho comunitario para verificar dichos traslados; así como para intentar una aproximación al carácter «no desdeñable» de los residuos trasladados entendiendo que éste es el elemento diferenciador de los comportamientos en la materia sancionables penalmente con respecto a los sancionables administrativamente.

Por lo que se refiere al concepto de «residuo» especifica que el objeto que integra tal concepto en el caso de enjuiciamiento es el neumático fuera de uso (NFU). Y puntualiza que el NFU es residuo conforme al Catálogo Europeo de Residuos CER, aprobado por la Decisión 2000/532/CE, de la Comisión, de 3 de mayo (modificada por las Decisiones de la Comisión 2001-118, de 16 de enero, Decisión 2001-119, de 22 de enero, por la Decisión del Consejo 573-2001, de 23 de julio y por la Decisión de la Comisión, 2014/955/UE, de 18 de diciembre de 2014). Más concretamente, apunta que la mención expresa al NFU consta en el apartado 16 relativo a los «Residuos no especificados en otro capítulo de la lista», con el código (CER) 16 01 03 y que está clasificado como residuo no peligroso.

Por lo que se refiere al concepto de «traslado», vuelve a considerar que la remisión *in totum* que se realiza en este precepto al Derecho Comunitario hace

³¹ Si bien puntualizada que esto no significa que no se deba tener en cuenta la normativa nacional vigente en el momento de los hechos. Es decir, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos, que es la que estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos. Ley derogada por la vigente Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

que únicamente se puedan considerar típicos las conductas calificables como «traslados» en la normativa comunitaria. Así, la Audiencia acude específicamente al apartado 34 del art. 2 del Reglamento (CE) 1013/2006, que define el traslado como el transporte de residuos destinados a la valorización o eliminación que se efectúa: a) entre un país y otro; b) entre un país y los países y territorios de ultramar u otras zonas bajo la protección del primero; c) entre un país y cualquier zona terrestre que no forme parte de país alguno con arreglo al Derecho internacional; d) entre un país y la Antártida; e) con origen en un país a través de alguna de las zonas anteriormente indicadas; f) en el interior de un país atravesando alguna de las zonas anteriormente indicadas y que se inicie y termine en el mismo país; o g) desde una zona geográfica no sujeta a la jurisdicción de ningún país, con destino a un país. Lo que lleva a entender que sólo puedan considerarse típicos los traslados transnacionales³². Y coherentemente con lo anterior, que todas las conductas realizadas por el acusado para nutrirse en vertederos de residuos españoles de neumáticos y transportarlos a almacenes dentro del propio territorio nacional para su ulterior exportación eran conductas constitutivas de transporte de residuo de conformidad con la Ley de residuos vigente en aquella fecha³³, pero no típicas.

Además, la Audiencia señala que los traslados realizados por el acusado se habían llevado a cabo a espaldas de la normativa europea de referencia, infringiendo específicamente el art. 36, relativo a la prohibición de las exportaciones (y en el que se recogen, entre otras, la de las exportaciones de una serie de residuos desde la Comunidad con destino a la valorización en países no sujetos a la Decisión de la OCDE –como era el caso de algunos de los países a los que se exportaron los NFU–); y el art. 37, en el que se regula un procedimiento diferente para determinados residuos (entre ellos los NFU) cuya exportación no está prohibida pero con respecto de los que se establece un riguroso sistema de consulta y notificación, que en el caso objeto de enjuiciamiento no fue respetado. Por lo que todos los traslados objeto de enjuiciamiento se realizaron vulnerando el procedimiento comunitario.

Pasando ya por último a la expresión cantidad «no desdeñable» de residuos, la Audiencia reconoce no sólo su imprecisión, sino también el que al no exigirse ni toxicidad de los residuos ni potencialidad lesiva de las conductas,

³² Si bien con la salvedad de la mención de la letra g) del art. 34 del Reglamento 1013/2006.

³³ En efecto, la Ley de Residuos y suelos contaminados 22/2011 de 28 de julio, en su art. 25.1, establecía lo siguiente: «Se entiende por traslado de residuos en el interior del territorio del Estado, a los efectos de la presente Ley, el transporte de residuos desde una Comunidad Autónoma a otra, para su valorización o eliminación». Así como el vigente art. 31.1 de la Ley 7/2022 establece que «(s)e entiende por traslado de residuos en el interior del territorio del Estado, a los efectos de esta ley, el transporte de residuos para su valorización o eliminación».

es difícil establecer el plus que permita afirmar la existencia de un injusto penal más allá del ilícito administrativo común. Añade, además, que es un término inédito en la legislación penal española, fruto de la trasposición literal del utilizado en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008. Y esto le lleva a considerar que el carácter «no desdeñable» de la cantidad de los residuos cuyo traslado puede constituir la conducta típica es algo que debe decidirse en función de tres parámetros: la cantidad de residuo, la peligrosidad del mismo y su posible uso.

Así, de la previsión contenida en el art. 7 del Real Decreto 1619/2005 sobre gestión de NFU (vigente en el momento de comisión de los hechos, aunque ya derogado), que permitía el almacenamiento de los NFU hasta las 30 toneladas cuando su destino final fuera la eliminación y siempre que dicho almacenaje no superara los seis meses; deduce que el Ordenamiento jurídico considera que 30 toneladas almacenadas en un tiempo de seis meses del neumático residuo destinado a eliminación ya es una cantidad relevante. De manera que como el acusado había exportado 20.000 neumáticos, cifra equivalente a 160 toneladas de residuo (atribuyendo un peso medio de 8 kilos por rueda de turismo), concluye que la cantidad que el acusado había trasladado no era «despreciable». En segundo término, a esa cuantía no despreciable le une la peligrosidad del residuo. Sobre este extremo puntualiza que, aunque los NFU no están catalogados ciertamente como residuos peligrosos, sí entrañan una cierta peligrosidad ya que se caracterizan por una alta capacidad calorífica que dificultará la extinción en caso de incendio. Peligrosidad de estos residuos a la que entiende contribuye también en este caso concreto la falta de control del acusado sobre el destino final de los neumáticos que exportaba, ya que éste había realizado todas las operaciones sin haber efectuado comunicación alguna a la autoridad competente.

Analizado todo lo cual la Audiencia concluyó que el acusado había trasladado residuos en cantidad no desdeñable fuera de España y que lo hizo vulnerando la legislación comunitaria y que, por lo tanto, se daban todos los elementos de este tipo penal.

73. PREVENCIÓN DE LOS FEMINICIDIOS: ANÁLISIS DE CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO CON RESULTADO DE MUERTE EN BIZKAIA (2010-2022)

REYES GOENAGA OLAIZOLA
Presidenta de la Audiencia Provincial de Bizkaia

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas tienen que ver con el esfuerzo que se realiza desde las instituciones en la lucha contra la violencia sobre la mujer; un esfuerzo de coordinación que no tiene excesiva visibilidad pero que resulta, sin ninguna duda, una de las herramientas más eficaces para abordar los diferentes fenómenos sociales y delictivos que conforman el concepto global de violencia frente a las mujeres.

Somos muchos los operadores e instituciones que tenemos una intervención relevante en el abordaje de la violencia de género y desde hace unos años el Consejo General del Poder Judicial, consciente de esta complejidad, nos ha pedido un esfuerzo de coordinación y la creación de un espacio de reflexión común. Por eso, en el año 2018, se crearon las comisiones de coordinación contra la violencia de género en el seno de las Audiencias Provinciales, dirigidas por el presidente(a) del órgano, con una composición claramente multidisciplinar, con reuniones periódicas semestrales y con vocación de permanencia.

En esta labor llevo trabajando desde que accedí a la presidencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el año 2019 y las iniciativas que se han promovido desde entonces han sido variadas. Debo indicar que el clima de

escucha «del diferente» y el interés por la coordinación de todas las instituciones han sido muy enriquecedores.

El trabajo que exponemos en las líneas siguientes es precisamente un ejemplo de esa coordinación. La iniciativa partió de la clínica médico forense, con la inquietud de conocer los datos de un fenómeno (los asesinatos de mujeres en contexto de pareja o expareja) con el que convivimos cada año y en el que las cifras se mantienen estables. Para combatir un fenómeno hay que conocerlo. Éste ha sido nuestro interés y nuestro impulso.

La pregunta básica que nos hacíamos cuando se empezó el estudio era analizar si la respuesta institucional, la coordinación o la revisión de los protocolos internos de cada institución implicada podía suponer un avance o una mejora.

Los resultados de nuestra investigación se exponen a continuación, pero lo mejor de este esfuerzo de estudio y de estos dos años largos de trabajo ha sido el proceso, el camino de puesta en común que han supuesto las múltiples reuniones interdisciplinarias que hemos realizado para entendernos. Entender cómo funcionamos los diversos operadores en nuestra esfera de responsabilidad y conocer los matices de las «diferentes miradas» (policial, judicial, forense, médica o asistencial) es esencial para avanzar y para poder colaborar.

A continuación, se muestran los resultados del estudio, deteniéndonos en la metodología que hemos empleado, puesto que la esencia de este trabajo es que se realiza «desde dentro», no por un observador ajeno o teórico, sino desde la perspectiva de los protagonistas de la lucha contra la violencia de género. Ese es su valor.

Bilbao, diciembre 2025.

Reyes Goenaga Olaizola
Presidenta de la Audiencia Provincial de Bizkaia

INFORME EJECUTIVO

Análisis de Casos de Violencia de Género con resultado de muerte. Mayo 2025

La violencia de género es un problema de derechos humanos que afecta, de manera diferencial, a todos los países. Ha dejado de ser un problema privado y ha trascendido hasta la esfera pública, siguiendo los mandatos internacionales.

Existe un extenso cuerpo legislativo nacional e internacional, que ha abordado la lucha contra la violencia de género, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer (Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Estambul, 2011), ratificado por España en agosto del 2014, la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la violencia de género y el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (desde 2018).

En la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE) se ha desarrollado el Acuerdo Interinstitucional para la mejora en la atención a las mujeres víctimas de maltrato doméstico y agresiones sexuales (desde el 2001) y que ha aprobado el borrador del III Acuerdo Interinstitucional.

Tanto el Pacto de Estado nacional como el Acuerdo interinstitucional de la CAE instan a trabajar de forma coordinada y eficaz a las instituciones implicadas en la atención de las víctimas de esta violencia (de los ámbitos sanitario, policial, judicial, servicios sociales, educativo y del Colegio de Abogacía), para garantizar una atención integral. Promueven la detección precoz y la prevención desde los distintos ámbitos, que permita la identificación proactiva de los casos de violencia de género no explicitados, para encauzarlos adecuadamente.

Los feminicidios representan la forma más grave y extrema de la violencia de género, junto al asesinato de los hijos e hijas, como forma de daño vicario hacia la mujer.

Para combatir cualquier fenómeno hay que conocerlo. Desde 1990 surgieron en la esfera internacional los Equipos de Revisión pormenorizada de homicidios de violencia familiar o doméstica, que también se ha creado en España, por la Secretaría de Estado de Seguridad.

En la CAE, en el seno de la Comisión Provincial de Violencia de Género de Bizkaia, ha surgido un Equipo propio de Revisión de los casos de feminicidio por parte de pareja y/o expareja, para avanzar en la prevención y detección precoz, analizando en profundidad los factores de riesgo y de protección, en cada caso.

El Equipo de Análisis de Feminicidios es una iniciativa que nace en Bizkaia, en enero de 2022, en el Marco de la Comisión Provincial de Violencia de Género. La finalidad del grupo es estudiar pormenorizadamente los casos de feminicidios ocurridos en Bizkaia, en un periodo acotado de tiempo (desde 2010 a 2022) y promover un análisis crítico de la respuesta institucional estableciendo ámbitos de mejora, si los hubiese, y mejorando la detección pre-

coz de los casos de violencia antes de que deriven en situaciones letales. El equipo de análisis está conformado por personal interinstitucional representativo de los diferentes estamentos involucrados.

Investigadoras Principales (IPs):

- Reyes Goenaga Olaizola, Magistrada-Presidenta de la Audiencia Provincial de Bizkaia
- Ana E. Abasolo Tellería, médico forense Instituto Vasco de Medicina Legal (Coordinación)

Equipo Investigador:

- Ainhize Urrezti Sistiaga e Irati Fernández Pujana, Genero Indarkerian Esku Hartzeko Negoziatuburua, Departamento de Igualdad del Ayuntamiento de Bilbao.
- Javier Oscar Fernández Cucó, Comisario Jefe de la Ertzainetxea de Getxo.
- Vicenta Alonso de la Cruz, psicóloga clínica y directora del Centro Penitenciario de Bizkaia
- Sylvia Martín Blanco, Magistrada del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Barakaldo
- Maite Madrid Conde, Responsable del desarrollo funcional de Osabi-de Global. Historia Clínica Electrónica de Osakidetza y Médico Adjunto Osakidetza.
- Maite Paino Ortuzar, Subdirección de Asistencia Sanitaria Osakidetza.
- María Segura Luzon, Trabajadora Social Forense adscrita al Instituto Vasco de Medicina Legal.
- Itziar Cámara Guemes, Trabajadora Social Forense adscrita al Instituto Vasco de Medicina Legal.
- Nagore Moraga Yubero, Médico Forense adscrita al Instituto Vasco de Medicina Legal.

Apoyo a la investigación:

- Isabel Germán Mancebo, Investigadora doctora en el Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC/KREI), de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU) (fase de planificación y diseño del estudio) y Susana Corral Gilsanz, Investigadora y docente de la Universidad de Deusto: asesoras de investigación en el proyecto.

I. OBJETIVO DEL ESTUDIO

El análisis de casos de violencia de género con resultado de muerte en Bizkaia tiene como objetivo general, con un carácter observacional retrospectivo, estudiar los casos de violencia de género con resultado de muerte y sentencia condenatoria en Bizkaia, desde 2010 a 2022.

Este estudio parte también de la idea de que una coordinación más eficiente entre los diferentes operadores implicados en la respuesta al fenómeno objeto de análisis permitiría mejorar el sistema de prevención y de acompañamiento a las víctimas.

Este estudio asume la complejidad del fenómeno del feminicidio. Un fenómeno de estas características debe ser abordado desde un enfoque multidimensional e integral, que incluya estrategias educativas y preventivas, la sensibilización, la asistencia a la mujer y a los niños, niñas y adolescentes expuestos a la violencia de género, y la sanción de la violencia contra las mujeres con medidas judiciales y penales.

Los objetivos específicos se detallan a continuación:

1. Análisis crítico de la respuesta institucional ante los casos de violencia de género con resultado de muerte y de la coordinación entre las diferentes instituciones al objeto de hacer propuestas de mejora tanto en la labor preventiva como en la respuesta asistencial a las víctimas.
2. Examinar si existen, o no, denuncias previas al feminicidio y actuaciones en el contexto de violencia de género y, en su caso, su recorrido institucional.
3. Estudiar las características psicosociales, de personalidad y psicopatología del agresor que puedan servir como información crítica a tener en cuenta para la implementación de cambios organizativos en la actuación coordinada de los diferentes operadores implicados de cara a la prevención del feminicidio.
4. Explorar las situaciones de vulnerabilidad de la víctima que pudieran ser críticas en el riesgo de resultado de muerte y promuevan cambios en la atención y coordinación institucional.

II. METODOLOGÍA

1. Procedimiento de recogida de información

Este análisis se ha realizado utilizando un diseño observacional de casos de feminicidios y de casos de no feminicidios, de corte transversal, con un análisis pormenorizado de cada caso.

A pesar de que el feminicidio abarca distintas modalidades de violencia letal contra las mujeres, tal y como recoge la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género desde el año 2022, este estudio se ha limitado al concepto jurídico de feminicidio, es decir, homicidios de mujeres por parte de su pareja o expareja, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Como criterio se seleccionaron aquellos casos en los que consta sentencia judicial firme en el periodo de tiempo reseñado (2010 a 2022).

De cara a establecer un análisis diferencial se conformó un grupo de casos de violencia de género sin resultado de muerte (en adelante grupo de no feminicidios) con los mismos criterios temporales y sentencia judicial firme.

En el grupo de feminicidios la recogida de datos utilizó datos secundarios provenientes de los expedientes sanitarios, judiciales, policiales, sociales, forenses y penitenciarios, y entrevistas con los feminicidas y con familiares y personas cercanas de las víctimas. En el grupo de no feminicidios se trabajó de forma similar, llevando a cabo las entrevistas con las víctimas/supervivientes.

Dado el carácter especialmente sensible y protegido de los datos que se manejan en este estudio, se siguieron los siguientes pasos para garantizar tanto la confidencialidad, el anonimato y el bienestar de las personas implicadas como el tratamiento adecuado de la información obtenida. Para ello, en todos los casos se informó de manera detallada de los objetivos, qué implicaba participar en el mismo, el tratamiento de los datos y se recababa su permiso para acceder a los expedientes clínicos, judiciales, policiales, sociales, penitenciario y forenses. Además, en el caso de las entrevistas se les solicitaba permiso para la grabación de las mismas. Para todo ello, se obtuvo el consentimiento firmado de todos los y las participantes. En aquellos supuestos en los que no se contaba con dicha autorización, el análisis se realizó con los datos recogidos en el testimonio de sentencia.

El trabajo, deliberaciones, informes y actuaciones desarrolladas por el Equipo de Análisis, así como la información recogida y analizada se ha realizado bajo estrictos parámetros de confidencialidad. Para ello todas las personas integrantes del Equipo han suscrito un documento de compromiso de confidencialidad con la protección y tratamiento de los datos objeto de este estudio.

El estudio tiene la aprobación del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi (CEIm-E), adscrito a la Dirección de Investigación e Innovación Sanitarias del Departamento de Salud del Gobierno Vasco (Expediente 00227). Se elevó una consulta a la Agencia Vasca de Protección de Datos, recabando su dictamen en cuanto al tratamiento y gestión de los datos.

De esta forma, el grupo de feminicidios quedó conformado por 12 casos y el grupo de no feminicidios por 10 casos.

El equipo de trabajo, en las fases iniciales del estudio, diseñó una plantilla de codificación de datos donde se recogían las variables de interés del estudio referidas a los victimarios del grupo feminicidio y del grupo de no feminicidio. De igual forma, se diseñó una plantilla de codificación similar donde se recogían las variables de interés del estudio referidas a las víctimas tanto del grupo de feminicidio como del grupo de no feminicidio.

Ambas plantillas incluían información recogida desde diferentes ámbitos:

- Desde el ámbito judicial se recogieron variables como antecedentes legales, denuncias de violencia previa hacia otras parejas o previas de la víctima, medidas de protección, quebrantamientos de orden de alejamiento, juicio, declaración de la víctima, dispensas, y sentencia.

- Desde el ámbito policial se recogieron variables referidas a los antecedentes policiales, denuncias previas, medidas de protección implementadas, escenario del crimen/agresión y valoraciones de riesgo.

- Desde el ámbito sanitario se recogió información referida a indicadores de vulnerabilidad en las víctimas, así como historia de salud, diagnósticos psiquiátricos, diagnósticos no psiquiátricos, consumos de alcohol y/o drogas, historia de tratamientos tanto de la víctima como del victimario, conocimientos o no de la violencia de género y partes de lesiones.

- Desde el ámbito de trabajo social y forense se recogió información sobre historia forense previa por razón de violencia de género o por otras causas, diagnósticos y analíticas de toxicomanías, y diagnósticos psicopatológicos.

- Desde el ámbito social se establecieron variables relacionadas con aspectos sociodemográficos de la víctima, contactos previos con Servicios Sociales, gestiones llevadas a cabo, atención prestada y seguimiento.

La información en base a las variables de estudio consensuadas se recogió a través de un análisis pormenorizado del expedientes judicial, policial, forense, penitenciario, de servicios sociales y de historia clínica, junto con entrevistas semiestructuradas con los victimarios, allegados de las víctimas y las propias víctimas en los casos del grupo de no feminicidios.

Estas entrevistas fueron realizadas por varios miembros del equipo de trabajo (Ana Abásolo Tellería, Itziar Cámara Guemes, María Segura Luzón, Vicenta Alonso de la Cruz, y Susana Corral Gilsanz) y contribuyeron a recabar la información para el análisis de los casos.

2. Estrategia de análisis

Una vez recabada toda la información a través del estudio de los expedientes y de las entrevistas semiestructuradas se procedió a su análisis. El análisis pormenorizado de los casos de violencia con y sin resultado de muerte se ha realizado en reuniones periódicas y presenciales del equipo de trabajo. Cada miembro del equipo aportaba al grupo la información de su servicio y relativo al caso concreto: al agresor/víctima, fecha de la intervención, atención prestada y su resultado.

En las reuniones se hacía una puesta en común de la información recabada del caso, se levantaba acta de la información compartida y se elaboraba un informe técnico para cada uno de los casos analizados. Una vez recogida la información de todos los casos del grupo de estudio y del grupo de comparación se hicieron sesiones semanales en formato *online* para alcanzar una lectura crítica de los casos. Para facilitar este análisis crítico de la respuesta de las instituciones en cada uno de los casos analizados, se consensuaron tres preguntas para cada servicio:

- a) Ahora que conoces la respuesta de tu servicio, ¿puedes realizar un análisis crítico de esta?
- b) ¿La respuesta de tu institución sería la misma ahora? ¿En qué sería diferente hoy, si lo fuera?
- c) ¿Hubo coordinación interinstitucional? ¿Fue buena esta coordinación? ¿Tienes propuestas de mejora?

Para el análisis del grupo de no feminicidios, la primera pregunta se modificó ligeramente, solicitando que en esa lectura crítica se identificasen aquellos factores clave que pudieran haber facilitado una gestión eficaz del caso (y no un resultado de muerte).

Las respuestas aportadas por las diferentes instituciones participantes fueron compartidas en reuniones y recogidas en un archivo Excel, para ser posteriormente analizadas cualitativamente, sistematizando y describiendo las respuestas institucionales en los casos de los dos grupos analizados.

III. RESULTADOS

Se identificaron 12 feminicidios en el marco temporal del estudio. Dos de los feminicidas no dieron su permiso para participar en el estudio, por lo que

la información utilizada es única y exclusivamente, la recogida y explicitada en la sentencia condenatoria.

El método homicida más utilizado fue el arma blanca en 6 feminicidios (50%), seguido de 2 feminicidios por asfixia (16,7%) y de un feminicidio (8,3%) por policontusiones. Tres de las muertes implicaron métodos mixtos: policontusiones y asfixia (8,3%), policontusiones y atropello (8,3%) y policontusiones y arma blanca (8,3%). Además, en 10 (83,3%) de los 12 casos analizados, el feminicidio ocurrió con una especial violencia.

El lugar más frecuente de ocurrencia fue en un domicilio, principalmente en el domicilio común (5; 41,7%), seguido del domicilio de la víctima (3; 25%) y del domicilio del agresor (2; 16,7%). Uno (8,3%) de los feminicidios tuvo un escenario complejo, a saber, el domicilio de la víctima y un espacio público y el restante (8,3%) tuvo lugar en un negocio. Dos tercios de los feminicidas eran de origen español (8; 66,7%), con una edad media de 42,8 años ($dt = 10,4$, mín. = 25, máx. = 61).

Las víctimas eran ligeramente más jóvenes que los feminicidas, con una edad media de 40,6 años ($dt = 11,5$, mín. = 25, máx. = 58). Siete (58,3%) de estas mujeres eran de origen español y 5 (41,7%) extranjeras.

Siete de los feminicidios (58,3%) ocurren cuando la víctima había, o bien anunciado su deseo o intención de separarse de su agresor (16,6 %), o bien se había materializado ya tal separación (41,7%). En estos, 2 de los feminicidios (16,7%) ocurren a las 4 semanas de la separación, mientras que los otros tres restantes ocurren a la semana (8,3%), a las 3 semanas (8,3%), y a las 16 semanas de la separación (8,3%).

En el grupo de no feminicidios, la violencia estudiada abarca un rango amplio de violencia: la violencia física, la violencia psicológica, la sexual o económica, que pueden aparecer de forma aislada o combinada. La violencia psicológica es universal y estaba presente en todos los casos e incluye los quebrantamientos de las órdenes de protección. En 7 (70%) de los casos hay una violencia física explícita, llegando en dos de ellos (20%) a calificarse de tentativa de homicidio. Tres de los casos (30%) implicaron agresiones en la calle, aunque en uno de ellos hubo además otra agresión, en el domicilio, unos días antes.

Siete de los agresores eran de origen español (70%), mientras que los tres restantes (30%) eran de procedencia extranjera. La edad media de este grupo era de 45,9 años ($dt = 18,1$, mín. = 30, máx. = 85). En el 30% de los casos hay un diagnóstico psiquiátrico activo y 8 (80%) tenían consumos de alcohol y/o drogas. Las víctimas de este grupo tenían una edad media de 38,7 años

($dt = 18,7$, mín. = 17, máx. = 86). Seis (60%) de estas mujeres eran de origen español y 4 (40%) extranjeras.

IV. CONCLUSIONES

Con datos extraídos del Observatorio de Bizkaia de la Violencia de Género, sobre actuaciones policiales en Violencia de género en el periodo (2013-2023) se ha intervenido en un total de 23.989 casos, los feminicidios representan menos del 0,05%.

La creación del Equipo de análisis de feminicidios ha supuesto el análisis interdisciplinar de casos. El conocimiento de los factores y la coordinación interinstitucional aparecen como elementos significativos en la lucha contra la violencia de género. Con este aprendizaje, pretendemos avanzar, proponiendo un documento con recomendaciones que nos permita avanzar en esta tarea.

En 7 casos no había denuncia y se trataba de casos desconocidos para el sistema judicial, aunque en uno de ellos, el sistema sanitario sí había detectado la presencia de ideas agresivas y de muerte hacia la víctima.

Del estudio realizado y tras el análisis meticuloso de los casos de feminicidio y de violencia de género sin resultado de muerte, se han encontrado desafíos importantes a la hora de abordar un fenómeno tan complejo como son los feminicidios en violencia de género.

a) Los feminicidios son un fenómeno muy infrecuente, solo en un muy pequeño porcentaje de casos de violencia de género hay un resultado de muerte. La baja incidencia de casos hace que su detección y prevención sea muy difícil.

b) La violencia de género es un concepto complejo que engloba una multiplicidad de situaciones, en las que coexisten diferentes dinámicas y modelos. Es importante incluir la violencia económica y violencia vicaria o nuevas formas de victimización, como la ciberviolencia, tal y como recoge el Pacto de Estado de 2025.

c) Ni todas las víctimas son iguales, ni todas las víctimas necesitan lo mismo. Hay que huir de tratamientos automatizados y burocratizados debiendo ajustar las intervenciones al momento y la persona concreta que se atiende.

d) La ideología machista y la desigualdad estructural entre hombres y mujeres están en la base de la violencia contra las mujeres y encuentra su mayor expresión en el ámbito de las relaciones de pareja. Pero para explicar el fenómeno de los feminicidios es necesario profundizar en otras variables que

confluyen en el caso concreto y que en su conjunto dan lugar al asesinato/homicidio. Conocerlas, aislarlas y valorar el peso predictivo de cada una de ellas es un reto que requiere de una mayor investigación.

e) Los sesgos de género, el *burnout*, la excesiva carga de trabajo, la falta de tiempo y espacios de calidad en la atención, la falta de autocuidado y supervisión, entre otros, pueden estar presentes en los y las profesionales de los servicios que atienden la violencia de género y en las instituciones implicadas.

f) Una institución aisladamente no puede solucionar el problema de los feminicidios de violencia de género. Solo el trabajo en red y compartido puede hacerlo, hay que adoptar perspectivas de género e interseccional real y efectiva.

En la respuesta institucional, se han identificado como aspectos comunes, a tener en cuenta por parte de todas las instituciones implicadas:

a) Hay que realizar un trabajo institucional desde la perspectiva de *la debida diligencia* (Comité CEDAW1992). Los Estados podrían ser responsables por los actos privados de las personas «si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas».

De aquí surge la necesidad de que las instituciones actúen de forma eficiente y eficaz frente a la violencia de género y es necesario reforzar la detección precoz. Ámbitos como el sanitario y el asistencial de servicios sociales a los que acceden tanto víctimas como victimarios se convierten en espacios donde se puede, y se debe, llevar a cabo una labor de concienciación, prevención e intervención proactiva.

b) Necesidad de definir, de manera operativa, los indicadores de vulnerabilidad en las víctimas contextualizadas en su realidad concreta, que permitan a los y las profesionales centrar su atención y esfuerzos.

En el presente estudio se han discriminado las siguientes:

- Mujer migrada.
- Cargas familiares (hijos/as, personas dependientes).
- Barreras idiomáticas y culturales.
- Ausencia de recursos económicos.
- Pertenencia a minorías étnicas.
- Dependencia social, económica, emocional del agresor.
- Ausencia de red familiar y social de apoyo.
- Situación de exclusión social.

- Problemática psiquiátrica y/adicciones.
- Cuidadoras principales de pacientes con enfermedad mental grave con irregular adherencia y/o abandono del tratamiento.
- Antecedentes de violencia de género con otras parejas.

Sería recomendable desarrollar y disponer de escalas y guías rápidas, sobre estos aspectos de las víctimas que las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad.

Habría que contar con servicios acompañamiento a las víctimas, como el facilitador intercultural o la presencia permanente del servicio de asistencia a la víctima.

c) Trabajar desde la intersectorialidad, solo el trabajo en red es eficaz en la lucha contra la violencia de género. Esto implica compartir perspectivas e información (cuya base jurídica ha de clarificarse).

d) Ampliar el foco atencional hacia el hombre, como punto de identificación y trabajo preventivo, al identificarse en él factores riesgo de violencia.

e) Visibilizar la violencia que sufren las y los hijos de las víctimas directas e indirectas de la violencia y que, en uno de los casos, ha sido asesinada junto con su madre. En este estudio, 13 menores han quedado huérfanos de madre y las secuelas de la violencia sufrida condicionará su desarrollo madurativo, en algunos casos de manera irremediable.

f) El estudio de los casos de violencia de género sin resultado de muerte pone en valor que la agilidad en la respuesta social e institucional (policial y judicial) contribuye a disuadir al agresor y proteger a la víctima.

g) El intercambio de información y coordinación entre instituciones es un paso fundamental a la hora de enfrentar la violencia hacia las mujeres y especialmente en sus formas más dramáticas como es el feminicidio. El reto pasa por operativizar esa coordinación interinstitucional a través de mecanismos y protocolos que aporten eficacia. Durante el estudio se han valorado positivamente dos aspectos.

El primero la creación de una figura de coordinación en cada servicio institucional que sirva de enlace y promueva una comunicación fluida entre los agentes intervinientes.

El pleno y urgente desarrollo completo de la plataforma EBA (Etxekoen eta emakumeen Babesa/Emakumeen Babesa Artatzeko), que se concibe como instrumento prioritario de coordinación y transmisión de información entre las instituciones y servicios implicados.

h) Se propone la continuidad del Equipo de Análisis de Feminicidios con reuniones periódicas de seguimiento de las propuestas de mejora realizadas, y análisis de los casos que vayan surgiendo en el futuro.

i) Es común en todos los servicios la necesidad de incrementar los medios materiales y humanos, contando con profesionales sensibilizados, especializados y que aporten una visión de calidad.

Nota: Para conocer el trabajo en su versión detallada puede consultarse la página www.poderjudicial.es en el apartado correspondiente a la Violencia Doméstica y de Género, en las comisiones de coordinación contra la violencia de género de Bizkaia (Acta de la reunión de 8 de mayo de 2025).

74. ¿CRIMINALIZACIÓN, DE FOBIAS O PROTECCIÓN DE GRUPOS? ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL COLECTIVO PROTEGIBLE EN EL DISCURSO DE ODIO PUNIBLE

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

Existe consenso en torno a la idea de que la técnica legislativa empleada por el Código penal español para la tipificación de las infracciones previstas en el art. 510 CP, comúnmente englobadas en la noción «Discurso de odio punible», no pasa por la previsión expresa de los colectivos susceptibles de protección (*discriminatory selection model*), sino por la referencia a los *motivos* discriminatorios (*animus model*). La elección por parte del legislador español de este último modelo ha llevado a la Fiscalía General del Estado, por su parte, a sostener que «[e]l origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una

agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos»¹.

A la técnica legislativa de referencia alude también el Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio encargado por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en 2022, cuando indica lo siguiente: «Por otra parte, remitiéndonos a lo expuesto en anteriores epígrafes, es evidente que, dependiendo del modelo *discriminatory selection model* legislativo de delitos de odio al que adscribamos al tipo penal en cuestión, las palabras de su listado podrán tener uno u otro significado. Si entendemos que un precepto pertenece al legislativo de crímenes de odio, entonces cuando en su listado figuren las palabras «etnia» o «sexo», las mismas irían referidas a una concreta etnia y a un concreto sexo del colectivo tradicionalmente discriminado al que perteneciera la víctima (p.ej., etnia gitana o sexo femenino). Si el tipo penal en cuestión lo interpretamos desde la óptica del *animus model* (del principio de igualdad sean cuales sean nuestras condiciones personales, y no de la protección de colectivos tradicionalmente discriminados), entonces «etnia» y «sexo» se referirán a cualquier etnia o cualquier sexo, incluso los de los colectivos mayoritarios. A los efectos que aquí nos ocupan, dado que para clarificar qué condiciones personales serían las tradicionalmente discriminadas, un paso previo ha de ser necesariamente clarificar a qué se refiere el Legislador cuando menciona las condiciones personales mismas, efectuaremos esta aproximación terminológica desde la óptica del *animus model* legislativo de crímenes de odio»².

Exponer las principales bases argumentativas de ambos modelos político-criminales, para posteriormente ofrecer algunas claves para una interpretación objetivizadora del art. 510 CP que permita la pacífica convivencia de ambas lógicas, constituye el objeto del presente trabajo, con el que me sumo encantado al merecido homenaje brindado al Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi, ejemplo como pocos de rigor académico y proximidad personal.

¹ Circular FGE 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, p. 11.

² DÍAZ LÓPEZ, *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para cooperar institucionalmente en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la LGBTIfobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría de Estado de Migraciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2022, p. 63.

II. EL MODELO DE LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS (*ANIMUS MODEL*)

En similar dirección a la Circular FGE 7/2019, de 14 de mayo y al Informe para el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en 2022, la Comisión de Seguimiento del Acuerdo para cooperar institucionalmente en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la *LGBTIfobia* y otras formas de intolerancia indica que «[l]a casuística nos dice que la legislación penal sobre delitos de odio se aplica a sujetos de extrema derecha, que cometen su delito motivado por el odio político hacia sujetos de tendencia contraria (...). Esto incluye agresiones contra sujetos de extrema izquierda, defensores de nacionalismos autonómicos, demócratas y partidarios de cualquier otra clase de ideología de la cual derive una organización del Estado distinta del totalitarismo que ellos propugnan. En sentido contrario, nada obsta sin embargo para que pueda aplicarse a sujetos de esas tendencias si por odio ideológico cometen su delito contra sujetos neonazis. La ideología incluye cualquier creencia en una determinada forma de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes, o cualesquiera otras formas de organización política»³.

Esta línea de pensamiento se ha traducido en una doctrina jurisprudencial que extiende la aplicación del art. 510 CP a ámbitos entonces ignotos por el precepto, por alejados de su esfera habitual de incidencia. Así, las SSTS 9 de octubre de 2019 (caso Alsasua) y 22 de febrero de 2022 y la STSJ Cataluña 9 de enero de 2024: «(...) los preceptos citados y el artículo 22.4 protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no, minoritarios, sean o no vulnerables, o sean o no desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos «no puedan ser odiados», o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible». (...) [L]as conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada están vinculadas per se no solo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y por ello, no solamente se protege con la

³ DÍAZ LÓPEZ, *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, cit. p. 65.

tipicidad del odio a la dignidad y derecho al a igualdad de quien tiene el concepto de vulnerable son quién esté ubicado en uno de los grupos del artículo 510 del Código Penal, porque es igualdad de todos y no solamente de algunos, lo que se protege ante el discurso de odio, ya no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un «no vulnerable» sino a quién esté ubicado en uno de los grupos del artículo 510 del Código Penal».

III. EL MODELO DE LA SELECCIÓN DISCRIMINATORIA (*DISCRIMINATORY SELECTION MODEL*)

Frente a esta comprensión de los delitos de odio y discriminación como infracciones contra el derecho a la igualdad de trato (art. 14 CE) caracterizadas en estos casos por encontrarse impulsadas por una motivación ideológica, un importante sector doctrinal considera ampliamente preferible una interpretación restrictiva de los tipos en juego orientada a sus respectivas consecuencias jurídicas. Tomando como guía para la interpretación la ubicación en el Código penal de estos delitos («delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución»), este elemento sistemático conduciría, como sostiene Landa Gorostiza, a una interpretación por ejemplo del art. 510.1 CP como únicamente aplicable cuando la conducta de incitación sea idónea para representar de forma inminente un «paso al acto», esto es, resulte objetivamente adecuada para incitar, promover o fomentar su reiteración hasta el punto de poder llegar a afectar el ejercicio de un derecho fundamental de los miembros del colectivo destinatario de la conducta. No bastaría, en su opinión, con una mera llamada a malos sentimientos, a una vaga e imprecisa coacción o a formas discriminatorias, por ejemplo, como el boicot, si de ello no se colige la idoneidad objetiva de la conducta dolosa para colocar a un colectivo o sus miembros en situación sistemática de inferioridad y potencial denegación de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y ss. CE. Todo ello resultaría extensible a las referencias de idoneidad que se encuentran en otros apartados del art. 510 CP, como, por ejemplo, las letras b) y c) del ap. 1, o las a) y b) del ap. 2⁴.

Particularmente sobre los supuestos de agresiones o expresiones de odio contra nazis, Correcher Mira apunta más recientemente en idéntico sentido: «(...) apartarse de la noción de vulnerabilidad y abrir la aplicación del art. 510 CP a cualquier grupo o colectivo que se identifique con los motivos discrimi-

⁴ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 69 s.

natorios descritos en el tipo, no sólo limita la libertad de expresión, sino que supone una desnaturalización del impacto antidiscriminatorio que se le presupone a este tipo penal. Obviamente, esto no obsta para considerar que se haría un flaco favor a estos colectivos si se considerara que sólo mediante el recurso al castigo penal se puede erradicar la discriminación en el medio social. Todo lo contrario, como se ha expuesto en estas líneas, la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* impone que el Estado despliegue las políticas públicas necesarias para limitar la propia vulnerabilidad de estos grupos, reservándose la sanción penal que representa el art. 510 CP para los casos más extremos, para así garantizar la propia promoción de lo dispuesto por el art. 14 CE, pero también para salvaguardar el respeto a la libertad de expresión recogida en el art. 20 CE»⁵. Por lo que respecta a la posición del Estado en la gestión de los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, resulta del todo incoherente la instrucción contenida en la Circular de la FGE, donde se considera que los grupos de ideología nazi, incluyendo aquí cualquier tipo de ideología fundada en la intolerancia y la negación de los valores democráticos, pueden ser considerados sujetos pasivos del art. 510 CP. El daño que produce esta Circular no se inserta sólo en la mera interpretación dogmática del tipo, sino que supone una afirmación dudosa desde la perspectiva de un Estado democrático respetuoso con los Derechos Humanos, esto es, la equiparación en el plano discursivo de la ideología nazi con cualquier otra opción política, del mismo modo que considera que una persona defensora de esta tendencia requiere de la misma protección que, por ejemplo, un migrante en situación irregular empleado en los invernaderos de la provincia de Almería. Esta posibilidad, además de ignorar lo dispuesto por los estándares internacionales en materia de interpretación del discurso del odio –la reciente jurisprudencia del TEDH es una buena muestra de ello– supone *de facto* una legitimación institucional del pensamiento intolerante. Con esto no quiere decirse que estos grupos no tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en el marco de un Estado democrático, cuestión del todo saludable desde la perspectiva de la libertad de expresión, sino que lo que se discute es la protección institucional que la literalidad de la Circular ofrece a la ideología nazi pues, al considerarla objeto de protección, la equipara a cualquier otro motivo discriminatorio (raza, género, identidad sexual, etc.) recogido por el art. 510 CP. En su defensa extrema de la (in)tolerancia, la Circular viene a sesgar la posibilidad de, en el plano discursivo, mostrar el necesario rechazo que cualquier Estado

⁵ CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2021, p. 140.

democrático, también su ciudadanía, debería manifestar ante una posición ideológica que, precisamente, persigue la supresión de las políticas antidiscriminatorias que terminan dando abrigo a su intolerancia»⁶.

IV. ¿IMPORTAN LAS RAZONES O LOS MOTIVOS? HACIA UNA INTERPRETACIÓN OBJETIVADORA DEL ART. 510 CP

Los diferentes apartados del art. 510 CP disponen que las respectivas conductas típicas se realicen no solo «contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada *por razón* de la pertenencia a aquel», sino, especialmente «*por motivos* racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad». A la vista del empleo repetido de las expresiones «por razón» y «por motivos», podría concluirse que el legislador español se habría decantado claramente por el modelo de los motivos discriminatorios (*animus model*). Resulta dudoso, no obstante, que solo quepa interpretar tales expresiones en clave exclusivamente subjetiva⁷.

Comparto, por ello, el punto de vista doctrinal objetivizador según el cual el conjunto de preceptos del Código penal español que configura el catálogo de los denominados delitos de odio y discriminación tiene como objetivo político-criminal proteger únicamente a los miembros de colectivos vulnerables. Se les protege frente a comportamientos y expresiones que puedan poner en peligro el ejercicio de sus derechos constitucionalmente reconocidos. Una correcta interpretación de los tipos en juego exigirá, de este modo, la determinación tanto del círculo de colectivos vulnerables como de los criterios que permitan concretar la idoneidad objetiva de la conducta para poner en peligro el acceso a sus facultades normativamente reconocidas. Como es obvio, en nada obsta que el sujeto activo del delito de odio o del discurso de odio punible forme parte igualmente de un colectivo vulnerable⁸.

Esta circunstancia es, de hecho, la que da sentido a la tipificación de los discursos del odio en el Derecho internacional, como establece la Recomendación de Política General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio: «La obligación conforme al Derecho internacional de tipificar determinadas

⁶ CORRECHER MIRA, *InDret*, 2021, p. 140.

⁷ *Vid.*, en este sentido, la reciente STSJ Madrid 31/24, 23-1.

⁸ STSJ Madrid 31/24, 23-1.

formas de discurso de odio se estableció para proteger a los miembros de los colectivos vulnerables»⁹. Como señala la referida Recomendación de Política General n.º 15, estos colectivos vulnerables se encuentran determinados conforme a «una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual». La Recomendación define así el concepto de «grupos vulnerables»: «se refiere a grupos que son objeto específico de discurso de odio, y que varían dependiendo de las circunstancias nacionales pero que, probablemente, incluyen a solicitantes de asilo y refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades judías y negras, musulmanes, romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas y personas LGBT; incluirá específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos»¹⁰.

Uno de los más destacados intentos de establecer los criterios de un eventual test de severidad del discurso, que permita determinar los elementos que deberían caracterizar el discurso del odio punible, es el denominado «Plan de Acción de Rabat» sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, derivado de una reunión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y adoptado por los expertos el 5 de octubre de 2012. El Plan de Acción se encuentra sintetizado en la referida Recomendación de la ECRI sobre política general n.º 15, relativa a la lucha sobre el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015, en el que se afirma que «para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente, hay que tener en cuenta: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el

⁹ ECRI, *Recomendación de Política General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio*, 2015, p. 13.

¹⁰ ECRI, *Recomendación n.º 15*, cit., p. 27.

contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); (f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)»¹¹.

El Plan de Acción de Rabat cuenta como conocido antecedente histórico con el denominado «*Clear and Present Danger Test*», obra del célebre Juez Oliver Wendell Holmes. La prueba del «peligro claro y presente» fue concebida por el juez Holmes a propósito del caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52. En el mismo, una persona fue acusada de intentar causar una insubordinación en las fuerzas militares y obstaculizar el alistamiento mediante la distribución de panfletos. Por medio de éstos se instaba a presentar resistencia al enrolamiento obligatorio y se cuestionaban los argumentos de quienes respaldaban la iniciativa bélica. De acuerdo con el *Clear and Present Danger Test*, «la cuestión es si los términos utilizados se emplean en tales circunstancias y son de tal naturaleza que pueden generar el peligro claro y presente de que se produzcan los daños graves que el Congreso tiene derecho a prevenir. Es una cuestión de proximidad y medida»¹².

Únicamente de este modo, esto es, mediante la restricción de los colectivos protegidos a través del art. 510 CP a los colectivos vulnerables, podrá ponerse coto de modo razonablemente eficaz a uno de los más perniciosos efectos de la noción jurisprudencial de «discurso de odio»: su excesivo grado de vaguedad. En la jurisprudencia se refiere a la falta de taxatividad del concepto «Discurso del odio», por ejemplo, la SAP Barcelona, 6.^a, 12 de diciembre

¹¹ Sobre todo ello vid., por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., pp. 115 s.; el mismo, «El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP», en Landa Gorostiza / Garro Carrera (dirs.), *Delitos de odio*, cit., pp. 231 s. En idénticos términos se expresa recientemente la SAP Barcelona, 3.^a, 2-7-24.

¹² A propósito de este caso vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, 2012, pp. 153 ss. Otros casos en los que se aplicó el criterio han sido los siguientes: *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204; *Debs v. United States*, 249 U.S. 211; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616; *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466; *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357; y el muy notorio *Brandenburg v. Ohio*, 395 u.s. 444 (1969), que ha permitido que algunos autores también se refieran al *Clear and Present Danger Test* como «Test de Brandenburg». Se refieren a estos instrumentos LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., p. 71; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, cit., pp. 132 ss. en particular sobre el caso *Brandenburg v. Ohio* pp. 188 ss. En relación con estos criterios, aunque sin mencionar expresamente el test de Rabat, vid. VALLS PRIETO, «Capítulo trigésimo. Delitos contra la constitución», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, 2015, p. 867. Sobre todo lo apuntado, monográficamente, ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, 2018, *passim*.

de 2018, F.J. 2.º: «En relación con dicho concepto es conveniente recordar que se trata de una noción de contenido no taxativo, pues no todos los organismos internacionales lo definen del mismo modo ni a los mismos efectos. De hecho, nos encontramos ante una fórmula abreviada empleada para combatir el fenómeno de la discriminación en diversas esferas (educativa, preventiva, civil, social, administrativa y también penal). De ahí se deriva que no todo el discurso del odio sea penalmente relevante, sino sólo algunas de sus manifestaciones, y, consecuentemente, que no toda la jurisprudencia del TEDH sea de interés desde el prisma de la subsunción penal pues el Alto Tribunal suele centrarse en la corrección del juicio de proporcionalidad cuando se trata de restringir el derecho a la libertad de expresión».

La conclusión apuntada puede alcanzarse tanto desde una perspectiva constitucional (art. 20 CE), como desde el punto de vista del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10 CEDH). En relación con este último instrumento normativo, resultaría perfectamente aplicable a aquella clase de manifestaciones la ya mencionada cláusula sobre limitación de la aplicación de las restricciones de derechos prevista en el art. 18 CEDH. No obstante, es igualmente claro que no todo discurso expresivo de un ejercicio abusivo del derecho fundamental a la libertad de expresión resultará automáticamente relevante desde una perspectiva penal. Como es de todo punto lógico, debe existir un espacio reservado para el ejercicio legítimo del derecho fundamental recogido en los arts. 10 CEDH y 20 CE, por un lado; un segundo ámbito, eventualmente, para las manifestaciones expresivas que de modo más socialmente intolerable pongan en peligro los bienes jurídicos que, como el honor, la libertad o la dignidad humana, puedan entrar en peligro con la libertad de expresión; y, finalmente, una esfera intermedia entre ambos extremos en la que tengan cabida, precisamente, todos aquellos supuestos en los que se incurra en un uso abusivo de aquel derecho de modo no típicamente relevante¹³.

No en vano, la inconcreción de los presupuestos objetivo del concepto «discurso del odio» ha acabado conduciendo de forma prácticamente inevitable a que la jurisprudencia haya empezado a acudir al mismo para justificar la conformidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión de resoluciones judiciales condenatorias por delitos que escasa o nula relación guardarían con el contexto natural de la doctrina, esto es, el art. 510 CP. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la Corona (art. 490 CP) y del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). Paradigmática resulta, en relación con

¹³ ALCÁZER GUIRAO, «Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal», *RECPC*, 18-11 (2016), *passim*.

el primero de los grupos de infracciones citado, la STC 177/15, 22-7, que se hizo eco del concepto que nos ocupa para confirmar en amparo la sentencia condenatoria dictada en un supuesto de quema de fotos del rey en el seno de una manifestación antimonárquica¹⁴. En idéntica línea se expresa, en lo que ahora nos ocupa, la STEDH 13-3-18, F. J. 3.º, que condenó a España en este caso por vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, con base, igualmente, en el argumento de que la conducta, al no implicar incitación a la violencia, tampoco constituiría expresión de discurso del odio¹⁵.

Atención particular merece el tratamiento que el enaltecimiento del terrorismo merece por parte de la reciente jurisprudencia del TEDH. Pese a algunas resoluciones en las que conviene que la condena nacional por enaltecimiento del terrorismo resulta plenamente proporcionada¹⁶, son múltiples las condenas a los Estados (con mención especial a Turquía)¹⁷ por vulneración del art. 10 CEDH. En uno de los casos, el resuelto por la STEDH 22-6-21, el Estado condenado fue España, en concreto por el caso *Erkizia Almandoz*. Este caso se refería a la participación de un político independentista vasco en un acto de homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA, y a su condena por apología pública del terrorismo a una pena de un año de prisión y siete de inhabilitación. En opinión del demandante, la condena española vulneró su derecho fundamental a la libertad de expresión, al haber tenido su discurso como único objetivo, iniciar un procedimiento exclusivamente democrático y pacífico para conseguir la independencia del País Vasco. El TEDH dio la razón en su pretensión a Erkizia, al no haberse demostrado la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista y, por el contrario, el discurso del demandante en el acto habría defendido la búsqueda de un me-

¹⁴ ALCÁZER GUIRAO, *RECPC*, 18-11 (2016), p. 4. *Vid.* también, sobre el particular, la SAN 5-12-08 y, en particular, su interesante voto particular.

¹⁵ Similar referencia se encuentra, ya con anterioridad, en la STEDH 8-3-11, que resolvió el asunto Otegi Mondragón contra España, F.J. 1.º: «Aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar (véase, a contrario, Sentencia *Sürek contra Turquía* (núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999-IV). Por otra parte, señala que ni los tribunales internos ni el Gobierno han justificado la condena del demandante mencionando la incitación a la violencia o el discurso de odio». Sobre este supuesto *vid.* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, cit., pp. 234 ss.

¹⁶ Baste citar en este sentido a las SSTEDH 17-4-18 (*Roj TV A/S vs. Dinamarca*); 9-5-18 (*Stomakhin vs. Rusia*).

¹⁷ Merece la pena destacar en este capítulo las STEDH 12-3-19 (*Ali Gürbüz vs. Turquía*); 11-2-20 (*Özer vs. Turquía*); 31-8-21 (*Üçdağ vs. Turquía*); 7-12-18 (*Yasin Özdemir vs. Turquía*), relativa a organización gülenista y su líder (Fethullah Gülen).

dio democrático para alcanzar los objetivos políticos específicos de la izquierda abertzale¹⁸.

Con base en todo lo anterior, si alguna virtualidad limitadora de la libertad de expresión típicamente relevante cabe reconocer a la noción del discurso del odio, la misma probablemente pase por el análisis de hasta qué punto el empleo de dicho concepto resulta aceptable en aras de la protección penal de minorías, inmigrantes y otros colectivos especialmente necesitados de protección. Tal y como recuerda Landa Gorostiza, es probable que cuando al TEDH nos referimos, no quepa aludir a un único concepto de «discurso del odio», sino a varios, en correspondencia con la apertura de esta doctrina a contextos distintos al revisionismo histórico del holocausto nacionalsocialista o la incitación filonazi, como los relativos al discurso político antiinmigración, el homofóbico o la incitación al odio religioso¹⁹. Es evidente, en este contexto, que ni el rey, ni los miembros de la corona, ni las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado forman parte de ningunos de los llamados «colectivos-diana» referidos por la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, por lo que el recurso a dicha doctrina en supuestos de amenazas o injurias contra alguno de aquellos delitos se encuentra completamente fuera de lugar²⁰.

En idéntica línea, muy gráficamente, se expresó la SAP Barcelona, 6.^a, 12-12-18, F.J. 2.º: «Es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificado de históricamente vulnerables en el marco de producción del hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, que pueden ser susceptibles de protección por otras vías, en su caso». Prosigue la resolución: «(...) parece todo un contrasentido institucional afirmar (como hacen el TEDH y el TC) que la libertad de expresión tiene una posición especialmente preferente cuando contribuye al debate público respecto de asuntos de relevan-

¹⁸ El TEDH apreció en este caso una violación del art. 10 CEDH, estimando que la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no podía considerarse «necesaria en una sociedad democrática». Tras analizar la aplicación de los distintos factores que caracterizan la incitación al odio y las declaraciones de apología o defensa del terrorismo, el Tribunal consideró que, aunque el demandante había realizado sus declaraciones durante un acto en memoria de un antiguo miembro de ETA en un contexto político y social tenso, el contenido y la formulación de los comentarios del demandante demostraban que no había tenido la intención de incitar a la violencia ni de apología o defensa del terrorismo.

¹⁹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., pp. 33 y 37. En palabras de este autor, «[n]o hay una definición cerrada de discurso del odio sino abierta y por definición adaptativa a los casos que se van presentando ante el TEDH» (p. 38).

²⁰ En este sentido LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., p. 46.

cia general, en el que estén implicados sujetos que ejerzan funciones públicas para, acto seguido, matizar que tales sujetos pueden integrar algunos de los colectivos susceptibles de ser discriminados a través del discurso del odio, pues no cabe duda del tremendo efecto desalentador que sobre el ejercicio del derecho se deriva de ese reconocimiento. Por ello, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la prohibición del denominado «discurso del odio», que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso».

Con base en la extensamente referida STEDH 28-8-18 (caso *Savva Terentyev vs. Rusia*), resulta discutible, por ello, el punto de vista según el cual el art. 510 CP sería aplicable, por ejemplo, a propósito del llamamiento institucional de la Generalitat de Catalunya a la cesión de locales municipales para la celebración del referéndum del 1 de octubre²¹; la agresión a Guardia Civiles de paisano por personas afines a la *Izquierda Abertzale* ocurrida en Alsasua (Navarra) en la madrugada del 15 de octubre de 2016²²; algunos supuestos discursos de odio relacionados con el COVID, consistentes en amenazas de contagio al conjunto de los vecinos de una localidad²³ o acusación a profesionales de sectores de primera necesidad (singularmente, del sector médico)²⁴.

Paradigmático a este respecto resulta, sin duda, el ATSJ Cataluña 72/18, 28-6, que inadmite a trámite querella presentada contra un diputado de Esquerra Republicana de Catalunya-Catsí (ERC-Catsí) y presidente regional de ERC del Camp de Tarragona, por la publicación los días 2 y 3 de octubre de cinco mensajes sucesivos en su cuenta de *Twitter* dirigidos a una generalidad de personas no identificadas, con los que pretendía que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) y de la Guardia Civil (GC), que se hallaban en

²¹ Así, la Instrucción de Fiscalía General del Estado de 20 de septiembre de 2017 interpretó dicho llamamiento como una campaña mediática orientada a señalar a los ediles contrarios al referéndum. En palabras de dicha instrucción (cuyo texto íntegro puede consultarse en https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2017/09/20/instruccion_fiscalia.pdf), «[e]stas campañas pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico penal, a través de la figura del delito de odio (art. 510.1 apartados «a» o «b» CP), en cuanto se estaría promoviendo la hostilidad hacia determinadas personas, por motivos ideológicos o políticos, responsabilizándolos directamente ante los ciudadanos de impedir un supuesto ejercicio de derecho de autodeterminación». Sobre la misma, *vid.*, por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., pp. 100 s.

²² El Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de 10 de noviembre de 2017 declaró los hechos como indiciariamente constitutivos de un delito de incitación al odio del art. 510 CP dirigido a atemorizar a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y sus familiares, en particular a los miembros de la Guardia Civil.

²³ CORRECHER MIRA, *InDret*, 2021, p. 138

²⁴ CORRECHER MIRA, *InDret*, 2021, pp. 138 s.

aquellos momentos alojados en diversos hoteles de Cataluña para asegurar, por orden del Gobierno de la Nación, el orden público y el cumplimiento de la legalidad en Cataluña, fueran expulsados de ellos, si fuera necesario, haciendo ruido durante toda la noche en los alrededores de sus alojamientos para no dejarles dormir, o difundiendo entre los turistas que estuviesen alojados en ellos o que tuvieran pensado hacerlo que se trataba de «represores que agreden a pacíficos demócratas», o escribiendo críticas negativas de los establecimientos en las redes sociales y en las *webs* especializadas, a cuyo fin difundió los nombres de cuatro de dichos hoteles²⁵.

En relación con la ausencia de encaje de estos hechos con el discurso del odio, la resolución de referencia señala lo siguiente: «No constituye el delito de odio del art. 510.1 CP cualquier expresión de hostilidad difundida públicamente contra una o más personas pertenecientes a un colectivo o grupo social identificable de personas, aunque sea claramente ofensiva y perturbadora de la paz social y del orden público. Por lo que se refiere específicamente a la motivación ideológica del discurso de odio, que es la única que menciona de alguna forma el Ministerio Fiscal en su querella como motivadora de las expresiones de hostilidad atribuidas al querellado, la propia razón de ser del tipo penal, a la que ya nos hemos referido al describir sus precedentes internacionales, requiere que la motivación se encuentre, precisamente, en la ideología de los que constituyen el objetivo de las expresiones ofensivas, con independencia de la que pueda ostentar el autor o autores de aquellas. Por otra parte, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social. La consecuencia es que el discurso de odio u hostilidad contra la autoridad o contra los agentes de la misma no puede ser sancionado conforme al art. 510 CP, sin perjuicio de las consecuencias penales previstas para aquellas expresiones y conductas llevadas a cabo contra ellos por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones que puedan ser constitutivas de

²⁵ Para ello, el querellado habría creado en 2 octubre 2017 la página personal de Twitter #caphotelambpolicia que habría utilizado para los fines que se han descrito solo durante ese día y el día siguiente, 3 octubre 2017, con la finalidad ya mencionada, para publicar los mensajes siguientes: «No doneu allotjament a qui us reprimeixi. Fora dels nostres hotels! No deixeu dormir en calma a qui us reprimeixi. Feu soroll tota la nit!». «Les forces d'ocupació encara hi seran una temporada. Va per llarg i no els hi hem de facilitar res!». «Que tots els futurs turistes sàpiguin amb qui comparteixen habitació: repressors que agredeixen a pacífics demòcrates». «Recomaneu a tothom a xarxes i a Tripadvisor l'Hotel Gaudí de Reus mentre aculli Policia repressora. No son benvinguts!». «Llocs de Lleida on hi ha Guàrdia Civil i Nacional a: Aisaza Hoteles, Prat de la Riba 37, Hotel Real, Hotel Sansi».

la proposición para delinquir o de la provocación para la comisión de un delito o de apología del mismo, en los casos especialmente previstos en la ley (arts. 17 y 18 CP), entre los cuales se encuentran las referidas a los atentados y la resistencia grave a agentes de la autoridad (art. 553 CP); o que, en su caso, puedan ser calificadas de injurias y amenazas graves a las FFCCSE (art. 504.2 CP)»²⁶.

En correspondencia con cuanto acaba de ser expuesto, denuncia la inconcreción del concepto del discurso del odio, con particular claridad y de modo ampliamente compartible, Alcácer Guirao: «Ciertamente, la propia vaguedad e indeterminación de la noción de «discurso de odio», o de otras fórmulas acuñadas por nuestro legislador penal como «incitación, directa o indirecta, al odio o la discriminación» (art. 510 del Código Penal [CP]), permite su aplicación a un amplísimo marco de conductas expresivas –con la consiguiente amplitud en la restricción de la libertad expresión–. Pero dudo mucho que su elasticidad permita extenderlo al discurso simbólico antimonárquico Si la familia real se considera víctima idónea del discurso de odio, no hay razones para no incluir cualquier otra persona o colectivo sobre la que se proyecten mensajes de odio, discriminación o repudio, ya ejerzan funciones públicas, ya sean ciudadanos de a pie. Con ello, toda injuria, insulto o menosprecio público podría ser considerado «discurso de odio», perdiendo tal noción el sentido con que había sido acuñada»²⁷.

En un sentido parecido se pronunció la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona a través de su sentencia 787/12, 6-9, por la que se revocó la condena impuesta en el caso del panfleto de Plataforma per Catalunya por la SJP n.º 2 Manresa 11-11-11. En la resolución de la Sala se considera que el panfleto, a pesar de contener ofensas y amenazas al colectivo magrebí, son «de contenido irónico» y «deben ser tomados por la población en general como un ejercicio de reflexión según la convicción de cada ciudadano hacia los extranjeros». La resolución entiende que no se habría cometido el delito del art. 510 CP porque «ninguna de las expresiones recogidas» en el panfleto «supone una invitación directa y convincente a cometer ningún delito en concreto». La sentencia concluye que la incitación a cometer el delito debe ser «directa» y «clara», lo que excluye «las meras descalificaciones o

²⁶ ATSJ Cataluña 72/18, 28-6, F.J. 2. Sobre este caso, *vid.* CORRECHER MIRA, J., *InDret*, 2021, p. 136.

²⁷ ALCÁCER GUIRAO, R., *RECPC*, 18-11 (2016), p. 3. Advierte también del riesgo de abuso del modelo normativo que nos ocupa la propia Recomendación sobre política general n.º 15, relativa a la lucha sobre el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015. Sobre este extremo *vid.* LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 102 y n. 196.

juicios de valor negativos». En el caso de los panfletos de Plataforma per Catalunya, añade, prevalecerían otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y de opinión. «Las declaraciones generales, en democracia, deben permitirse». La resolución señala que los panfletos «se repartieron en periodo próximo de elecciones» y que no constan denuncias ni tampoco «el grado de influencia» que pudieron tener entre los votantes. La sala reconoce que ha mantenido largas deliberaciones al tratarse de un asunto «poco usual». Y recoge recomendaciones sobre cómo debería tratarse el asunto de los extranjeros en la normativa penal. A juicio de la Sala, el principio que debe guiar el tratamiento legal de la cuestión relativa a la extranjería es «el deber de los poderes públicos de adoptar medidas para evitar la discriminación». Esas medidas preventivas permitirían evitar una «huida hacia el derecho penal», que no es el ámbito idóneo para tratar la materia. El Derecho Penal, afirman, no puede emplearse «para ocultar las omisiones de los poderes públicos» a la hora de adoptar medidas económicas, sociales o educativas. Los magistrados también creen que los poderes públicos deben «evitar actuaciones que puedan significar o ser interpretadas como trato discriminatorio hacia el extranjero en general»²⁸.

V. EPÍLOGO

Que el legislador español haya optado por el modelo de motivos discriminatorios no significa necesariamente, sin embargo, que dicho modelo sea el deseable desde una perspectiva *de lege ferenda*. Tampoco que desde un planteamiento *de lege lata* resulte del todo impracticable una interpretación restrictiva del art. 510 CP orientada al modelo político-criminal alternativo, esto es, el de selección discriminatoria. De conformidad con una tal interpretación, la creación de un riesgo típicamente para el bien jurídico protegido —la seguridad de los miembros del colectivo en el ejercicio de derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución en el apartado 1, su integridad moral en el segundo— exigiría la eventual afectación objetiva (no a través de meras razones, motivos o actitudes internas) de un colectivo vulnerable. Estas dos conclusiones no sólo resultan compatibles con la racionalidad instrumental del Derecho Penal propio de un Estado social, por virtud de la cual la

²⁸ En la misma línea sobre este mismo caso ALCÁCER GUIRAO, R., *RECPC* 14-02 (2012), pp. 4 ss.; en otro sentido, resultante de la aplicación del Test de Rabat al supuesto de hecho, se expresa LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 109 s.

intervención penal del Estado en la criminalización del discurso del odio sólo será legítima como mecanismo útil, necesario y proporcionado en sentido estricto para la protección de la sociedad mediante la evitación de la lesión o puesta en peligro de intereses esenciales para la misma y sus individuos. También devienen ineludibles para la salvaguarda de la responsabilidad penal por el hecho como principio inherente a la racionalidad valorativa del Derecho Penal en un Estado democrático, que tan decisivamente ha marcado la obra de nuestro querido homenajeado.

75. LA AUTOCAPACITACIÓN CRIMINAL CON FINES TERRORISTAS: APUNTES SOBRE UN EJERCICIO DE INTERVENCIONISMO CULTURAL FALLIDO (ART. 575.2 CPE)¹

MYRIAM HERRERA MORENO
Universidad de Sevilla²

I. PLANTEAMIENTO

La LO 2/2015, de 30 de marzo, modificó el CP español en materia de delitos de terrorismo. Incluyendo nuevos tipos delictivos, además de transformar en sustancia algunos preexistentes, precedía a esta decisión la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 2014, preventiva de la radicalización terrorista, si bien estas normativas no contemplaban el adoctrinamiento ni auspiciaban la incriminación de una osada modalidad de autoexposición a materiales radicalizantes. En su conjunto, la reforma penal aspiraba a prevenir las formas emer-

¹ Capítulo desarrollado en el marco del *Proyecto Sentir el delito, atender al daño: prevención aplicada a esferas experienciales de relevancia victimal, tecnológica, espacial y normativa*. (SOL2024-31831), FEDER Universidad de Sevilla, (2025-2027).

² Observaba en cierta ocasión el Profesor de la Cuesta Arzamendi cómo, en aras del miedo social y el brutal zarpazo de la victimización, el terrorismo hace perder la fibra democrática y los hábitos de tolerancia. [file:///D:/Descargas/Dialnet-HemosPerdidoSensibilidadDemocraticaComoConsecuenci-4053510%20\(1\).pdf](file:///D:/Descargas/Dialnet-HemosPerdidoSensibilidadDemocraticaComoConsecuenci-4053510%20(1).pdf) Este trabajo quiere rendir homenaje a este profesor ejemplar, quien se ha mantenido sensible y activo en la defensa jurídica de los Derechos Humanos, honrando el espléndido legado victimológico y resocializador de su maestro Beirtain Ipiña.

gentes de un terrorismo global y descentralizado³. Sin embargo, pasados más de diez años, las bases de legitimación de este delito presentan crecientes aristas de problematicidad. En estas páginas, a poco más de diez años de la incriminación, revisaremos críticamente los motivos.

II. PROBLEMÁTICAS PREVIAS

En 1931, Goebbels, el máximo creativo de la propaganda nazi, aseguraba que la esencia de la propaganda consiste en adherir a las personas a una idea, tan sincera y vitalmente, que al final sucumba y nunca más pueda escapar de ella. Los recursos comunicativos hoy disponibles, así como la actual conformación de Internet en una exacerbada *ludosfera* han superado con mucho la concepción goebbeliana⁴. Goebbels no contó con las nuevas celadas del inconsciente algorítmico ni soñó con optimizar las formidables recompensas de amenidad y diversión de la postmodernidad digital⁵.

1. Autocapacitación yihadista e inercias algorítmicas

Las mecánicas algorítmicas desempeñan un rol substancial en los procesos de adoctrinamiento terrorista. En este sentido, algoritmos maxificadores del consumo diseñados en el ámbito del riesgo permitido comportan, en principio, efectos criminógenos.

El llamado efecto de *filtro burbuja* (*filter bubble*) comprende los resultados cumulativos de los algoritmos personalizadores que seleccionan contenidos para los usuarios, poniendo a su vista lo que han de consumir o no en función de su perfil de usuario. Proyectando criminológicamente esta dinámica, se alude a una forma de precipitación o facilitación criminal mediante un *efecto criminógeno de desviación algorítmica maxificada*⁶. Así, a partir de una inquietud religiosa o espiritual de partida, el usuario islámico pronto dará con crecientes contenidos que, primero, marquen la superioridad religiosa o

³ Vid. CANO PAÑOS, M.A. «Reflexiones en torno al viejo» y al nuevo terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, pp. 1-30.

⁴ DOOB, L.W. Goebbels' principles of propaganda, *Public Opinion Quarterly*, v. 14, n. 3, 1950 pp. 419-442.

⁵ GOLDSMITH, A, WALL, D.S. «The seductions of cybercrime: Adolescence and the thrills of digital transgression», *European Journal of Criminology*, 2022, vol. 19, no 1, pp. 98-117.

⁶ WOOD, M.A. «Antisocial media and algorithmic deviancy amplification: Analysing the id of Facebook's technological unconscious». *Theoretical Criminology*, v. 21, n. 2, 2017 pp. 168-185.

moral del Islam y de ahí inadvertidamente en sucesivas oleadas puede verse rodeado por una oferta irrestricta de contenidos propagandistas del terror⁷.

El segundo efecto con impacto criminógeno se conoce como efecto de *cámara de eco*. En estas claves⁸, el usuario ve desplegada una oferta de contenidos, espacios y contactos afines o homofílicos que generan un sesgo de confirmación y van modelando convicciones progresivamente extremas, intransigentes y eventualmente, violentas⁹.

Estas inercias brindan distintas vertientes de contemplación teórica en materia de autocapacitación terrorista.

1. *La autocapacitación como mecanismo semiautomático*. La teoría *Actor-Network* (actor-red) llega a conclusiones contundentes, al considerar lo humano y tecnológico como configuraciones inseparables¹⁰. Esta tesis informa una visión no metafórica del actor (sea humano o robot) como híbrido o *cyborg* tecnológicamente permeado¹¹. Este planteamiento pone en cuestión la concepción de la autocapacitación al terrorismo como acto personalmente dirigido y nos enfrenta a la evocación de una nueva forma de ausencia de control de la conducta, no lejos del semiautomatismo.

Desde una posición algo menos mecanicista, la interferencia de los algoritmos generativos permite discriminar entre dos posibles efectos causales: a) *Traslación*, cuando los algoritmos empujan a un previo propósito antisocial hacia un programa concreto de acción b) *Semiosis*, variante más específica del anterior. a tenor de la cual, la tecnología aboca a la realización de proyectos delictivos que no preceden al encuentro tecnológico, sino propiamente y *ex novo*¹² emanan de las mecánicas virtuales. De acuerdo con ello, en sentido estricto, un margen de exigibilidad penal podría ser compatible con una diná-

⁷ MUSA, S. y BENDETT, S. *Islamic Radicalization in the United United States*. New Trends and a Proposed Methodology for Disruption, Washington D.C.: National Defense University, Washington DC Center for Technology and National Security Policy. 2010, pp. 1-29.

⁸ ALI, F Z. «Me, My Echo Chamber and I: Social media's role in perpetuating cyber-nationalism, radicalization and self-identity in Pakistan and other Muslim-majority states», *International Association for Media and Communication Research-IAMCR*. 2020.

⁹ ATARI, M *et al.* «Morally homogeneous networks and radicalism». *Social Psychological and Personality Science*, vol. 13, no 6, 2022, pp. 999-1009.

¹⁰ VAN DER WAGEN, W. «The Significance of 'Things' in Cybercrime How to Apply Actor-network Theory in (Cyber) criminological Research and Why it Matters». *Journal of Extreme Anthropology*, 2019 *Journal of Extreme Anthropology*. <https://doi.org/10.5617/jea.6895>.

¹¹ VAN DER WAGEN, W. «From cybercrime to Cyborg crime: An exploration of high-tech cybercrime, offenders and victims through the lens of actor-network theory» University of Groningen, Païsje Bajos, 2018.

¹² WOOD *o.u.c.*, p. 521.

mica de *traslado* pero no se dará en los casos de mera exposición a procesos semióticos.

2. *La autocapacitación como aprendizaje antisocial reforzado.* Aplicando el clásico modelo de aprendizaje social de Akers, se ha identificado una vigorosa interacción entre dinámicas de *burbuja* y de *ecocámara*¹³. Así conjuntadas, la selección algorítmica (*efecto burbuja*) despliega contactos y contenidos de riesgo, con la consiguiente conformación de un juicio inicial extremista que el sujeto querrá corroborar en búsquedas ulteriores, culminando el proceso con la conformación de una atrabiliaria *ecocámara* criminogénica. Estas claves la *Ciber-Yihad* se erige como una formidable central de aprendizaje que condiciona substancialmente la trayectoria infractora. Dicha tecnoculturación desviada, pregnante, intensa, cognitivamente invasiva, presenta rasgos afines a los del sujeto expuesto a persuasión sectaria y, ciertamente, el debate penal en torno a esta figura no le queda distante: en especial ¿hasta qué punto no podemos hablar de autor mediato precisamente e en un individuo tan intensamente mediatizado?¹⁴

3. *La autocapacitación como deriva.* Una *deriva digital* se origina en un entorno intensamente relacional que posibilita oportunidades para consolidar identidades sociales, incluidas las criminales. Este «arrastre digital», acaso menos determinista que los anteriores, no solo contempla la fuerza de los sistemas normalizados de ampliación de riesgo algorítmico, sino el uso voluntario de los motores de búsqueda comunes —en especial, los que responden a la curiosidad exploratoria de adolescentes ávidos de experiencias¹⁵. Así, la noción de *deriva digital*¹⁶ para explicar el deslizamiento criminal del sujeto radicalizado, que busca en Internet excusas racionalizadoras para su abocamiento al terrorismo, no excluye en este una estricta capacidad de discernimiento y control de la acción. Eso sí, augura, poca operatividad a la prevención penal, de inevitable signo individualista, en tanto no se promueva en profundidad la erradicación de las fuerzas culturales que alimentan las corrientes de deriva.

¹³ WOLFOWICZ, M., WEISBURD, D., HASISI, B. «Examining the interactive effects of the filter bubble and the echo chamber on radicalization». *Journal of Experimental Criminology*, vol. 19, núm 1, 2023 pp. 119-141.

¹⁴ Ampliamente, sobre la valoración penal del seguidor, en especial como instrumento. CUERDA GALINDO, G. *La responsabilidad penal de los miembros de grupos sectarios*. Dykinson, Madrid 2014. BARDAVÍO ANTÓN, C. *Las sectas en Derecho Penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*. 2018.

¹⁵ GOLDSMITH, A. y WALL, David S o.u.c. pp. 98-117.

¹⁶ Matza D. *Delinquency and Drift*. New York: Wiley, 1964.

GOLDSMITH, A y BREWER, R. «Digital drift and the criminal interaction order», *Theoretical Criminology*, vol. 19, no 1, 2015. pp. 112-130.

En este sentido, el Derecho Penal prohíbe la conducta de quien se deja arrastrar, pero deja intacto el flujo cultural de desviación¹⁷.

4. *El solapamiento digital entre dinámicas de víctima e infractor*. Desde este planteamiento se cuestiona la criminalización procesos tolerados no habiendo sido formado el auditorio vulnerable en el modo de esquivar, filtrar u oponer resistencias. ¿Se busca prevenir penalmente un ilícito o hacer pagar a un chivo expiatorio?

El pasivo e híbrido automatismo con que una víctima de ciber-victimización se ve involucrada en contextos de riesgo se asemeja demasiado al que impulsa procesos digitales de radicalización¹⁸. En estas claves se han llegado a trazar paralelismos entre la aproximación terrorista digital y los cortejos telemáticos de menores¹⁹, sin que falte quien valora la acción de radicalización proselitista como neta victimización –una autopuesta en riesgo no imputable a la víctima, ciertamente²⁰.

2. Autocapacitación terrorista y ludosfera digital

Como es sabido, la industria del entretenimiento se desborda más allá de sus límites convencionales. Su hibridización con la formación, la información (*info-tainment*), la comunicación política, el activismo, la sexualidad, la creación o el arte permite que la estética de la diversión de masas se haya apoderado de campos de acción hasta ahora inéditos. Para propiciar el consumo,

¹⁷ En este sentido, los sistemas normativos de control asumen que la radicalización es algo que «pasa», identificable, investigable y punible. Descansan en detección, supervisión, evaluación de riesgo, todo lo cual es reactive-intervienen tras la causación del daño. Pero la deriva no es algo que «suceda», sino un acaecimiento continuo. Cit. МВЮН, W. «Beyond echo chambers and rabbit holes: algorithmic drifts and the limits of the Online Safety act, Digital services act, and AI Act», en *Griffith Law Review*, vol. 33, no 3, 2024 p. 2007.

¹⁸ VAN DER WAGEN, W y PIETERS, W «The hybrid victim: Re-conceptualizing high-tech cyber victimization through actor-network theory», *European Journal of Criminology*, 2020, vol. 17, no 4, 2020, pp. 480-497.

¹⁹ PRASTIYO, W. E., y ETIABUDHI, I. K. R. «Children Involvement in Terrorism Activities: Perpetrator or a Victim?(A Study in the Circle of Violence)». *PADJADJARAN Jurnal Ilmu Hukum (Journal of Law)*, 8(2), 2021, pp. 213-231.

²⁰ BÖTTICHER, A «Posterboys und Terrorpropaganda. Cyberkriminalologie: Kriminologie für das digitale Zeitalter, 2 Cyberkriminalologie: Kriminologie für das digitale Zeitalter Rüdiger, TG., Bayerl, P. (eds.). Cyberkriminalologie, Springer VS, Wiesbaden, 202, pp. 373-396. GUIRAO CID, M.C. «La ciberradicalización: una nueva forma de victimización», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 29. 2019. file:///D:/Descargas/Dialnet-LaCiberradicalizacion-7329217.pdf

Internet sobreestimula al usuario hasta hacerlo aversivo al aburrimiento²¹: probablemente ello está en la base de la hipótesis del delito como respuesta a la pulsión por el ocio digital²². Si, en un principio, el llamado Estado Islámico explotó el *fandom* digital que glamurizaba al combatiente *hipster*, *hombre de acción*, *mártir*²³. Igualmente, los videojuegos explotan los sistemas de recompensa, la interactividad y la búsqueda adolescente de sensaciones²⁴ hoy la nueva plataformización, estetización y extensión del rango etario de los captados provoca una radicalización acelerada y adictiva. Muy en especial la plataforma *Tik-Tok*, desplegada en 2018, permite involucrar en la Yihad a adolescentes de la *Generación Z* con vídeos que comparten ecosistema con productos igualmente raudos de línea musical, cómica, de moda y estilo de vida²⁵. Los provocativos audiovisuales, mensajes *en streaming*, formatos personalizados e interactivos registran técnicas comunes a las de los *influencers*: mirada directa al usuario, narrativa emocional, lenguaje popular, intermediación y, ciertamente el color, desenfado expresivo y omnipresencia de lo grotesco o esperpéntico²⁶ donde *emojis*, parodias, *retos virales* o *troleos* orientan una visión violenta y simplificada del mundo²⁷. En la formidable *ludosfera* comunicativa, la *memestética*²⁸ dominante camufla la carga doctrinaria los mensajes: incluso la angustiosa situación palestina en Gaza ha sido objeto de gami-

²¹ Sobre esta ludosfera criminógena *vid.* Herrera Moreno, M. (dir) *Criminalidad, desviación y riesgo en la ludosfera. Nuevas dinámicas de recreación digital* dañina Dykinson 2025, pp. 22 y ss. Veteranamente, Agnew y Petersen advirtieron una correlación entre aburrimiento y delito juvenil. AGNEW, R. PETERSEN, D. M. «Leisure and delinquency» en *Social Problems*, 36(4), 1089, pp. 332-350.

²² Ampliamente, sobre ello, MIRÓ-LLINARES, F. *Crime Opportunities, Lockdowns, and Online Video Games: The Digital Leisure Hypothesis (and More on the Impact of Digitalization on Crime Trends)*. *Understanding Crime Trends in a Hybrid Society: The Digital Drift*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2025. pp. 77-99.

²³ MANTELLO, P. «Fatal portraits: The selfie as agent of radicalization». *Σημειωτική-Sign Systems Studies*, vol. 49, núm 3-4, 2021, pp. 566-589.

²⁴ ROBINSON, Niy WHITTAKER, J. «Playing for hate? Extremism, terrorism, and videogames» *Studies in Conflict & Terrorism*, 2020, pp. 1-36. PÉREZ-GARCÍA, D F.; BARRAGÁN MÁRQUEZ, L. «Videogames, Minors and Radicalization: New Trends in Terrorist Indoctrination» *Revista Internacional de Estudios sobre Terrorismo*, vol. 13, 2025, pp. 42-57.

²⁵ VICENTE, A. «Radicalización yihadista en España: menores, espacios virtuales y la resonancia de conflictos internacionales. *Real Instituto Elcano*, 2024. pp. 1-13

²⁶ NAHON-SERFATY, I «Understanding grotesque transparency as a strategy for fundamentalist radicalization: Implications for social marketing theory and practice» *Social Marketing Quarterly*, vol. 28, no 4, 2022, pp. 309 ss.

²⁷ VICENTE, A. *ibidem* STOCKHAMMER, N. «From TikTok to Terrorism? The Online Radicalization of European Lone Attackers since October 7, 2023». *CTC Sentinel*, 2025, vol. 18, no 7. <https://ctc.westpoint.edu/from-tiktok-to-terrorism-the-online-radicalization-of-european-lone-attackers-since-october-7-2023/>

²⁸ TANNI, V, *Memestética*, Turner, Madrid, 2023.

ficación y performance activista²⁹. Así, las diferencias entre comunicación reivindicativa y propaganda yihadista, apreciables desde un análisis externo y alerta, no son tan evidentes para un auditorio inmersivo, inmaduro, hecho a un consumo digital bulímico e impulsivo³⁰: ello permite explicar la fluidez del deslizamiento hedónico de sujetos radicalizados entre el ocio legal y el ocio desviado o criminal³¹. La envoltura simplista y ludificada de los mensajes más violentos o agresivos sean codificados a la luz del un «sublime lúdico digital». El destinatario de la propaganda evidencia, hoy más que nunca, una vulnerabilidad juvenil a la replicación conductual y a las adicciones digitales en buena medida similar a las de cualesquiera otros consumidores adolescentes³². Todas estas consideraciones reclaman en su complejidad un especial nivel de cautela ante decisiones interpretación o aplicación del delito de autoconsumo digital con dirección terrorista.

III. AUTOCULTURACIÓN CON DESTINO A LA ACCIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CPE): NOTAS PARA UNA HERMENÉUTICA RESTRINGIDA

Revisadas las premisas criminogénico de las culturas de Internet nos centramos en el tipo más controvertido del el art 575. 2. CPE. A este respecto, si el nuevo terrorismo deviene un verdadero promotor cultural, un Derecho Penal contrafáctico parece orientarse a escudriñar mentes para combatir la huella de esa culturación. Frente a *ideas que matan personas* se reacciona así con *leyes que matan ideas*³³. Ahora bien, mal puede combatirse un ecosistema cultural

²⁹ CERVI, L.; DIVON, T. «Playful activism: Memetic performances of Palestinian resistance in TikTok# Challenges», *Social media and society*, vol. 9, no 1, 2023, pp. 1-13. SCHECHTER, S «The gamification of political participation in the free palestine movement». *Studia Politica. Romanian Political Science Review*, vol. 25, no 1, 2025, pp. 54 y ss. 231-263.

³⁰ Así, el auditorio sin rumbo que vira *del vacío existencial al desvío digital* RODRÍGUEZ MONSERRAT, M. R. *Del vacío existencial al desvío digital: reflexiones sobre la exposición en redes y la participación en actos desviados y retos virales. Criminalidad, desviación y riesgo en la ludosfera: Nuevas dinámicas de recreación digital dañina*, Herrera Moreno (dir.), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 201-218..

³¹ SUWAIDAN, A.B, *et al.* «From Entertainment to Extremism: Investigating the Impact of TikTok videos Addiction on Adolescent Thought Patterns and Intellectual extremism». *3rd International Conference on Cyber Resilience (ICCR)*. IEEE, 2025. pp. 1-7.

³² ZULLI, D. «Extending the Internet meme: Conceptualizing technological mimesis and imitation publics on the TikTok platform», *New media & society*, vol. 24, no 8, 2022, pp. 1872-1890. GONZÁLEZ TAPIA, M.ª Isabel. «Persuasión algorítmica y adicción tecnológica: las nuevas tabaquerías», *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, no 19, 2025 pp. 54 y ss.

³³ GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, UNED, 2016, pp. 95-138.

con estrategias individualizadas basadas en resultados puntuales, dejando intactos los procesos.

La apuesta es ambiciosa: no se protege en este delito un solo bien jurídico, no se protege a varios: se tutela sino al conjunto integral de cuantos bienes jurídicos pueda lesionar el terrorismo. Para que nada se escape, el legislador recurre a la técnica de los delitos de peligro abstracto a la vez que emborrona la descripción típica con una vaharada de conceptos jurídicos indeterminados y expresiones de eterno retorno o en bucle, de forma que resulte inviable determinar de antemano los límites de la prohibición. El derecho penal no se conforma entonces con dirigirse contra el terrorista sino se adelanta a apuntar al «radical», un individuo caracterizado por un mero contacto subjetivo o cognitivo con el terrorismo³⁴ En ese trance, el sentido del tipo podría quedar a los estados de opinión dominantes, a la coyuntura geopolítica o, sencillamente, a «lo que haya desayunado el juez»³⁵. Más aún, se ha planteado exhaustivamente dar la vuelta a la incriminación estimando que la autocapacitación constituye un ejercicio legítimo de libertad de opinión³⁶.

La doctrina científica, así como una cuidadosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, han ido poniendo razonable coto al ancho campo de intervención que deja expedita la redacción típica. En tal sentido, han sido aplicados sólidos fundamentos contra los tipos penales de sospecha, rehuendo las derivas de un derecho penal de autor³⁷.

1. Conducta típica

Se incrimina en el art. 575.2 la exposición proactiva del consumidor, ese *llevar por sí mismo* la introyección de ideas o el aprendizaje de destrezas paramilitares. Se entiende el adoctrinamiento como condicionamiento ideológico

³⁴ CARRERAS AGUERRI, J. «Del "terrorista" al "radical": Los delitos de subjetividad en el Código penal español». *Crítica Penal y Poder*, núm 13, 2017 pp. 146-166.

³⁵ Adagio anglosajón que, medio en broma medio en serio, ha generado una *Escuela de Jurisprudencia gastronómica*. Eventualidad que cierta doctrina se han tomado muy en serio. PRIEL, D. «Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea» *Buffalo. Law. Review*. 68, vol. 3, 2020, pp. 899-930.

³⁶ GONZÁLEZ VAZ C. «La antijuricidad penal en el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP): la interpretación de la radicalización como eventual causa de justificación». En *La represión y persecución penal del discurso terrorista*. Tirant lo Blanch, Valencia 2022. pp. 425-455.

³⁷ CANO PAÑOS, M.A., «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015, pp. 25-31. GONZÁLEZ URIEL, D. «El elemento subjetivo del injusto en el delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 5 ss.

mientras por adiestramiento se alude a un proceso de habilitación o aprendizaje técnico.

El segundo párrafo introduce un tipo mixto alternativo que desarrolla la triple naturaleza de la acción de autoprocara: el acceso habitual a propaganda digital (servicios o contenidos) la adquisición y la posesión de documentos propagandistas.

El *acceso* se configura con por la nota de habitualidad, sin mayor especificación, si bien se entiende que ha de tratarse de varias entradas en un tiempo limitado, es decir, que marquen un nudo de consumo. De forma cuestionable, nada recorta en términos cuantitativos la cantidad de documentos *adquiridos* o *poseídos*. En cambio, existe un filtro cualitativo al que debe atenderse.

2. Selección típica de los contenidos: dirección e idoneidad

– Dirección: Los contenidos visitados o documentos objeto de adquisición o posesión de han de estar dirigidos a la capacitación terrorista. Junto a ello, los contenidos o documentos típicos habrán de comportar funcionalidad *ex ante* a los efectos de impulso o incitación al terrorismo. Se trata de exigencias a la luz de la cual se puede hacer una importante criba interpretativa, de acuerdo con la cual, los materiales típicos comporten una peligrosidad no meramente abstracta sino, cuando menos, hipotética.

a) Así, no debe confundirse la idoneidad típica con fuerza atractiva o potencial de impacto o *shock visual*. Así, por ejemplo, materiales aún muy visitados entre usuarios adolescentes son los vídeos de decapitación y horrores del ISIS. Estos materiales –horroristas³⁸– formarían parte de un género hiperrealista consagrado, o, dicho de otro modo, habrían pasado al canon del ciberocio *gore*. En tal sentido, no atraen a perfiles signados por un interés terrorista, sino, a un público morboso inespecífico; por otra parte, se ha cuestionado la idoneidad propagandística de estos vídeos, por su cercanía al género de terror y su aproximación hiperreal se revisten de un aura ficcional que disuade la asimilación cognitiva³⁹. Así, estos vídeos no serían sin más solos

³⁸ CHOULIARAKI, L., y KISSAS, A. «The communication of horrorism: a typology of ISIS online death videos», *Critical Studies in Media Communication*, vol. 35, núm 1. pp 24-39.

³⁹ Si bien este autor salva los casos en que la persona ya está radicalizada, en cuyo caso no descarta la aptitud incitadora del formato. ADAY, S. *Virtual Violence. Understanding the potential power of ISIS' violent videos to buttress strategic narratives and persuade foreign recruits. Countering Online Propaganda and Extremism. The dark side of digital diplomacy*. Bjola, C. y Pamment, J. (eds.). «Routledge New Diplomatic Studies». Routledge. 2019, pp. 153 y s.

idóneos impulsores de radicalización al ofrecer sensaciones espeluznantes e intensas pero sin densidad argumental o persuasiva⁴⁰.

b) Algo distinto sucede con las revistas, bastante más aburridas, pero mucho más dogmáticas, saturadas de prédicas y admoniciones religiosas. Apoyadas por ilustraciones de fuerte visualidad, sus páginas alojan una narrativa colmada de racionalizaciones y recursos discursivos de espectro teológico, victimológico, político y moral⁴¹. En la veterana *Inspire* o las más actuales, como *Dabiq* y *Rumiyah*, se discierne una narrativa propagandista bien estructurada que no descansa en la pura descargas espeluznantes de *shock* visual, sino en la creación de falsas disyuntivas morales, con la denigración de infieles y apóstatas y la apelación a los deberes del buen musulmán⁴².

c) Igualmente, a efectos típicos, pueden entenderse servicios idóneos los foros y comunidades yihadistas de Internet, espacios subculturales cerrados, jerarquizados, con discusiones muy dirigidas y poca tolerancia al disenso, que incluyen la oferta de informaciones útiles a efectos comisivos. Como se advierte, el encriptado de estos espacios protege y desinhibe a los propagandistas, de modo que el aprendiz se verá literalmente envuelto en radicales definiciones favorables al terrorismo⁴³.

d) De los videojuegos se ha postulado, por el contrario, una eficacia doctrinaria meramente facilitadora, en sí misma no hábil para radicalizar. En efecto, el consumo intensivo de juegos extremistas desensibiliza generando en todo caso una precondition para el desenganche moral que antecede a la acción delictiva⁴⁴. La sensacional trama aventurera apaga o al menos opaca por otra parte, la carga de persuasión argumentativa. Cuestión distinta sería que se tratara de un videojuego facturado para la práctica de estrategias y destrezas

⁴⁰ FRISSEN, T. «Internet, the great radicalizer? Exploring relationships between seeking for online extremist materials and cognitive radicalization in young adults». *Computers in Human Behavior*, Vol. 114, 2021, 106549. KLAUSEN, J., LIBRETTI, R., HUNG, B. W. K., y JAYASUMANA, A. P. «Radicalization trajectories: An evidence-based computational approach to dynamic risk assessment of “homegrown” jihadists». *Studies in Conflict & Terrorism*, 2018, pp 1-28.

⁴¹ CANO PAÑOS, M A «La violencia terrorista como espectáculo en Internet: una aproximación criminológica». *Revista Científica General José María Córdova*, vol 17. núm 28 2019 pp. 691-717.

⁴² ABDELRAHIM, Ya Abuelmakarem A. «Visual analysis of ISIS discourse strategies and types in Dabiq and Rumiyah online magazines». *Visual Communication Quarterly*, vol. 26, núm. 2, 2019, pp. 63-78. SUNDE, H.M., ILAN, J SANDBERG, S. «A Cultural Criminology of “new” jihad: Insights from propaganda magazines». *Crime, Media, Culture*, v. 17, núm. 2, 2021, pp. 271-287.

⁴³ PAÑOS, M Á o.u.c pp. 691-717.

⁴⁴ SCHLEGEL, L. «Jumanji Extremism? How games and gamification could facilitate radicalization processes». *Journal for Deradicalization*, n. 23, pp. 1-44, 2020.

militares específicas, en cuyo caso sí podría apreciarse idoneidad a los efectos de adiestramiento⁴⁵.

e) En cuanto a las nuevas estrategias de propaganda por vía de apelaciones *en Tik Tok*⁴⁶, hay que advertir hasta qué punto se usan recursos creativos de estimulación e impulsión viral con implicaciones calcadas de generalizados en otros ámbitos de consumo juvenil como los *retos o desafíos virales*. El proselitismo es sinuoso y viene acompañado de fuerte componente lúdico, popular, colmado de sarcasmo y parodia, y una carga estética desenfadada. Los mismos *emojis* florales o corazones que se siembran para despistar a los moderadores de contenidos, también son susceptibles de confundir a los consumidores de estos ambiguos contenidos, nublando la conciencia de antijuridicidad.

Por otra parte, habría que excluir la reivindicación política vehemente generada por activistas *tik tokers* que aspiran a reforzar la identidad cultural del colectivo musulmán y llaman a la insumisión (o destrucción) de los estereotipos que gravitan sobre el mismo: se observa, paradójicamente, debido al binarismo interpretativo cultural dominante (*nosotros vs. ellos*), sectores externos al activismo tienden a interpretar tales mensajes como agresivos o de riesgo⁴⁷.

3. El elemento subjetivo finalista

Además del dolo, la redacción típica introduce un elemento subjetivo del injusto de tendencia finalista: el usuario tendrá que haber actuado *con el fin de autocapacitarse para la acción terrorista*. Doble finalidad que no requiere una planificación previa ni aún especificación del delito terrorista que se quiere perpetrar⁴⁸, mientras se comprenda en el Capítulo VII CPE, arts. 571-580 bis CP. El TS, en su STS 354/2017, alude a un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio.

⁴⁵ Los juegos en línea pueden servir para planificar el recorrido y aprender a discernir objetivos, como fue el caso del uso de la PlayStation 4 de cara a los atentados de París 2015. *Vid.* GUIRAO CID, M.^a Carmen, o.u.c. pp. 9-10.

⁴⁶ https://www.defensa.gob.es/ceseden/-/la_radicalizacion_yihadista_de_los-jovenes_en_europa_a_traves_de_tiktok

⁴⁷ LOMBARDI, M., LAKOMY, M., BOLPAGNI, A. y LUCINI, S. «Under the Radar: Exploring the Salafi-Jihadi Terrorist Information Ecosystem on TikTok». *Studies in Conflict & Terrorism*, 2025, 1-35.

⁴⁸ CANO PAÑOS, M A. «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 27, año 14. 2017. pp. 207-245.

Pese a esta engorrosa redacción, el elemento teleológico introduce un criterio de selección garantista en el ámbito difuso del ciberconsumo de riesgo, aportando un indicador que permita superar las implicaciones propias de una peligrosidad esencialmente abstracta e inespecífica. La expresión teleológica en bucle recomienda interpretar las dos finalidades de modo interdependiente:

a) Fin formativo de capacitación. El fin al que subjetivamente se tiende será así un proceso de acondicionamiento mental decisivo para la realización, no meramente ilustrativo, facilitador o de apoyo moral o práctico. El sujeto accede, adquiere o acumula la propaganda para obtener un aporte cognitivo, que, más que cuantitativamente intenso, será cualitativamente substancial, al modo esencial de *conductio sine qua non*.

La autocapacitación adoctrinante irá más allá de aceptar exponerse al contagio de definiciones favorables al delito o de procurarse una mera información inesencial. Por el contrario, comprenderá un aporte narrativo determinante, autolegitimador, que brinde al sujeto argumentos, tropos y distorsiones deshinbitorias o, en los términos consabidos de Bandura, que posibiliten la desconexión moral del futuro delincuente. La autocapacitación adiestrante, irá escorada a la adquisición de conocimientos paramilitares esenciales para la acción terrorista.

En el caso de las adquisiciones y posesiones hay que descartar los supuestos en los que el sujeto se hace con contenidos terroristas adquiridos o poseídos con valor de *murderabilia*⁴⁹. Se trata de productos asociados a hechos violentos o a sus célebres autores, normalmente con precio en un mercado *online* de coleccionismo siniestro o *gore*. En el terreno de lo ambiguo se ubica la adquisición o posesión de imágenes-trofeo o vídeos de culto victimario: ¿Hasta qué punto se persiguen estos materiales con una efectiva orientación autocapacitante o constituyen, por ejemplo, una mera expresión de hibris-tofilia –atracción sexual por los violentos o emanación del *fandom* digital que nutre Internet?

b) Fin terrorista de comisión. El objetivo final de comisión terrorista se habrá forjado con carácter previo en un ámbito extrapropagandístico. No es difícil concebir motivaciones subculturales de rencor o decepción ligadas a

⁴⁹ Es un consumo que aporta la *sensación de comprar y disfrutar del mal* Binik, O «This Is a Taboo Business: The Murderabilia Market from Sacred to Profane» en *The Fascination with Violence in Contemporary Society: When Crime is Sublime*, 2020, pp. 181-184.

FATHALLAH, J. «When it comes to the true crime community, Taylor is a legend’: Social and symbolic capital among murderabilia fans». *International Journal of Cultural Studies*, 27(2), 2023, pp. 251-267.

acontecimientos criminógenos que precipitan la decisión comisiva⁵⁰. A tenor de los planteamientos *de frustración* de Agnew⁵¹, una experiencia personal de victimización o pérdida (así, sufrir discriminación, personal creará una tensión iracunda, de la que podría brotar el propósito de capacitarse para el acto terrorista. La ira criminógena puede igualmente responder a explosiones de tensión y agravio vicarios: así, la injusticia sufrida por allegados, o la contemplación de imágenes de victimización de palestinos. Así, la ofensiva desplegada en Gaza, abierta a flujos de información sobre sufrimiento civil, bombardeo y muerte de menores se advierte haber disparado la radicalización, sin duda a partir de experiencias de frustración vicaria⁵².

En todo caso, será preciso que los propósitos delictivos se hayan forjado con carácter previo a las acciones típicas del art 175.2 CPE, sin que el objetivo comisivo final se abrace como resultado o efecto de la propaganda. Conforme a lo analizado previamente, el legislador viene a excluir la criminalización de procesos tecno-generativos de estricta *semiosis*. A del modelo psicológico de Fogg⁵³, las dinámicas de radicalización tecnológica proporcionan *activación, habilidades y motivación*⁵⁴. La *activación* —chispa, gatillo, señal de partida— comprende el efecto estimulador del propósito o finalidad, que en el supuesto acotado por este delito, e habrá producido por vía no propagandista; posteriormente, los contenidos típicos van a procurar capacitación al usuario aportando habilidades destructivas, de naturaleza parabélicas o bien fortalezas motivacionales.

A tenor de la STS 734/2017 *la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren o poseen*. Se incrimina entonces un acceder, adquirir o poseer la propaganda animado por un expreso designio terrorista previo⁵⁵.

⁵⁰ BHUI, K. y IBRAHIM, Y. «Marketing the “radical”: Symbolic communication and persuasive technologies in jihadist websites». *Transcultural psychiatry*, vol. 50, núm. 2, 2013, pp 225 ss.

⁵¹ AGNEW, R. «A revised strain theory of delinquency», *Social forces*, vol. 64, no 1, 1981, p. 151-167.

⁵² VICENTE, A. *Ibidem*. 1-13. STOCKHAMMER, N. «From TikTok to Terrorism? The Online Radicalization of European Lone Attackers since October 7, 2023». *CTC Sentinel*, 2025, vol. 18, no 7 pp. 16-21. <https://ctc.westpoint.edu/from-tiktok-to-terrorism-the-online-radicalization-of-european-lone-attackers-since-october-7-2023/>

⁵³ FOGG, BJ, *A behavior model for persuasive design*. In *Proceedings of the 4th international Conference on Persuasive Technology*, pp. 1-7, 2009 (216-234), KAMALDEEP, B. e IBRAHIM, Y o.u.c pp. 222 ss.

⁵⁴ Para Fogg, la estrategia movilizadora integral requiere la reunión de las tres, en las respectivas proporciones que una específica coyuntura requiera. FOGG, B J *ibidem*.

⁵⁵ ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 275 y ss.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La actual saturación de contenidos en oferta (*content overload*), movilizadora de una implacable competencia atencional, ha propiciado la perfecta erradicación de barreras que establecían espacios de refracción emocional entre el consumidor autoconsciente y el producto digital. Ahora todo es incursión y consumo impulsivo, disfrutable, abierto, impregnante, incluido (pero ni mucho menos solo) el que atañe a contenidos de propaganda terrorista. Ello no puede sino incidir en la conciencia de la antijuridicidad de menores que, sin madurez, son globalmente expuestos a estos contenidos a partir de poderosas dinámicas de algoritmos radicalizantes. Si la exposición es razón de protección penal de los menores –así, en conductas de inducción delictiva a autopuestas digitales en riesgo⁵⁶ o en programáticas de tutela normativa integral como la que recoge el *Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales*, de 11 de abril de 2025–, no debería haber objeciones a considerar a los menores objetivos de radicalización como sujetos merecedores de protección. Una enorme masa de jóvenes se ve hoy inerme, algorítmicamente involucrada ante una abrumadora ofensiva de consumo que impulsa la adquisición de definiciones violentas mediante expresiones trivializadoras y formatos pop-Yihadistas. Cabe esperar que la medida de prohibición de uso de redes sociales actualmente en ciernes en España, así como de creciente implantación mundial sin duda va a afectar positivamente al colectivo en mayor riesgo de verse comprometido.

En todo caso, la cuestionable legitimidad de una incriminación como la del art. 575.2 CPE, que apenas sabe escorar los riesgos de incurrir en Derecho Penal de autor y de atentar contra la libre formación de opinión⁵⁷, determinan, una hermenéutica judicial tan restrictiva que, a diez años de la reforma, se asiste a una regulación de Derecho Penal simbólico, movilizadora por el miedo social.

Si los expertos en dinámicas informáticas advierten que ni aún las políticas internacionales de prevención penal son hábiles, por su rigidez de recursos, para esgrimir recursos de prevención cibernética primaria⁵⁸, tanto más el De-

⁵⁶ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. «La inducción al suicidio ya las autolesiones de menores y otros sujetos vulnerables a través de las TICs». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2024. pp. 1-26.

⁵⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E. «La "sociedad del miedo" y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas». *Revista penal*, núm. 49, 2022, pp. 77-100.

⁵⁸ Así, la británica *Online Safety Act*, la *Ley de Servicios Digitales* y la *Ley de Inteligencia Artificial*, ambas emanadas de la Unión Europea МВЮН, W. «Beyond echo chambers and rabbit holes: algorithmic drifts and the limits of the Online Safety Act, Digital Services act, and AI Act», en *Griffith Law Review*, vol. 33, no 3, 2024, pp. 2007 ss.

recho Penal evidencia su falta de aptitud para ejercer tan autoritario control⁵⁹, contradiscursivo y contracultural: abarcar desesperadamente un ámbito tan difuso e itinerante de riesgos ligados a subculturas de Internet es un empeño abocado al fracaso, al modo del de aquel emperador que un día quiso proteger su reino con una muralla que lo rodeara en su perfecta integridad.

⁵⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA G. *Criminalización del discurso y de la radicalización terrorista: límites y crítica de una política criminal monolítica, La represión y persecución penal del discurso terrorista*. Galán y Gómez Rivero Dir. Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

76. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE DINERO PREVISTO EN LA LEY PENAL CHILENA

CARLOS KÜNSEMÜLLER L.¹
Catedrático de Derecho Penal
Universidad San Sebastián (Chile)

INTRODUCCIÓN

«El fenómeno del lavado de dinero, con los alcances que asumió en la última parte del siglo veinte, se ha convertido en el paradigma de los efectos de la globalización en el mundo delictivo»².

«Expresiones tales como “Blanqueo”, “Lavado”, “Reciclaje” o “Legitimación” sirven para dar nombre al proceso en virtud del cual los bienes de origen selectivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita»³.

¹ Abreviaturas: APCP Anteproyecto de Código Penal; TC Tribunal Constitucional; TOP Tribunal Oral en lo Penal

Ex magistrado de la Corte Suprema. Actual Director y ex Presidente del Instituto de Ciencias Penales. Miembro del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Actual Director y ex Presidente de la Sección Chilena de la AIDP. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP).

² D'ALBORA, F. (h): «Los delitos de blanqueo de capitales y los principios basales del Derecho Penal liberal», en Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo, Bacigalupo Saggese, S., Feijoo Sánchez, B. J., Echano Basaldua, J. I. (coord.), Edit. Ramón Areces, 2016, pp. 833 y s.s.

³ ROMERO, G.: «Lavado de dinero», en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, *In Memoriam*, vol. II, Arroyo Zapatero L.A., Berdugo Gómez de la Torre, I. (coord.), U. Castilla La Mancha, U. de Salamanca, 2001, pp. 593 y s.s.

El precedente legislativo del tipo penal contenido en el art. 27 de la Ley 19.913, es el art. 12 de la Ley 19.366, «tributario de la Convención de Viena de 1988»⁴.

I. EL TIPO LEGAL

1. De acuerdo al artículo 27 de la Ley 19.913, comete el delito de lavado y blanqueo de activos el que:

a) de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de determinados delitos o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

2. La doctrina denomina a estas figuras, respectivamente, «tipo de ocultación» (letra a) y «tipo de contacto» (letra b)⁵.

3. El sujeto activo es genérico o indeterminado, puede serlo cualquier individuo, sin necesidad de ostentar alguna cualidad especial; incluso, por disposición expresa del inciso 6.º del artículo 27 de la Ley 19.913, puede ser agente el propio autor del delito previo⁶.

4. La cuestión del bien jurídico protegido es materia de discusión en la doctrina, siendo calificada la pregunta al respecto como «una de las más urgentes» en el plano del análisis dogmático⁷.

Se trata de un tema de especial relevancia, vinculado al principio limitativo de *lesividad* u *ofensividad* social de la conducta, *nullum crimen sine injuria*. El Estado sólo debe intervenir a través del derecho penal cuando hay una efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁸.

⁴ MATUS, J.P.: «Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero. Art. 12 de la Ley 19.366», en *Ius et Praxis*, vol. 10, Nro. 2, 2004, pp. 323-334.

⁵ CONTRERAS, M.: «El delito de lavado de dinero», en *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Navas, I. (coord.), Tirant lo Blanch, 2024, pp. 437 y s.s.

⁶ CONTRERAS: cit., p. 451.

⁷ CONTRERAS: cit., p. 439.

⁸ KÜNSEMÜLLER, C.: *El Derecho Penal Liberal. Los Principios Cardinales*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 155.

Sólo las conductas –acciones u omisiones– que resultan lesivas para un bien jurídico protegido pueden ser puestas por el Derecho Penal Subjetivo bajo la amenaza de una pena penal⁹.

Varias son las propuestas que en este ámbito ha elaborado la doctrina penal y diversos son los criterios legales adoptados al respecto en los códigos, por lo que, dadas las características señaladas, el tema merece ser analizado en un capítulo aparte.

5. El tipo penal de lavado de dinero o lavado de activos constituye, a nuestro juicio, un «heredero» o «descendiente» de las figuras penales de encubrimiento y receptación.

a) Conforme al artículo 17 nro. 2 del Código Penal, son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores, ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución «Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento». (encubrimiento por «favorecimiento real»).

b) Incurre en el delito de receptación, quien conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470 nro. 1, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiere dispuesto de ellas. (artículo 456 bis A del Código Penal).

Las diferencias entre el delito de lavado y las dos figuras penales anteriormente citadas son destacadas por los autores, en particular, entre el lavado por ocultación y el encubrimiento por favorecimiento real.¹⁰

En cuanto a la receptación, la conducta de tener en su poder especies provenientes de un delito de hurto, robo o abigeato, receptación o apropiación indebida, tiene conexión con la hipótesis de «contacto», prevista en la letra b) del artículo 27 de la Ley 19.913, consistente en poseer o tener determinados bienes de origen ilícito. Claro que la diferencia sustantiva reside en la nómima –muy extensa– de los «delitos base», contenida en el precepto citado de la ley especial. Últimamente, en virtud de la Ley 21.595, el lavado de dinero ha pa-

⁹ CARBONELL, J. C.: *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 215.

¹⁰ CONTRERAS: cit., p. 446.

sado a integrar la cuarta categoría de delitos económicos, junto con la receptación, lo que, a nuestro entender, refuerza el nexo estrecho entre ambos ilícitos.

La receptación y el blanqueo de capitales, delitos tratados conjuntamente en el Código Penal español, «tienen ciertamente un origen común, pero actualmente tienen un ámbito de aplicación diferente»¹¹. El blanqueo de capitales pasó a ser la rúbrica con la que el legislador se refiere a una serie de conductas (antes designadas como afines a la receptación) que tienen como denominador común el contacto con bienes que tienen su origen en una actividad delictiva¹².

Con respecto al encubrimiento, específicamente la modalidad del nro. 2 del artículo 17 del estatuto punitivo —«ocultamiento o inutilización»— la doctrina se encarga de precisar las diferencias esenciales entre una y otra figura¹³:

En el lavado el objeto material es *cualquier bien* que provenga *directa o indirectamente* de la perpetración de uno de los delitos del listado, en cambio, en el encubrimiento, el ocultamiento o inutilización debe recaer sobre el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito previo.

En cuanto al sujeto activo, el encubridor ha de ser quien no ha actuado ni como autor ni en calidad de cómplice del delito que se encubre; en cambio, la conducta de lavado por ocultación puede realizarla el mismo agente del ilícito previo.

Tratándose del encubrimiento, el delito previo puede ser cualquiera; en cambio, en el lavado, se establece un catálogo cerrado de ilícitos, con un sistema de *numerus clausus*, también utilizado en otras legislaciones, como p. ej., la brasileña¹⁴.

En el aspecto subjetivo, el encubrimiento admite sólo comisión dolosa, en el lavado es punible la conducta culposa («negligencia inexcusable»).

La penalidad asignada al encubrimiento es la inferior en dos grados a la señalada para el delito encubierto; el delito de lavado doloso está amenazado con una sanción privativa de libertad de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. El principio de *ofensividad*, en cuanto limitativo del poder punitivo estatal, descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado, esto

¹¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 477.

¹² ROBLES, R./PASTOR, N.: *Delitos contra el patrimonio*, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez J. M. (dir.), Atelier, 2019, p. 299.

¹³ CONTRERAS: cit., p. 446.

¹⁴ CALLEGARI, A. L.: «El delito de blanqueo de capitales y la ley brasileña», en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 5, octubre-diciembre, LEGIS, 2003, pp. 83 y s.s.

es, contrario a la norma de valoración, lesivo o peligroso para la integridad del objeto o los objetos de tutela ¹⁵.

Los objetos de la tutela penal se denominan *bienes jurídicos* (*Rechts-güter*), a partir de la obra de Birnbaum, quien argumentó que lo realmente lesionado por el delito no son derechos, los que permanecen incólumes, sino *bienes* ¹⁶. «Si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento en ello, relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien» ¹⁷. El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan ¹⁸.

Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social es amparado jurídicamente. Como en su substrato puede presentarse en las formas más diversas, *bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones* ¹⁹.

Que los contornos del bien jurídico no se encuentran perfectamente trazados –y compartidos en la dogmática penal– lo evidencia la *teoría personal del bien jurídico*, desarrollada por Hassemer. El penalista germano define el bien jurídico como *un interés humano necesitado de protección penal, considerando por tales intereses aquellos bienes vitales imprescindibles para vida en común de los individuos tales como la vida, la salud, la libertad o la propiedad*. Con respecto a bienes jurídicos colectivos, éstos serán admisibles sólo en cuanto *puedan funcionalizarse desde el individuo*. Las situaciones propias del moderno derecho penal de la prevención, tales como p. ej., la tutela del medio ambiente, la protección de los animales, el aseguramiento de las estructuras de la vida económica, etc., han de ser objeto de un Derecho de intervención desprendido del derecho penal ²⁰.

Frente a la teoría personal del bien jurídico se alzan voces que le reprochan ignorar los profundos cambios sociales acontecidos en las últimas décadas y el intento de combatir problemas sociales actuales con el instrumental propio del siglo XVIII; p. ej., las graves amenazas contenidas en la destrucción del medio ambiente. La supervivencia de la humanidad debería tener priori-

¹⁵ CARBONELL: cit., pp. 217-218.

¹⁶ BIRNBAUM, J. M. F.: Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, traducción del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, BdeF, 2010, p. 21.

¹⁷ BIRNBAUM, cit. por HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: en *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Conosur, 1992, p. 27.

¹⁸ ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 3.ª edición, Edit. Jurídica, 1998, p. 29.

¹⁹ WELZEL, H.: *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, 1956, pp. 5-6.

²⁰ HASSEMER, W., en *Nomos Kommentar zum StGB*, cit. por Künsemüller, C., cit., p. 161.

dad, en cuanto objeto de protección, frente a los intereses individuales²¹. Bienes jurídicos pueden ser tanto intereses del individuo, dignos de protección, como también intereses de la generalidad dignos de protección²². Una autora sostiene que la irrupción de los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal está haciendo temblar los cimientos garantistas que a éste le caracterizaban²³.

Los bienes jurídicos, desde su rol de concreción de los intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección jurídica, han de constituir las referencias básicas para determinar la función del derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho²⁴.

La protección de bienes jurídicos, más que un planteamiento político criminal (sujeto a la discrecionalidad del poder), constituye una exigencia en el Estado social y democrático de derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. La política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los procesos sociales²⁵. Será necesario, para el surgimiento de la responsabilidad penal, que la conducta definida previamente como delito esté dotada de la *significación social* que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar²⁶.

En la década de 1970, Rudolphi expresó que el bien jurídico, a pesar de que sus contornos aún no se encuentran perfectamente delimitados, se ha asegurado desde hace tiempo un puesto firme en el arsenal conceptual del derecho penal²⁷.

Como precisa Jescheck, el ordenamiento punitivo no debe intervenir en cualesquiera molestias de la vida colectiva, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social: el derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos²⁸. Esta protección ha de dispensarse por la

²¹ SEHER, G.: «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico», en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl, Rolf (Edit.), Marcial Pons, 2007, p. 74.

²² FRISTER, H.: *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4.ª edición alemana por Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, 2009, p. 81.

²³ SANTANA, D. M.: La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Introducción, Dykinson, 2000, p. 25.

²⁴ MIR, S.: «Límites del normativismo en Derecho Penal», en *Contribuciones Críticas al Sistema Penal de la Post Modernidad*, In memoriam a Eduardo Novoa Monreal, U. Central, 2007, p. 45.

²⁵ HORMAZÁBAL: cit., p. 169.

²⁶ HORMAZÁBAL: cit., p. 170.

²⁷ RUDOLPHI, H. J.: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en *Nuevo Pensamiento Penal*, vol. 5, nro. 8, 1975, pp. 329-347.

²⁸ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, pp. 256 y s.s.

normativa jurídico-penal exclusivamente frente a las agresiones antijurídicas de mayor gravedad, que conllevan su propia lesión o grave puesta en peligro, y representan el objeto de descripción de los tipos legales de delito²⁹.

Existe un consenso doctrinario bastante afianzado en torno a las varias funciones que cabe desempeñar al bien jurídico en el derecho penal, tema que, a nuestro juicio, precisamente dada una cierta *pax* dogmática al respecto, no es necesario abordar en este artículo³⁰.

La lesividad del delito –*principio di offensivita*– es su nota característica, por ende, y ella significa la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal –tanto el daño efectivo como la mera puesta en peligro, cuando así lo dispone la ley– ejecutada a través de la conducta típica. De tal forma, la ofensividad del delito equivale a la dañosidad o nocividad social del comportamiento (*nullum crimen sine iniuria*) extremo que el legislador presupone al tipificar la conducta punible³¹.

El principio de *lesividad, ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos* es una implicación de la síntesis del Estado social y democrático de Derecho, fundamentalmente de su condición democrática, en cuya virtud el delito no sólo debe conllevar la exteriorización y materialidad de un hecho, sino que además tal hecho debe ser apto para producir un daño u ofensa en un bien jurídico digno, susceptible y necesitado de protección. En definitiva, toda infracción penal debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico³².

Categórico es Nino al afirmar que *todo delito lesiona un bien jurídico... de modo que no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido*³³.

El bien jurídico surge como un límite material claro a la actividad del Estado³⁴. Esto significa que el Estado tiene limitado su *ius puniendi* sólo a la incriminación de conductas dolosas o culposas que lesionen bienes jurídicos. En consecuencia, quedan al margen del derecho penal la protección de ideas morales, religiosas, estéticas o políticas³⁵.

²⁹ POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Grijley, 2004, p. 352.

³⁰ HORMAZÁBAL, cit., pp. 9-12; FERNÁNDEZ, G.: *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, BdeF, 2004, pp. 7-10.

³¹ FERNÁNDEZ: cit., p. 289.

³² CARUSO, M. V./PEDREIRA, F.: *Principios y Garantías del Derecho Penal Contemporáneo*, BdeF, 2014, pp. 184-185.

³³ NINO, C.: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, p. 56, cit. en KÜNSEMÜLLER, C., cit., p. 158.

³⁴ BUSTOS, J.: *Introducción al Derecho Penal*, Conosur, 1989, p. 31.

³⁵ BUSTOS, J.: *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, EJS, 2007, p. 371.

Los actuales estados de derecho constitucionales prohíben al legislador y al juez imponer pena por una conducta que no lesione un bien jurídico, lo que se conoce como principio de *ofensividad*³⁶.

Sin perjuicio que estamos persuadidos de que la función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos³⁷, no podemos dejar de tener presente la tesis funcionalista, encabezada por Jakobs, que propugna al delito como afirmación que contradice la norma, mientras que la pena simboliza, a su vez, la respuesta que confirma la norma. En la teoría funcionalista el discurso sobre el bien jurídico es, en realidad, *un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma* y lo que el derecho garantiza es la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes; el bien debe representarse entonces sólo como norma, como expectativa garantizada³⁸.

2. En lo tocante al bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero/activos, su naturaleza y contenido, se cuenta con una pluralidad de opiniones diversas, tanto en la doctrina nacional, como extranjera, lo que convierete al asunto en un tema muy controvertido, en cuanto disputado por diversas interpretaciones, que llevan a conclusiones dispares³⁹.

La relevancia de la determinación del bien jurídico protegido en los delitos económicos es motivo de especial atención de la doctrina⁴⁰.

a) El bien jurídico protegido por este delito es una cuestión altamente discutida en la literatura penal⁴¹.

– La seguridad interior del Estado.

Varios autores defienden esta tesis, fundada en que los bienes jurídicos afectados no serían aquellos lesionados por el delito precedente, sino aquellos que, debido al crecimiento de las estructuras mafiosas y el capital asociado a ellas, fueren puestos potencialmente en riesgo con posterioridad.⁴²

³⁶ ZAFFARONI, E. R.: «Apuntes sobre el bien jurídico, fusiones y (con)fusiones», en *Temas Actuales en la Dogmática Penal*, Universidad del Sinu, 2013, p. 33.

³⁷ ETCHEBERRY, A.: *Proyecto de Código Penal para Chile, Introducción*, LOM, 2016, p. 6.

³⁸ FERNÁNDEZ: cit., pp. 65-66.

³⁹ CONTRERAS: cit., pp. 439 y s.s.

⁴⁰ SCHURMANN, M.: «La relevancia de la determinación del bien jurídico protegido en los delitos económicos», en *Racionalidad y Escepticismo en el Derecho Penal. Estudios en memoria de Miguel Soto Piñero*, Contesse, J. y Silva, G. (coord.), Thomson Reuters, 2024, pp. 721 y s.s.; CONTRERAS: cit., pp. 441 y ss.

⁴¹ ROBLES/PASTOR: cit., p. 302.

⁴² CONTRERAS: cit., p. 441.

La seguridad interior del Estado fungiría como bien jurídico protegido, dado que los bienes puestos en peligro por la actividad de la criminalidad organizada constituirían el objeto jurídico de protección del delito de lavado.⁴³

Se trataría, entonces, de impedir, mediante la tipificación, la corrupción al interior del Estado y su estructura, que pone en peligro la eficacia y existencia misma del Estado⁴⁴.

En contra de esta tesis se argumenta, acertadamente, que el catálogo de hechos típicos contenido en el art. 27 de la Ley 19.913, impide todo intento de fundar la punibilidad del lavado de dinero en relación con las estructuras de la criminalidad organizada⁴⁵. Parece evidente que los delitos de promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, estafa y apropiación indebida no es posible vincularlos, mediante una interpretación sistemática racional, con una criminalidad organizada que ponga en riesgo la seguridad estatal interna.

– La integridad del circuito económico y financiero (el orden socio-económico).

Esta tesis –dominante en España–⁴⁶ parte de la base de que en el delito en comento no se protegerían directamente los bienes jurídicos amparados por los delitos previos,⁴⁷ sino principalmente el «orden socio-económico», lesionado por el *plus* que conlleva la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales.⁴⁸

Como sectores o instancias del orden socio-económico se mencionan la transparencia del sistema financiero, la seguridad del tráfico comercial, la licitud de los bienes del mercado y la libre competencia. El objeto jurídico de protección sería la «confianza en la solidez del sistema financiero y económico legal.»⁴⁹ Muñoz Conde apunta que, aunque en la doctrina existen opiniones discrepantes en torno al bien jurídico protegido en este tipo de delito, la mayoría concuerda en que el bien jurídico principal es el correcto funcionamiento del mercado y la circulación de capitales, bajo el control tributario del Estado⁵⁰. Esto, sin perjuicio que se pueda proteger también la libre competencia y

⁴³ CONTRERAS: cit., p. 441.

⁴⁴ CONTRERAS: cit., p. 441.

⁴⁵ CONTRERAS: cit., p. 442.

⁴⁶ MATUS, J. P.: cit., cita 6, al final del texto.

⁴⁷ CONTRERAS: cit., pp. 439-441.

⁴⁸ MATUS: cit., p. 2.

⁴⁹ VOGEL, J., *Geldwäsche-ein europaweit harmonisierter Straftatbestand*, ZstW, 109, t. II, cit. en CONTRERAS, cit., p. 442.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F.: cit., p. 480.

la Administración de Justicia, así como evitar el enriquecimiento con los beneficios obtenidos de la comisión de un delito precedente⁵¹.

En la legislación penal colombiana el delito de lavado de activos se ubica dentro de los delitos que tutelan el orden económico y social como bien jurídico materia de protección, sancionando ilícitos de peligro, frente a los que no hay un resultado lesivo sensorialmente perceptible, sino una amenaza concreta, o cuando menos hipotética, de vulneración del bien jurídico amparado por la norma penal⁵².

Una buena alternativa a considerar en el derecho comparado –en cuanto al ámbito de protección penal de bienes jurídicos en que se debiera ubicar el delito, atendida su pluriofensividad– es el orden socio-económico, con un contenido similar al que exhibe en el Código Penal español⁵³.

En nuestro país, el TC ha establecido, a propósito del objeto jurídico tutelado, que «el factor determinante lo constituye la distorsión del mercado financiero y la afectación del orden público económico como elementos garantes de la estabilidad económica y el derecho de todos los partícipes como sujetos en dicho mercado»⁵⁴.

Este planteamiento ha sido objetado por un comentarista nacional, sobre la base de que no tiene respaldo en la ley positiva estimar que lo protegido es la economía del país frente a la corrupción. Al respecto, se argumenta que no resulta justificado restringir la índole delictiva de la conducta a la circulación de dinero proveniente de ciertos delitos (contenidos en nóminas) y no, más en general, de cualquier delito o, incluso, de cualquier fuente ilícita⁵⁵. Igual punto de vista debería adoptarse tratándose de la libre competencia, la que se vería afectada, tanto si los bienes provienen de la comisión de algún delito previsto en el catálogo, como si su origen son otros delitos, o incluso, si provienen de hechos antijurídicos, más no típicos⁵⁶.

– La administración de justicia.

Nuestros tribunales se han pronunciado sobre este criterio delimitador, a propósito de la modalidad de ocultamiento:

⁵¹ MUÑOZ CONDE, F.: cit., p. 480.

⁵² SINTURA VARELA, J.: «La prevención del lavado de activos como una política de buen gobierno corporativo, necesaria para evitar los efectos de la lista Clinton en Colombia», en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, nro. 32, 2010, p. 8.

⁵³ D'ALBORA, F. (h): cit., pp. 833 y s.s.

⁵⁴ STC, 17.05.2018, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 3630-17-INA, cit. en Contreras, cit., p. 442.

⁵⁵ CONTRERAS: cit., p. 443.

⁵⁶ CONTRERAS: cit., p. 443.

«Decimoséptimo: Al respecto, es necesario indicar que lo que quiso proteger el legislador fue la administración de justicia, toda vez que la descripción del hecho punible de nuestra legislación actual apunta a la línea de un verdadero tipo autónomo de encubrimiento contemplado en el artículo 17 del Código Penal, dentro de las acciones postdelictuales, ya que en dicha norma se afectan bienes jurídicos diferentes a los del delito que se encubre, particularmente en el favorecimiento real y en el personal, donde el bien jurídico lesionado por la conducta no es el quebrantado por el hecho encubierto, sino el interés en una recta y expedita administración de justicia, es por ello que la ley, ante la insuficiencia de las figuras normales de encubrimiento ha trasladado supuestos de aprovechamiento personal o receptación a figuras penales *sui generis* como el delito de lavado de activos. En conclusión, lo que se debe proteger con la figura del lavado de activos es la administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos.»⁵⁷ En el mismo sentido, un fallo del TOP Concepción establece que el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de activos es la correcta administración de justicia, por cuanto se trata de una forma de encubrimiento destinada a impedir que se tome conocimiento del origen de los dineros ligados a un delito, para impedir, a su vez, el castigo del mismo: «Siendo, de acuerdo a la doctrina penal mayoritaria el delito de lavado de activos un ilícito que daña principalmente al bien jurídico correcta administración de justicia, (en tanto y cuanto consiste en encubrir u ocultar el origen de los recursos económicos ligados a un delito para impedir que se tome conocimiento del mismo y evitar así el castigo, o una de las consecuencias del castigo que es el comiso de los efectos que de él provienen), puede concebirse como una forma de encubrimiento del cual responde el propio autor del delito que se encubre (autoencubrimiento) en la medida que implica una figura excepcional, un tipo amplio, de penalidad exacerbada, que implica un adelantamiento de la punición»⁵⁸.

b) En el plano de la Política Criminal chilena, los Anteproyectos de Código Penal –APCP– desde 2005 en adelante, han incluido el tipo delictivo que nos ocupa entre los que atentan contra la Administración de Justicia.

– APCP 2005 - art. 279, Lavado de dinero:

«Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales al que:

⁵⁷ STOP, 2.º Santiago, 18.08.2008, RUC 0500683346-4.

⁵⁸ STOP Concepción, 12.03.2011, RUC 0700350845-K.

a) De cualquier forma oculte o disimule los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos que provengan, directa o indirectamente, de la perpetración en Chile o el extranjero de hechos constitutivos de un crimen o simple delito cuya pena mayor, según la legislación nacional, sea igual o superior a reclusión menor en su grado máximo;

b) De cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de dichos bienes; o

c) Con ánimo de lucro, adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, siempre que haya conocido su origen ilícito al momento de iniciar su uso, tenencia o posesión.

La misma multa señalada en el inciso precedente y la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo se impondrá al responsable o administrador de una actividad sujeta a las obligaciones señaladas en los artículos 3.º a 6.º de la Ley Nro. 19.913, que infrinja las disposiciones contenidas en el reglamento dictado por la autoridad competente para prevenir la comisión de estos delitos, siempre que no haya tenido participación en el delito del inciso anterior.

No se impondrá el mínimo de la pena privativa de libertad al que, con abuso de una profesión, cometa alguno de los hechos descritos en los incisos anteriores.»

– APCP 2013 - art. 454, Lavado de bienes:

«El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes directa o indirectamente de un delito, ocultare esos bienes, o pusiere en riesgo su incautación y comiso, será sancionado con prisión de 1 a 3 años.

Si mediare ánimo de lucro, la pena será de prisión de 1 a 5 años.

Si el delito a que se refiere el inciso primero consistiere en la comisión del delito de asociación criminal, la pena será de 3 a 7 años.

En las mismas penas incurrirá, respectivamente, el que adquiriere tales bienes o se aprovechara de ellos, a menos que los bienes constituyan la contraprestación por bienes o servicios que se ofrecen bajo las mismas condiciones al público en general.

La sanción conforme este inciso sólo será aplicada si se hubiere conocido el origen ilícito del bien al tiempo en que fue adquirido el bien o comenzó su aprovechamiento

No será sancionado conforme a este artículo el que lo sea por el hecho del que provienen los bienes».

– APCP 2015 - art. 388, Ocultamiento del origen ilícito de bienes:

«El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere intervenido, ocultare esos bienes, o pusiere en riesgo su incautación y comiso, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.

Si mediare ánimo de lucro, la pena será de prisión de 1 a 5 años.

Para los efectos de este delito se entenderá que:

1.º Son bienes el dinero, cualquier objeto apreciable en dinero, corporal o incorporeal, tangible o intangible, mueble o inmueble, así como cualquier documento que acredite la propiedad u otro derecho sobre el mismo.

2.º Proviene de un delito los bienes generados o producidos mediante la perpetración del delito, los obtenidos directamente a través o en razón de su perpetración o como consecuencia de ésta y los recibidos a cambio o en reemplazo de los precedentemente indicados».

– APCP 2018 - art. 447, Lavado de bienes:

«El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes de la perpetración de un delito, ocultare esos bienes o pusiere en riesgo su incautación y comiso será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa. La pena será de prisión de 1 a 5 años y multa cuando el hecho se perpetrare mediante una organización y un procedimiento diseñados especialmente para su ejecución habitual.

El que recibiere o adquiriere bienes provenientes de la perpetración de un delito será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años y multa. Si los bienes se hubieren recibido o adquirido para transferirlos a título oneroso la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa.

El que habiendo tomado conocimiento del origen de los bienes con posterioridad a su recepción o adquisición no los pusiere a disposición de la autoridad será sancionado con multa o libertad restringida.

Lo dispuesto en los dos incisos precedentes no será aplicable tratándose de bienes provenientes de un delito cuya acción penal hubiere prescrito.»

El precepto especifica lo que cabe entender por bienes para los efectos del mismo, cuyo detalle omitimos, por razones de espacio.

– El Proyecto de Ley que establece un nuevo Código Penal (Mensaje del Ejecutivo Nro. 431- 369), enviado al Parlamento en enero de 2022, contempla el delito de lavado de bienes –art. 419– en los siguientes términos:

«El que de cualquier modo ocultare o disimulare el origen ilícito de bienes provenientes de la perpetración de un delito, ocultare esos bienes o pusiere en riesgo su incautación y comiso, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y multa. La pena será de prisión de 1 a 5 años y multa, cuando el hecho se perpetrare mediante una organización y un procedimiento diseñados especialmente para su ejecución habitual.» (Se reproduce el texto del art. 447 del APCP 2018, principal modelo del proyecto gubernativo)

Con la pena de libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 2 años y multa se castiga al que recibiere o adquiriere bienes provenientes de la perpetración de un delito. Si el hecho fuere cometido imprudentemente, la pena será libertad restringida. Si la imprudencia fuere temeraria, la pena será de reclusión.

Se mantienen, asimismo, las normas especiales del APCP 2018, relativas a la recepción o adquisición de bienes para su transferencia a título oneroso, conocimiento del origen de los bienes con posterioridad a su recepción o adquisición y omisión de su entrega a la autoridad y bienes provenientes de un delito no perseguible penalmente, por prescripción.

– El Proyecto de Código Penal para Chile (2016), redactado por el querido e inolvidable maestro, profesor Alfredo Etcheberry, no contempla el delito de lavado de dinero en la Parte Especial. En la Introducción a su obra, el autor, después de destacar la incorporación de un título nuevo, con el nombre de delitos contra la buena fe y el orden económico, advierte que «No nos ha parecido adecuado, sin embargo, incluir aquí todos los delitos contra el orden público económico, como serían, por ejemplo, los actualmente penados en la Ley sobre Mercado de Valores, las conductas sancionadas administrativamente en la Ley sobre Defensa de la Libre Competencia, las de la Ley General de Bancos, etc.». Hace presente que esta clase de normas –dirigidas a dotar de eficacia a una estructura y política económica determinadas– está sujeta a los

vaivenes de dicha política, con una frecuencia ajena a las virtudes de permanencia que deben inspirar a un Código, al menos por un lapso razonable⁵⁹.

c) Dado que el encubrimiento por receptación y el tipo penal de lavado tienen «un origen común»⁶⁰ y los vincula actualmente un nexo estrecho (como delitos contra un bien jurídico compartido, la recta Administración de Justicia), sin perjuicio de las diferencias ya anotadas en el párrafo 5 del Capítulo I de esta nota, resulta útil, a nuestro juicio, abordar algunas opiniones sobre el objeto jurídico protegido por el encubrimiento.

Con ocasión del centenario del Código Penal, en 1975, el profesor Alfredo Etcheberry presentó a las Jornadas Internacionales realizadas en Valparaíso, una ponencia, con el título «El encubrimiento como forma de participación», en la que fundamentó la tesis que excluye al encubridor del ámbito de la intervención delictiva, consagrando al encubrimiento como delito contra la administración de justicia, criterio éste, recogido en su Proyecto de Código Penal para Chile (2016) y, asimismo, en los APCP.

La doctrina tiene tendencia –a nuestro entender, la correcta– a no considerar entre los participantes del delito a los encubridores, porque su intervención no tiene lugar durante la ejecución del hecho, sino que es posterior a su consumación⁶¹. En nuestro Código es requisito esencial del encubrimiento, el actuar «con posterioridad» a la ejecución de un crimen o simple delito, o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo. (art. 17).

La doctrina mayoritaria entiende que el objeto tutelado por el encubrimiento es la Administración de Justicia⁶². Las modalidades de favorecimiento real y personal del art. 17, nros. 2 y 3, muestran una clara vinculación con ese bien. La destrucción, ocultación o inutilización del cuerpo, los efectos o los instrumentos del hecho delictivo para evitar su descubrimiento supone eliminar material de prueba. «Esto afecta a la función jurisdiccional, puesto que la adecuada solución del conflicto social tiene como presupuesto la obtención de la verdad material y ésta no se puede alcanzar sin los elementos probatorios»⁶³.

c) Un comentarista de nuestra legislación acepta –implícitamente– con base en el *StGB* alemán, que es la Administración de Justicia el bien jurídico tutelado por el tipo penal de lavado⁶⁴. Desde la perspectiva del Ministerio Pú-

⁵⁹ Introducción, p. 41.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE: cit., p. 477.

⁶¹ GARRIDO, M.: *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica, 1984, p. 397.

⁶² GARCÍA PÉREZ, O.: «El bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento», en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Carbonell Mateu J. C. (coord.), U. de Valencia, 2005, pp. 363 y ss.

⁶³ GARCÍA PÉREZ: cit., p. 379.

⁶⁴ CONTRERAS: cit., p. 444.

blico, también se identifica este objeto jurídico como el propio del delito en comento, toda vez que, al igual que en todo encubrimiento, se atenta contra las posibilidades que tienen las instituciones de investigación, persecución penal y sanción, de detectar, incautar, «congelar» y decomisar bienes de origen ilícito⁶⁵.

III. LA FAZ SUBJETIVA. DOLO - CULPA

1. La modalidad típica de «ocultamiento» (art. 27 a), exige que el autor obre «a sabiendas» del origen delictivo de los bienes objeto material de la conducta.

En relación al elemento subjetivo, el tipo de ocultamiento requiere la prueba del dolo⁶⁶.

El componente cognitivo del dolo se identifica en nuestro derecho penal con expresiones como «con conocimiento» o «a sabiendas» que el legislador utiliza como sinónimas de dolo⁶⁷. Esta especie o forma de culpabilidad supone conocimiento de la mínima idoneidad de la conducta para ocultar o disimular el origen de los bienes o los bienes mismos. Adicionalmente, como es natural, requiere conocimiento de dicho origen y de su carácter ilícito. Por último, exige voluntad de realización de la conducta no obstante dicho conocimiento⁶⁸. No está de más recordar que el dolo es conocer y querer la realización típica, luego requiere de un elemento cognoscitivo respecto de la realización y de un aspecto volitivo de realización⁶⁹. El concepto de dolo, en nuestro Código Penal, según fluye de su tenor literal y de la historia de su establecimiento, comprende la conciencia de la antijuridicidad⁷⁰.

A propósito de la expresión «a sabiendas», se ha recordado por algunos autores el debate en torno a la posibilidad de castigar o no la conducta realizada con dolo eventual, posibilidad que sería incompatible con la inteligencia de

⁶⁵ SEGOVIA, A.: «La figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero», en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nro. 46, 2011, p. 173.

⁶⁶ SEGOVIA, A.: cit., p. 183.

⁶⁷ DE LA FUENTE, F.: «Imputación subjetiva y error en el derecho penal económico», en *Derecho Penal Económico. Parte General*, Navas, I. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2024, pp. 199-200.

⁶⁸ HERNÁNDEZ, H. (s/fecha), «El nuevo tipo de lavado de dinero en la Ley 19913, Apuntes Provisorios», cit. en Segovia, cit., p. 183.

⁶⁹ BUSTOS, J.: *El Delito Culposo*, Edit. Jurídica, 1995, p. 61.

⁷⁰ ORTIZ, L.: «Dolo y conciencia del injusto en la ley penal chilena», en *Nullum crimen nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Schweitzer, M. (coord.), Ediciones UFT, 2010, pp. 279 y ss.

dicha expresión como sinónimo de dolo directo, excluyéndose, en consecuencia, el dolo eventual⁷¹.

La historia fidedigna del establecimiento del precepto da cuenta de que la *ratio legis* fue castigar sólo las conductas dirigidas por el dolo directo, quedando, en consecuencia, excluido el dolo eventual⁷². «La expresión «a sabiendas» del origen ilícito de los activos o bienes que el sujeto oculta o disimula debe tomarse no sólo en el puro aspecto intelectual propio del dolo, que debe abarcar ciertamente la proveniencia de esas cosas y la descripción típica del así actuar, sino que más aún y al mismo tiempo, que el hechor obre con la voluntad de realizar un comportamiento injusto, que reconoce como disvalórico e indeseable jurídicamente, demostrando desprecio por el bien jurídico protegido en el tipo, vale decir, deberá exigirse al autor de estos comportamientos que obre con dolo directo en el conocer y en el hacer...»⁷³.

Al respecto, se esgrime como argumento sistemático principal, a favor de la inclusión del *dolus eventualis* en el tipo penal que nos ocupa, la circunstancia de que el legislador tipificó una conducta de lavado culposa en el inciso 4.º del art. 27 —«negligencia inexcusable»— de modo que sostener que el tipo de ocultamiento sólo es concebible con dolo directo, pese a permitir la ley esa hipótesis de culpa, «produciría una laguna de punibilidad lógica y sistemáticamente errada»⁷⁴. Otros representantes del Ministerio Público también suscriben la interpretación citada, argumentando que, atendido lo dispuesto en el artículo 27 inciso cuarto, debe admitirse el dolo eventual para la comisión del tipo penal⁷⁵. La exclusión del actuar con dolo eventual llevaría a una situación anómala, si se considera que, a su vez, el inciso 4.º del mismo artículo sanciona la comisión culposa, con lo que se estaría conminando con pena la comisión del tipo de ocultación con dolo directo y con culpa, pero no la actuación con dolo eventual, que sí tendría acogida en la figura de contacto, inconsistencia que resulta inadmisibles, dado que en ambos casos la penalidad es la misma⁷⁶.

La «inconsistencia lógica y sistemática» y la existencia de una «laguna de punibilidad», son —a nuestro juicio— argumentos refutables y no muy sólidos, toda vez que, p. ej., el tipo penal de malversación de caudales públicos

⁷¹ SEGOVIA: cit., p. 183.

⁷² Historia de la Ley 19913, Informe de la Comisión del Senado, p. 203.

⁷³ MANRÍQUEZ, J. C.: «Delito de blanqueo y lavado de activos en el marco de operaciones sospechosas», en *Revista Escuela de Derecho Sede Valparaíso U. del Mar*, 2005, pp. 115-116.

⁷⁴ SEGOVIA: cit., p. 183.

⁷⁵ GUERRERO, C.: «Ocultamiento o disimulación de bienes como conducta típica: hacia la construcción de límites objetivos entre las insolvencias punibles y el delito de lavado de dinero», en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nro. 76, 2019, pp. 133 y ss.

⁷⁶ CONTRERAS: cit., p. 459.

requiere un obrar con dolo directo (art. 233)⁷⁷ y el art. 234 contempla paralelamente una figura culposa («abandono o negligencia inexcusable»), quedando excluido el dolo eventual. Por otra parte, las «lagunas de punibilidad», en caso de existir, han de ser «llenadas» —en un derecho penal fragmentario («sistema discontinuo de ilicitudes»), respetuoso de un principio tan capital como el de taxatividad— por el legislador, utilizando para ello la *lex scripta et stricta*, no por el intérprete doctrinario. «El principio que no se aplica no sólo no sirve para nada, sino que en verdad no es principio de nada»⁷⁸.

El propio legislador procesal incorpora expresamente, en la esfera de la incriminación penal, el principio cardinal de *ultima ratio*⁷⁹, sobre cuyo contenido, función y relevancia, tanto para el derecho penal y la Política Criminal, como para el individuo no es necesario argumentar en esta sede.

2. En el caso del lavado «por contacto» —art. 27 letra b)— el tipo requiere que el agente *haya conocido* el origen ilícito de los bienes que, con ánimo de lucro, adquiere, tiene, posee o usa, fórmula que, a nuestro entender y más allá de diferencias no sustantivas, meramente semánticas, es equivalente a actuar *a sabiendas* del origen de tales especies; el que sabe el origen es porque lo conoce y, porque lo conoce, obra a sabiendas de esa fuente ilícita, o sea, se satisface el elemento cognoscitivo del dolo, el mismo que en el tipo de parricidio —«el que conociendo las relaciones...»— unido al elemento volitivo, lleva a concluir que es requerido el dolo directo, «conocer y querer» el resultado típico⁸⁰.

⁷⁷ RODRÍGUEZ, L./OSSANDÓN, M. M.: *Delitos contra la función pública*, 2.^a edición, Edit. Jurídica, 2008, p. 395.

⁷⁸ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: *Derecho Penal Fundamental*, T. II, Temis, 1995, p. 6.

⁷⁹ Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal, p. 13.

⁸⁰ POLITOFF, S./BUSTOS, J./GRISOLÍA, F.: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Edit. Jurídica, 1971, p. 119.

77. EL DELITO Y EL NO DELITO DE EXPLOTACIÓN LABORAL

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Madrid

I. ¿PREVIENE BIEN NUESTRO CÓDIGO PENAL LA EXPLOTACIÓN LABORAL?

1. La respuesta es un NO, así, con mayúsculas, si a lo que nos referimos es a la explotación laboral extrema o radical, a los trabajos forzados, la servidumbre o la esclavitud. Podemos convenir pasar a un no con minúsculas, aunque sigamos con el no, en relación con conductas de explotación graves, aunque no radicales. Estas tratan de describirse en el artículo 311 CP, enunciado redactado con no poca torpeza, pero que afortunadamente ha sido reconducido razonablemente por la jurisprudencia¹, nuestro segundo agente normativo, evitando sus excesos semánticos y haciendo buena esa intuición de que cuanto más insensato tiende a ser el legislador, más sensatos tienden a ser los tribunales (como nos enseñan, por ejemplo, los delitos de blanqueo y de tráfico de drogas).

Pero la jurisprudencia llega hasta donde llega, y debemos este límite al bendito principio de legalidad. No puede penar justamente pero sin base legal, ni dejar de penar alegremente si el mandato del legislador es inequívoco. Quizás pueda pulir interpretativamente el tipo del artículo 311 CP para tratar de excluir infracciones laborales menores, pero no podrá inventarse el delito de

¹ Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, 2004, p. 40.

trabajo forzado o el delito de esclavitud, por mucho que pueda acercarse a ellos haciendo concurrir otros delitos sí existentes, como las coacciones, las amenazas, los atentados a la integridad moral o la imposición violenta o intimidatoria de condiciones irregulares de trabajo.

Tenemos un solo artículo penal, el 311 CP, destinado a combatir la explotación laboral², y es un precepto defectuoso en su diseño, con la rara característica de serlo en las dos direcciones opuestas en las que nos duelen los enunciados penales: pena de más (es punitivista) y pena de menos (es desprotector). Es sobreinclusivo e infrainclusivo a la vez, que son dos defectos que obviamente no se compensan.

2. Este va a ser el contenido de la reflexión que sigue, que dividiré en tres partes. En la primera trataré de definir el fenómeno criminal de la explotación laboral, creo que bien etiquetado con este nombre para referirse a la imposición a los trabajadores de condiciones gravemente irregulares. En la segunda parte expondré la respuesta del artículo 311 CP y trataré de exponer esos anunciados defectos de traje holgado en la chaqueta pero con pantalones pesqueros. Y, para no predicar sin dar trigo, intentaré en la parte final proponer una regulación más acertada. Acertada aquí supone que castiguen eficazmente las conductas graves, y discriminando entre ellas por su gravedad, y que se dejen fuera irregularidades menores en las que la entrada del Derecho Penal es la del elefante en una cacharrería.

3. El objetivo principal de este trabajo va más allá. Con él, siquiera modestamente, espero poder rendir tributo a la trayectoria investigadora de José Luis de la Cuesta y agradecerle tantas y tan sugerentes reflexiones sobre el Derecho Penal y su justicia.

II. EL FENÓMENO DE LA EXPLOTACIÓN LABORAL

1. «Explotación laboral» es una expresión clásica que define el sometimiento al trabajador por parte del empleador a condiciones de trabajo gravemente irregulares: o sea, irregulares y gravemente perjudiciales para el trabajador.

Desde el punto de vista del desvalor de acción el «sometimiento» no supone necesariamente engaño sobre las condiciones ni la imposición violenta o

² La jurisprudencia denomina tradicionalmente al delito tipificado en el art. 311.1.º CP (y en su antecedente en el Código Penal de 1973, el art. 499 bis 1.º), como «delito de explotación». V. referencias en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Molina Fernández, F. (dir.), *Memento Penal* 2025, Madrid: Lefebvre, NM 13169.

intimidatoria de las mismas. Ambas cosas son inhabituales en los casos de explotación, que son más bien casos de «lo tomas o lo dejas, que tengo cincuenta esperando si tú no quieres el trabajo». Lo que suele pasar en la explotación es que el trabajador acepta, consiente, las condiciones irregulares sabiendo que lo son, y que lo hace debido a la situación de vulnerabilidad en que le pone el que el mercado de trabajo sea asimétrico, con mucha mayor demanda que oferta de puestos de trabajo, y el que del trabajo penda nuestro bienestar y el de personas que puedan depender económicamente de nosotros.

Desde el punto de vista del desvalor de resultado, los casos sangrantes de irregularidad laboral (los casos de explotación) son casos en los que se vulnera la legislación laboral (pública: las leyes y los reglamentos que la desarrollen), no los convenios colectivos o los contratos de trabajo (estos, como dice la doctrina laboralista, salvo en ciertos supuestos de alta dirección, son constitutivos de la relación, no regulativos o apenas regulativos), y se vulnera con gravedad en los aspectos esenciales de la relación laboral que más o menos todos tenemos en la cabeza: salario, jornada y vacaciones, duración del contrato, trabajo de menores, y seguro médico, de baja laboral y por desempleo.

Formaría además parte de esa explotación la falta relevante de condiciones de seguridad en el desempeño del trabajo, pero a eso, con plena lógica, el Código Penal le dedica una atención individualizada³. Y existen otros importantes intereses de los trabajadores que pueden ser lesionados desde la empresa, como son los derechos colectivos relativos a la libertad sindical y al derecho de huelga, o que son el contenido de otros derechos fundamentales, como la igualdad, la intimidad u otros aspectos de la dignidad de la persona. Pero repare el lector en que estos no serían propiamente actos de explotación laboral, y en que de hecho el Código los tipifica consecuentemente como delitos independientes de tal explotación⁴.

2. Lo descrito con trazo grueso es solo un parte de la explotación laboral. Existe un segundo y peor mundo de la explotación laboral: la radical. La explotación es tal que no se cuenta con el consentimiento del trabajador para trabajar; se cosifica al trabajador. Si el mundo de la explotación laboral grave está penalmente mal regulado, como veremos, este segundo mundo de la explotación laboral radical está penalmente cuasiignorado.

³ En los artículos 316 y 317.

⁴ Existe un tipo específico, el del artículo 315 CP, para los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga: Y existe un tipo específico para sancionar la desigualdad laboral grave. Sobre los mismos, v. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en DE LA MATA BARRANCO, N. J./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho Penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2024 (2.ª ed.), pp. 704 y ss., 724 y ss.

Quien mejor ha trabajado esta cuestión en España –en qué consisten estos crímenes y cómo no se regulan– es Valverde Cano⁵. Se trata de que se obligue a una persona a trabajar (trabajos forzados), o que incluso se la obligue a trabajar y a residir en un determinado lugar (servidumbre⁶), o que incluso que el trabajador y residente forzoso pase a ser «propiedad» de otra persona (el horrendo supuesto de la esclavitud⁷).

Tiene razón, por cierto, la profesora Valverde que en estos casos (desde luego en el último, la esclavitud) el enfoque del bien jurídico deja de ser prioritariamente el de los derechos laborales y pasa a tener mayor gravedad: se daña radicalmente la esencia de la persona, su dignidad, lo que quizás debería conducir a tipificarlos junto con la trata de personas en un capítulo de delitos contra el ser humano.

El Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos propone crear un nuevo capítulo rotulado «De los trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud» dentro del título VII bis (que se denominaría «De la trata de seres humanos y el sometimiento a trabajos o servicios forzosos, servidumbre o a esclavitud»). En este capítulo el nuevo artículo 177 ter diría:

«1. Será castigado como autor del delito de trabajos o servicios forzosos con la pena de prisión de cinco a ocho años, quien, ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligare a realizar cualquier trabajo o servicio, incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendicidad y la realización de actividades delictivas.

2. El que, empleando los medios descritos en el apartado anterior, determinare a una persona a habitar en un lugar, o restringiera su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien la obliga a realizar trabajos o servicios, será castigado como autor del delito de servidumbre con la pena de prisión de seis a nueve años.

3. Quien, empleando los medios a que se refiere en el apartado primero de este artículo, sometiére o mantuviere a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal, será castigado como autor de delito de esclavitud con la pena de prisión de ocho a doce años».

⁵ *Más allá de la trata: el Derecho Penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 65 y ss., 289 y ss.

⁶ Sobre el concepto de servidumbre, VALVERDE CANO, *Más allá de la trata*, pp. 117 y ss.

⁷ Sobre el concepto de esclavitud, VALVERDE CANO, *Más allá de la trata*, pp. 65 y ss.

El apartado cuarto dispondría distintas agravaciones si las condiciones de trabajo o de vida son particularmente degradantes o vejatorias, por la especial gravedad de la explotación sexual, por la puesta en peligro de la vida, salud o integridad física de la víctima, por que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad, y por prevalimiento del autor de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

III. NUESTRO DELITO DE IMPOSICIÓN GRAVE DE CONDICIONES IRREGULARES

1. El artículo 311.1.º CP

a) Nuestro artículo 311.1.º CP dice lo siguiente:

«Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Lo primero que llama la atención de este tipo penal es la desmesurada amplitud de su resultado. Un despropósito desde nuestro postulado constitucional de intervención mínima, una penalización de toda infracción laboral. Resulta que la infracción relevante no es solo la de la legislación, que contiene con amplitud e indisponibilidad las condiciones básicas y no tan básicas de trabajo y que los convenios colectivos solo pueden mejorar (y que los contratos individuales solo pueden mejorar en relación con las previstas en las dos fuentes anteriores). Resulta además que al legislador se le olvidó el adjetivo «grave» o el adverbio «gravemente» y que lejos de ello refirió el daño típico no solo a la supresión del derecho sino a la mera restricción o incluso al mero perjuicio.

b) Puede pensarse: no sea tan severo con el legislador, que siempre nos quedará París: la acotación que pueda suponer el desvalor de acción.

Lasciate ogni speranza. Es verdad que solo hay delito si ese resultado se ocasiona con «engaño o abuso de situación de necesidad». Tan verdad como que estas dos vías no limitan nada. Una, porque no se produce casi nunca (el engaño), lo que limitaría sobremanera si fuera única, y la otra, alternativa, que

anega la anterior, porque se produce casi siempre (el abuso de situación de necesidad)⁸. El trabajador o la trabajadora consiente en trabajar infralegalmente porque tiene que comer. De hecho, para darle algún sentido, la jurisprudencia ha tratado de hacer el pino distinguiendo entre situaciones de necesidad para cribar las «penales», las supuestamente más graves. Vano intento de reparar una pieza defectuosa en origen⁹.

c) Se dice que del cerdo se aprovecha todo. Pues del 311.1.º CP no se aprovecha ni la pena. ¿Qué sentido de legalidad penal, de seguridad jurídica, de autoría legislativa del castigo penal, tiene una pena (muy de moda en los últimos tiempos para los delitos económicos) que va de seis meses (poca cosa) a seis años (tanta cosa), cuya la duración del límite máximo es doce veces, doce, la del mínimo¹⁰?

d) Por no ser tan gruñón en relación con la regulación del delito de explotación laboral, por reseñar algo bueno que ha hecho el legislador en este ámbito, procede referirse a la expresa previsión de la imposición de condiciones peculiarmente gravosas en el ejercicio de la prostitución.

Uno de los problemas recurrentes a los que se ha enfrentado la jurisprudencia de los últimos lustros es el de si se podía interpretar que cabía explotación laboral en la práctica de la prostitución por cuenta ajena, un ámbito que por su propia clandestinidad es altamente propicio a la explotación personal. Pero la pregunta, decisiva para la tipicidad de la conducta, era si tal explotación es laboral.

El problema de interpretación penal residía en que se trata de una prestación no regulada de la que ni siquiera sabemos si está permitida. Que se desarrolla todavía sorprendentemente en un limbo entre su prohibición y su regulación. Y es un problema penal porque el tipo parte de la infracción de su regulación legal, colectiva o contractual. Un poco a regañadientes, el Tribunal Supremo terminó entendiendo que esa explotación era una explotación potencialmente típica de la explotación laboral del artículo 311.1.º CP¹¹. Y en estas estábamos cuando el legislador, aquí sí, hizo lo que tenía que hacer, que era tipificar expresamente una conducta muy lesiva que era en principio impune y que solo con calzador logró meterse como supuesto de explotación laboral. Desde el año 2015 el artículo 187.1 CP castiga con pena de prisión de dos a

⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Lo que sobra*, p. 40.

⁹ Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Memento Penal*, NN MM 13170 y s.

¹⁰ Al respecto, MÍNGUEZ ROSIQUE, M.: «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», en *Revista General de Derecho Penal* n.º 31, 2019, p. 25.

¹¹ Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Memento Penal*, NN MM 13177 y 13195.

cuatro años –ojo al baile de penas– y multa de doce a veinticuatro meses «a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando [a la víctima] se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas».

2. El artículo 312.2 CP

a) El artículo 311.1.º CP se complementa en su labor de lucha contra la explotación laboral con el segundo inciso del artículo 312.2 CP: merecerán unas penas prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses «quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Si los trabajadores son extranjeros sin permiso de trabajo parece conveniente agravar la pena de la explotación por la situación de alevosía en la que la misma se produce. El empleador sabe que el trabajador explotado no se quejará ni acudirá a la inspección de trabajo o a las autoridades laborales porque el trabajador sabe que perderá su trabajo y se arriesga a ser expulsado de España.

Esta loable finalidad agravatoria se consigue muy a medias. Es cierto que este tipo específico suprime la necesidad de engaño o de abuso de situación de necesidad en la conducta, pero vimos que esta última va de suyo en la explotación laboral. Y lo de que agrava la pena no lo sabemos, porque se pasa de una pena de prisión de seis meses a seis años a otra de dos a cinco años.

b) En todo caso, repárese en la baja calidad legislativa: se separan los tipos penales (del 311.1.º CP al segundo inciso del 312.2 CP), se prevé una pena rara respecto a su pena de referencia (más alta en el límite mínimo y más baja en el límite máximo) y se denomina al pobre trabajador extranjero y explotado como «súbdito», como si no se hubiera producido la Revolución Francesa.

3. Otras hierbas

a) Sigo con mis críticas al legislador. La de ahora es por los dos cuerpos extraños que aloja el 311 CP, el artículo que pretende cobijar la descripción de la explotación laboral, de la imposición de condiciones laborales gravemente irregulares. Estas dos adiciones se produjeron en los años 2013 y 2023. Son

extrañas porque no se refieren a supuestos de explotación. Una, la del delito de contratación irregular, porque lo es de un delito de competencia desleal; la otra, la del delito de camuflaje de la laboralidad, porque lo es de una especie de delito de peligro de explotación: mete al Derecho Penal a reprimir una conducta que puede favorecer la explotación.

b) El delito de contratación de trabajadores en determinado porcentaje de la plantilla sin permiso de trabajo o sin alta en la seguridad social no es un delito contra los derechos de los trabajadores sino un delito de competencia desleal:

- porque lo dice así el preámbulo de la ley que lo incorpora al Código Penal (la LO 7/2012)¹²;

- porque en otro caso no tendría sentido que se penara en función de la proporción de trabajadores irregularmente contratados (sería como penar el robo en función de lo que se podría robar: solo cuando las joyas apoderadas sean la mayoría de las de la joyería);

- porque los beneficios del sistema de seguridad social se producen aunque el empresario incumpla su obligación de alta del trabajador¹³.

c) La otra inclusión poco comprensible en el coto de la explotación laboral del artículo 311 CP es el del nuevo delito de camuflaje laboral: nada menos que hasta seis años de prisión para los que «impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa». Un tipo penal reciente fruto de un legislador irracional y populista, por mucho que lo sea frente a cierta contumacia empresarial en la irregularidad. ¿Hay un problema jurídico con el modo de contratar a los *riders*, como autónomos y no como trabajadores por cuenta ajena? Pues, como diría la Reina de Corazones de Alicia en el País de las Maravillas, «¡que les corten la cabeza!».

Vaya por delante que «ilegales» no son «perjudiciales». Si el fraude de ley existe y las condiciones laborales son gravemente perjudiciales para el

¹² Según el preámbulo de la LO 7/2012, «los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial». Debe recordarse que la Ley de Competencia Desleal (L 3/1991) considera desleal «la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería» (art. 15.3).

¹³ Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Derecho Penal económico*, p. 717.

trabajador, para eso tenemos ya nuestro delito de explotación laboral del 311.1.º CP. Y si las condiciones no son gravemente perjudiciales no hay razón para que entre el tío del mazo, que es el Derecho Penal, para andar arreglando meros fraudes de ley. Máxime cuando no está clara la ley, qué es laboral y qué no, según la Sala de lo Social del Tribunal Supremo precisamente respecto al problema de los repartidores:

«[I]a línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social [...]. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia» (STS, Pleno, 805/2020, de 25 de septiembre, FD 9.3)¹⁴.

Si ese casuismo conforma en cierto modo una cacharrería, no parece de nuevo buena idea que metamos en la misma al elefante penal.

IV. NUESTRO DELITO DE TRABAJOS FORZADOS

1. Aquí puedo ser muy breve, porque en rigor no tenemos en nuestro Código Penal un delito de trabajos forzados, ni un delito de servidumbre, ni un delito de esclavitud. Estos tres términos no aparecen para rotular ningún delito ni como contenido expreso de ningún delito. Solo para definir finalidades del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 a CP)¹⁵ y además,

¹⁴ Sobre la falta de necesidad de este precepto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Derecho Penal económico*, 721 y ss. En sentido similar, ALABAU PEREIRO, P.: «¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 31, 2024, pp. 19 y ss.; HORTAL IBARRA, J.C.: «El «delito rider» (art. 311.2.º CP): el Derecho Penal del trabajo a la carrera», en LUZÓN PEÑA, D. *et al.*, *Libro Homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, Madrid: BOE, pp. 980, 983.

¹⁵ «Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.»

en el caso de la esclavitud, como contenido del delito de lesa humanidad (art. 607 bis 2 10.º CP)¹⁶.

2. Tenemos obviamente el delito de coacciones genéricas (art. 172.1 CP). Tan obvia como insuficientemente, dada la comparación de la pena (prisión de seis meses a tres años o multa) y la gravedad de la coacción.

Sí podemos encontrar con pena suficiente (prisión de seis años y un día hasta nueve años), aunque un poco de refilón (y justo lo que no hay que hacer en Derecho Penal es tipificar de refilón por elementales razones de seguridad jurídica), el delito de trabajos forzados como delito de explotación «llevado a cabo con violencia o intimidación» (art. 311.5.º CP). Es verdad que la violencia y la intimidación se refieren a la imposición de las condiciones irregulares y no al hecho mismo de trabajar, pero no se ve muy bien cómo esto se puede disociar de lo primero. Si alguien acepta trabajar, pero en condiciones regulares, y bajo amenaza grave y creíble, le obligan a trabajar muchas horas de más y le pagan muchos euros de menos, ¿no le están forzando a trabajar?

En todo caso, obligar a alguien a trabajar es imponerle violenta o intimidatoriamente un trabajo en condiciones irregulares, pues faltaría la condición principal, que es la propia voluntad, el consentimiento, del trabajador. Cabe así decir que todo trabajo forzado es subsumible en el artículo 311.5.º CP.

V. MEJOREMOS LA TIPIFICACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN LABORAL

1. Hagamos balance de lo expuesto hasta ahora.

a) El artículo 311.1.º CP pretende combatir la explotación laboral pero lo que hace en realidad es tipificar toda irregularidad laboral y dejar que los jueces interpreten qué es realmente tan grave como para merecer el reproche penal. Es por ello un tipo poco comunicativo y demasiado delegatorio.

b) Este defecto básico se enturbia aún más con un segundo y extraño tipo, separado del anterior, para los casos en los que la víctima sea un trabaja-

¹⁶ El art. 607 bis 1 CP señala: «1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella». El art. 607 bis 2 10.º CP afirma: «2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados [...] Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas».

dor extranjero sin permiso de trabajo. También es extraña y despistante la compañía en el mismo artículo 311 CP de un delito de competencia desleal por contratación ilegal masiva y de un delito de fraude de contratación laboral.

c) No tenemos delito de esclavitud ni de servidumbre, aunque sí, un poco de tapadillo, un delito de trabajos forzados: el delito de imposición violenta o intimidatoria de condiciones irregulares de trabajo.

2. Para arreglar estos defectos propongo seis medidas legislativas, seis, para el debate.

a) La primera consistiría en un delito de explotación laboral bien construido, que al final recogería lo que en la práctica está haciendo la jurisprudencia. Sin delimitación de modalidades de acción y con severa delimitación de su resultado. Se trataría de un menoscabo grave de los derechos recogidos en la legislación laboral (y no de las mejoras de los convenios o de los contratos individuales). Además, por razones de pedagogía y de prevención, el precepto debería especificar, como ya propuso Ortubay Fuen's, que se trata de condiciones referidas al salario, jornada y vacaciones, duración del contrato, trabajo de menores, y seguro médico, de baja laboral y por desempleo.

b) La segunda medida sería una agravación moderada (mitad superior de la pena) cuando la víctima es un trabajador extranjero sin permiso de trabajo.

c) La tercera medida sería establecer un tipo agravado de explotación consistente en el trabajo forzado mediante violencia o intimidación. En relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, propongo restringir los medios a la violencia y a la intimidación, concebirlo como un delito laboral, y, por ello, en este ámbito, restringir la coacción a la actividad laboral.

d) La cuarta y la quinta medidas serían la introducción de un tipo de servidumbre y un tipo de esclavitud, tal como hace el Anteproyecto. El concepto de esclavitud debería unificarse, puesto que ya se define en el art. 607 bis 2 10.º CP como «la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque».

Estos delitos no son prioritariamente delitos contra los derechos de los trabajadores. Son delitos contra el ser humano o la dignidad humana que compondrían un capítulo diferenciado junto con la trata de seres humanos. Quizás no esté mal –sería más pedagógico y preventivo– rotularlo en función del bien

jurídico –¿delitos contra el ser humano?¹⁷– y no de la conducta delictivo (en el Anteproyecto: «De la trata de seres humanos y el sometimiento a trabajos o servicios forzosos, servidumbre o a esclavitud»).

e) La sexta medida se ha invocado reiteradamente: todos estos delitos, y todos los delitos contra los derechos de los trabajadores, deberían generar responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son potenciales delitos en los que el lucro que generan para la empresa debe ser combatido con la imposición de deberes penales de control para la misma.

¹⁷ Sobre las distintas posibilidades, VALVERDE CANO, *Más allá de la trata*, pp. 249 y ss., quien opta por el de personalidad jurídica (p. 517).

78. ESPECIALIDADES QUE PLANTEA EL DELITO DE TRATA EN CASOS DE VÍCTIMA MENOR ¹

CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN ²
Universidad Pablo de Olavide

I. INTRODUCCIÓN

En España, la trata de seres humanos fue introducida como delito autónomo por la LO 5/2010 en el art. 177 bis del Código penal ³. En su redacción actual, según este precepto comete delito de trata «el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia,

¹ La elección de este tema pretende ser un pequeño homenaje a quien considero un gran profesional y referente como docente y como persona, y se debe a que el profesor De la Cuesta ha dedicado buena parte de su actividad investigadora al estudio de la protección de los derechos fundamentales y de los derechos de las víctimas, e incluso ha escrito específicamente sobre el delito de trata: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», en *Revista brasileira de ciências criminais*, n.º 107, 2014, pp. 149-199.

² Miembro del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678), en cuyo marco se ha realizado este trabajo de investigación

³ La LO 5/2010, de 22 de junio, diferenciaba por fin dos figuras que hasta entonces estaban siendo confundidas: el tráfico ilegal, que se mantenía tras esta reforma en el art. 318 bis Cp, y la trata, que se incorporaba a un nuevo art. 177 bis Cp, dentro de un nuevo Título VII Bis. En efecto, el tráfico ilegal (*smuggling of migrants*) se refiere a la conducta de facilitar que una persona extranjera incumpla la normativa administrativa de entrada, salida o permanencia en un país, mientras que la trata de personas (*trafficking in persons* o *trafficking in human beings*) constituye un grave atentado contra la dignidad de la persona, nacional o extranjera, a la que sin su consentimiento se destina a su explotación. Sin embargo, siendo teóricamente conceptos diferentes, en la práctica se confunden fácilmente porque tienen grandes zonas en común y a menudo un mismo origen. Sobre la evolución en el tratamiento separado de ambos fenómenos en España, véase LÓPEZ PEREGRÍN, C.: «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos», en Del Carpio Delgado, J./ García Álvarez, P. (coord.): *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-124.

intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, siempre que dicha conducta se lleve a cabo con una de las finalidades recogidas en el art. 177 bis.1 Cp⁴.

Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, la trata se configuraba como un delito en el que prevalecía «la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren». Su conformación como delito contra la dignidad⁵, abarcando la trata de seres humanos, nacionales o extranjeros, interna o transnacional⁶, daba lugar, por lo demás, a una regulación mucho más coherente con la consideración internacional y comunitaria de la trata de seres humanos como una grave violación de los derechos humanos⁷.

Esta configuración inicial se ha mantenido hasta hoy, de modo que, aunque su concreta regulación en el Código penal español ha sufrido varias modificaciones después de 2010⁸, desde su introducción como delito autónomo la trata de seres humanos ha mantenido la misma estructura, basada en tres características principales: a) una conducta de control de una persona o de transferencia de una persona de un lugar a otro, o de una situación a otra; b) el uso de unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada; y c) una finalidad de explotación.

Precisamente por tener estas características, el delito de trata castiga un ataque gravísimo contra la dignidad de la persona: mediante el engaño, la amenaza, la violencia o el abuso de su situación, las personas son tratadas como mercancías que se compran y se venden para su explotación.

⁴ Finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, de explotación sexual incluyendo la pornografía, de explotación para realizar actividades delictivas, de extracción de órganos corporales o de celebración de matrimonios forzados.

⁵ Parto aquí del bien jurídico dignidad entendido como el derecho de una persona a ser tratada como tal, a no ser humillada, envilecida, tratada como una cosa.

⁶ Antes de que la reforma de 2010 diera autonomía al delito de trata, al estar configurado el tráfico de personas para la explotación sexual como un tipo cualificado del delito de tráfico *ilegal*, se subordinaba el castigo de la trata a la contravención de la normativa administrativa reguladora en materia de extranjería, de modo que era imposible castigar por este delito los casos en que se traficaba con fines de explotación sexual con nacionales o con ciudadanos comunitarios.

⁷ Sostienen expresamente que la trata constituye una violación de los derechos humanos por ejemplo el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, o el Considerando 1 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo.

⁸ En efecto, la redacción original del delito de trata ha sido modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la LO 8/2021, de 4 de junio, y la LO 13/2022, de 20 de diciembre.

Y aunque ciertamente no se trata de un fenómeno reciente, alcanza en la actualidad proporciones alarmantes, y eso al margen de que seguramente las cifras solo muestran la punta de un iceberg mucho más grande y profundo⁹.

Así, en España, según la Fiscalía General del Estado durante 2024 se han incoado un total de 181 procedimientos judiciales por delitos de trata de seres humanos¹⁰. Abarcando un periodo más amplio, según el balance estadístico del Ministerio del Interior en el periodo 2020-2024 se han detectado un total de 1.702 víctimas de trata, 49 de ellas menores de edad¹¹.

Por otro lado, a nivel internacional, y según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, entre 2020 y 2023 se constataron 202.478 víctimas de trata en el mundo¹². Y aunque los datos indican que en ese periodo las mujeres adultas seguían representando la mayoría de las víctimas (39%), en 2022 la trata de niñas alcanzaba ya el 22% del total y la de niños el 16%, es decir, que más de un tercio de las víctimas de trata eran menores de edad¹³.

Al respecto, la preocupación por la trata de menores viene de lejos. Ya el art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, exigía que los Estados parte tomaran todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias «para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma»¹⁴. Y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que complementaba la

⁹ Sobre las dificultades para obtener datos representativos de la magnitud de la trata, véase VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 95-117.

¹⁰ Fiscalía General del Estado, Memoria de 2025, Madrid, apartado 4.5.1 (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html, visitado por última vez el 01/12/2025).

¹¹ Ministerio del Interior, Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2020-2024, pp. 6, 22, 34, 38 y 42 (disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galerias/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2024/BALANCE-ESTADISTICO-TSH-2020-2024.pdf>, visitado por última vez el 01/12/2025). Para este periodo temporal, el Ministerio del Interior consigna 17 casos de trata de menores con fines de explotación sexual (p. 6), 12 casos de trata de menores con fines de explotación laboral (p. 22), 13 casos de menores con fines de matrimonio forzado (p. 34), 6 casos de trata de menores con fines de explotación delictiva (p. 38) y 1 caso de trata de menores para la mendicidad (p. 42).

¹² UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Global Report on Trafficking in Persons, Viena: United Nations Publication, 2024, p. 19 (disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/4069246?v=pdf>, visitado por última vez el 01/12/2025).

¹³ UNODC, «Global Report...», p. 15.

¹⁴ La Convención sobre los derechos del niño cuenta además con un Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (ratificado por España por instrumento de 5 de diciembre de 2001, BOE de 31 de enero de 2002), en cuyo art. 3 se insta a los Estados parte a castigar penalmente, entre otras conductas, la venta de niños (entendiendo por tal todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución), ofreciendo, entregando o aceptando por cualquier medio un niño con fines de explotación sexual del niño, de transferencia con fines de lucro de órganos del niño o de trabajo forzoso del niño.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo), mencionaba expresamente la necesidad de una atención especial a la trata de niños¹⁵. La propia Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, hacía referencia en su Considerando 8 a la mayor vulnerabilidad de los menores y el consiguiente mayor riesgo de ser víctimas de trata¹⁶ y también son abundantes las referencias a los menores en la reciente Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio¹⁷.

Obviamente, la trata de seres humanos no constituye un problema que haya de encararse exclusivamente desde el punto de vista penal, siendo recomendable un abordaje más amplio¹⁸. No obstante, este estudio se centrará en el tratamiento penal de este delito, especialmente en las cuestiones relativas a las especialidades que plantea su aplicación a los casos de trata de menores¹⁹.

II. ESPECIALIDADES DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE TRATA EN CASO DE VÍCTIMA MENOR

Como ya se ha dicho, el tipo básico del delito de trata se configura en el Código penal español en base a tres elementos esenciales: a) una conducta de control de una persona o de transferencia de una persona de un lugar a otro, o de una situación a otra; b) el uso de unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada; y c) una finalidad de explotación.

Ninguna especialidad trascendental presenta, en los casos de víctima menor, el primero de estos requisitos; y tampoco el tercero. Sin embargo, sí exige ser matizado en estos supuestos el requisito b.

¹⁵ El art. 2 de este Protocolo incluye entre sus fines: «a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños».

¹⁶ La Directiva 2011/36/UE dedica los arts. 13 a 16 específicamente a las medidas que los Estados miembros deben implementar para la asistencia, apoyo y protección a los menores víctimas de trata de seres humanos tanto durante la investigación y proceso penales, como después, a corto y largo plazo.

¹⁷ Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

¹⁸ La intervención penal es solo una forma de lucha contra la trata. La aproximación victimocéntrica a este fenómeno incluye lo que se denominan políticas «3P», en referencia a la persecución, la prevención y la protección de las víctimas. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Introducción: Acerca de la conveniencia de una ley integral para afrontar la trata y la explotación severa de seres humanos», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 29-30.

¹⁹ Para más información sobre este tema, véase LÓPEZ PEREGRÍN, C.: «Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-11, 2023, pp. 1-44.

En efecto, el delito de trata requiere en principio el uso de determinados medios comisivos, característicos de la trata en cuanto este delito exige la ausencia de consentimiento válido en la persona tratada. Desde la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dichos medios comisivos son la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima²⁰. La equiparación aquí de medios violentos o intimidatorios y otro tipo de medios comisivos tiene su razón de ser en que el bien jurídico protegido (dignidad) se ve igualmente lesionado sea cual sea la forma de sumisión que se emplee, con independencia por supuesto de que la gravedad del concreto medio comisivo usado pueda tenerse en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco penal abstracto²¹.

En cualquier caso, lo relevante es que el medio comisivo usado haya provocado que la conducta realizada lo haya sido en contra de la voluntad de la persona afectada o con un consentimiento inválido por parte de ésta. Ello incluye, claro está, tanto los supuestos en que falta el consentimiento desde el inicio, como aquéllos en que al consentimiento inicial sigue el uso de alguno de los medios comisivos de la trata²².

Cada uno de estos medios comisivos podrá ser usado, por supuesto, también con una víctima menor. Es más, en la determinación de si se ha usado o no uno de los medios comisivos mencionados en el art. 177 bis.1 Cp habrá que considerar, en su caso, la circunstancia de que se trata de una víctima menor de edad.

Así, habrá de tenerse en cuenta que la violencia o la intimidación necesarias para coaccionar o atemorizar a un menor de corta edad no será la misma que la que se requiere cuando el sujeto pasivo es un adulto²³.

Del mismo modo, si el uso de engaño presupone el empleo de estrategias capaces de crear un error en el sujeto pasivo que le lleve a aceptar una situación que determinará su sometimiento, desconociendo la víctima el significado real

²⁰ Salvo el último de estos medios comisivos, añadido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el resto se ha mantenido idéntico desde la versión original del art. 177 bis Cp hasta la actualidad.

²¹ RAMÓN RIBAS, E.: «La explotación laboral como finalidad propia del delito de trata de personas», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 443.

²² GARCÍA SEDANO, T.: *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*, Madrid: Reus, 2020, p. 28.

²³ La jurisprudencia ha admitido en este contexto todo tipo de medios coactivos o intimidatorios, incluido el uso de vudú, tanto con víctimas adultas, como menores. Específicamente sobre uso de vudú en víctimas de trata menores de edad nigerianas, véanse la STS 20 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:595); la STS 22 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1739); o la STS 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2818).

o la trascendencia para sus bienes jurídicos de aquello que acepta²⁴, no cabe olvidar que, entre otras circunstancias, la corta edad del sujeto pasivo puede tener gran repercusión en lo que puede entenderse como engaño bastante²⁵.

Igualmente, en la determinación de si ha habido o no abuso de situación de superioridad, esto es, si ha existido una posición de ventaja del sujeto activo frente al sujeto pasivo de la que se abusa²⁶, no pueden obviarse las circunstancias personales de la víctima, entre ellas, su edad²⁷, aunque, de por sí, la corta edad no puede ser el único fundamento de la situación de superioridad. Y algo similar ocurre respecto del abuso de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima: resulta imposible no tener en cuenta, en su caso, el que la víctima sea menor.

Por último, respecto del medio comisivo referido a la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, no solo es posible con víctima menor, sino que, en mi opinión, esta modalidad puede ser relevante especialmente con menores de edad, supuestos en los que no será infrecuente que sean vendidos, cedidos o alquilados por sus propios padres²⁸.

En este contexto es en el que hay que analizar la excepción relativa a los menores que prevé el apartado 2 del art. 177 bis Cp, según el cual habrá delito de trata, si se dan los demás requisitos, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios comisivos enumerados en el apartado 1, si la conducta se lleva a cabo respecto de menores de edad. En otras palabras, no es que no puedan ser usados los medios comisivos de la trata contra menores, sino que *no es necesario* que se usen para apreciar trata, lo cual es radicalmente distinto.

La precisión normativa de este apartado 2 tiene el sentido de afirmar la total ausencia de validez del consentimiento de menores de 18 años en el ámbito de la trata de seres humanos: si el consentimiento de un menor carece, de por sí, de validez, la presencia de violencia, intimidación, engaño o abuso ya

²⁴ MARTOS NÚÑEZ, J. A.: «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 32, 2012, p. 105.

²⁵ Habitualmente se entiende, en efecto, que el engaño en la trata ha de ser de tal entidad que sea idóneo para conseguir un consentimiento que de otro modo no se obtendría, por lo que objetivamente debe ser suficiente para dicha finalidad, en el sentido en que este requisito se interpreta en el delito de estafa (así, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español», en LARA AGUADO, A. (dir.): *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Cizur Menor-Navarra: Civitas, 2012, p. 398).

²⁶ LLORIA GARCÍA, P.: «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 39, 2019, pp. 380-381.

²⁷ GARCÍA SEDANO, *El delito de trata...*, p. 63.

²⁸ Aunque los hechos tuvieron lugar antes de la reforma de 2015, puede servir de ejemplo de los supuestos a los que me refiero en el texto el caso juzgado en la STS 5 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1553), relativo a una madre que vende a dos hijas menores para su explotación sexual.

no se requiere para que se dé el delito de trata²⁹. Para un sector doctrinal, ello significa que el legislador identifica al menor con una persona de por sí en situación de vulnerabilidad³⁰. Sea como sea, está claro que no puede valorarse dos veces la misma circunstancia, por lo que, si se tiene en cuenta que la víctima es menor para no exigir el uso de los medios comisivos, no cabrá luego aplicar la cualificación del apartado 4 del art. 177 bis Cp relativa a la minoría de edad de la víctima, ni la de especial vulnerabilidad en base exclusivamente a que el sujeto es menor de edad (aunque sí cabría aplicarlo por ejemplo si además de ser menor tiene una grave enfermedad física o psíquica). Veámoslo con más detenimiento.

III. PROBLEMAS DE *BIS IN IDEM* QUE PLANTEAN LOS TIPOS CUALIFICADOS DEL ART. 177 BIS.4 CP EN CASO DE VÍCTIMA MENOR

Son varios los tipos cualificados que prevé el delito de trata. Sin embargo, no voy a ocuparme aquí de las cualificaciones contenidas en los apartados 5 (prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público) y 6 (pertenencia a organización o asociación criminal) porque su aplicación no plantea especialidad ninguna para el caso de que la víctima sea menor.

Más interés presentan a los efectos de esta investigación las cualificaciones del art. 177 bis.4 Cp, según el cual se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- «a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;
- b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad;
- c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

Si concurriera más de una de estas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior».

²⁹ Y no solo es inválido el consentimiento del propio menor, sino también el de sus padres. Como indica la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863): «El consentimiento de los padres de la menor no solo es irrelevante sino que incluso podría alumbrar, acreditadas ciertas condiciones, algún tipo de responsabilidad penal» (FD Primero).

³⁰ Así parecen entenderlo, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 32, 2012, p. 240; o VILLACAMPA ESTIARTE, «El delito de trata de seres humanos», p. 400.

Los mayores problemas interpretativos de este apartado provienen precisamente del tipo cualificado por especial vulnerabilidad de la letra b).

Esta cualificación, que encuentra su fundamento en la disminución de las posibilidades de defensa de los sujetos pasivos por sus especiales características³¹, se refiere, no a que la víctima *se encuentre* en situación de vulnerabilidad, sino a que *sea* especialmente vulnerable, lo que reduce su ámbito de aplicación. A esta reducción se une la que se deriva de que el precepto se refiera a la situación *personal*³², por lo que parece deducirse que la vulnerabilidad de la víctima derivada de la situación familiar, social o económica no integraría esta cualificación³³, aunque sí podría tenerse en cuenta como medio comisivo del apartado 1.

Pero, a efectos del objeto de este trabajo, la cuestión más relevante que plantea esta cualificación es la interpretación de la mención expresa que se realiza en la letra b) al supuesto en que la víctima sea menor de edad, en la medida en que pueden darse problemas de *bis in idem*, problemas que, además, se incrementaron con la reforma de 2015, que refundió en una las hasta entonces cualificaciones independientes de minoría de edad y víctima especialmente vulnerable³⁴. Y a ello hay que añadir la previsión del art. 177 bis.2 Cp respecto de la innecesariedad del uso de uno de los medios comisivos de la trata cuando la víctima es menor.

Creo que, para solucionar los problemas a que puede conducir todo ello, es preciso distinguir varios supuestos, diferentes entre sí.

a) Casos en que la única circunstancia del apartado 4 que se da es la minoría de edad. Aquí hay que distinguir, a su vez, según se haya usado o no alguno de los medios comisivos de la trata.

En el supuesto de que no se dé ninguno de los medios comisivos, y en la medida en que en ese caso es la minoría de edad lo que permite construir el tipo básico del delito de trata, no cabrá cualificar la conducta por el aparta-

³¹ PÉREZ MACHÍO, A. I.: «La regulación penal del delito de trata de seres humanos. Hacia un enfoque basado en los Derechos Humanos», en Abel Souto, M. y otros (coord.): *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 1106.

³² En la redacción original del art. 177 bis.4, esta cualificación se refería a los casos en que la víctima fuera especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad «o situación». El añadido «personal» tuvo su origen en la reforma operada por la LO 1/2015.

³³ Críticamente con esta restricción, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El delito de trata de seres humanos», en Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 410.

³⁴ En efecto, la redacción original del art. 177 bis.4 Cp recogía como cualificaciones los casos en que: «a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad; o c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación».

do 4.b) del art. 177 bis por ser la víctima menor de edad, pues incurriríamos en *bis in idem*³⁵.

Por el contrario, si se usa alguno de los medios comisivos propios de la trata, la solución correcta será aplicar la cualificación de minoría de edad del apartado 4.b), solución que no provoca *bis in idem*, ya que aquí el tipo básico se fundamenta en el medio comisivo y la cualificación, en la menor edad³⁶.

En teoría, por tanto, la cuestión está clara. Sin embargo, en la práctica no es difícil encontrar casos de trata en que, a pesar de ser la víctima menor de edad y haberse acreditado el uso de uno de los medios comisivos, la sentencia aplica el tipo básico y no el cualificado del apartado 4³⁷. Y, a la inversa, hay sentencias en que se aplica el tipo cualificado de trata por víctima menor del apartado 4.b) sin indicar cuál es el medio comisivo que se ha usado³⁸.

³⁵ Así también, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Trata de seres humanos», en Álvarez García, F. J./González Cussac, J. L. (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 212; VILLACAMPA ESTIARTE, «El delito de trata de seres humanos», p. 411; LLORIA GARCÍA, «El delito de trata...», p. 387; DE LA MATA BARRANCO, N./PÉREZ MACHÍO, A. I./BERASALUCE GERRIKAGOITIA, L.: «La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad», en Pérez Machío, A. I./De la Mata Barranco, N. (dir.): *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 496-497; GARCÍA SEDANO, *El delito de trata...*, p. 121; PÉREZ MACHÍO, «La regulación penal...», p. 1105; o MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 25.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 206. En este sentido se manifiesta también, por ejemplo, la STS 19 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2863), FD Segundo.

³⁶ Así también, entre otros, LLORIA GARCÍA, «El delito de trata...», p. 387; o PÉREZ MACHÍO, «La regulación penal...», p. 1105. Para DE LA MATA/PÉREZ/BERASALUCE («La trata de seres humanos...», pp. 497-498), por el contrario, la posibilidad de aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b) en caso de trata de menores solo sería admisible si se usan determinados medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, o entrega o recepción de pagos o beneficios), pero no cuando el menor es engañado, caso en que los citados autores entienden que no se da un mayor desvalor de acción o de resultado, en la medida en que en su opinión el engaño «es una circunstancia que emerge automáticamente frente a sujetos menores de edad» (DE LA MATA/ PÉREZ/BERASALUCE, «La trata de seres humanos...», p. 498), por lo que habría que aplicar el tipo básico. No puedo compartir esa opinión, pues no encuentro ningún fundamento legal para distinguir entre unos medios comisivos y otros. Y tampoco la comparte la jurisprudencia, que aplica el tipo cualificado del apartado 4.b) a los supuestos de trata de menores cuando se usa (sin distinción) cualquiera de los medios comisivos de la trata. Véanse al respecto, por ejemplo, la STS 20 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1011) y la STS 24 julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572), ambas en casos de captación de menor con engaño para su explotación sexual; o la STS 22 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1739), que fundamenta la trata en el engaño y la coacción a la menor, y el tipo cualificado en la minoría de edad.

³⁷ Véanse, por ejemplo, la STS 27 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3061), en la que se apreció engaño y coacción a la menor; la STS 20 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:595), en la que se dio por probada la intimidación con vudú a la menor; la STS 9 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380), en la que se apreció engaño a la menor –caso de *lover boy*–; o la STS 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542), también con uso de engaño.

³⁸ Véase, por ejemplo, la STS 5 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1553), en un supuesto en que una madre vende a sus hijas menores en un momento anterior a la reforma que introdujo como medio comisivo la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posee el control sobre la víctima.

b) Casos en los que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y de puesta en peligro de la vida o integridad.

En coherencia con lo anterior, en estos supuestos habrá de aplicarse la cualificación simple del apartado 4, párrafo primero, letra a) en base al peligro cuando, por no darse ninguno de los medios comisivos, el tipo básico del delito de trata se basa en la minoría de edad.

Pero si, por el contrario, se usa alguno de los medios comisivos mencionados en el apartado 1, se aplicará la doble cualificación del segundo párrafo del apartado 4 en base a la existencia de peligro (4.a) y a la minoría de edad (4.b).

c) Casos en que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y especial vulnerabilidad.

Me refiero aquí al supuesto en que el menor es especialmente vulnerable por alguna razón *que no sea su edad*, pues, obviamente, si la única razón para fundamentar la especial vulnerabilidad del menor es la edad, la vulnerabilidad no podrá tenerse en cuenta de nuevo ni como tipo cualificado del apartado 4, ni como agravante genérica. Y lo mismo ocurrirá en el caso de víctimas adultas especialmente vulnerables si el abuso de vulnerabilidad es el único medio comisivo utilizado³⁹.

Si la víctima es un menor especialmente vulnerable (por ejemplo, por una grave discapacidad) y no se ha usado ninguno de los medios comisivos de la trata, creo que habrá que aplicar el tipo cualificado del apartado 4.b). En efecto, aunque ambas circunstancias (minoría de edad y víctima especialmente vulnerable) se incluyan como alternativas en la letra b) del apartado 4, no creo que haya *bis in idem* si se fundamenta, como en este caso, el tipo básico en la minoría de edad (que no requiere vulnerabilidad, sino una concreta y objetiva edad cronológica) y se aplica el tipo cualificado en base a la especial vulnerabilidad⁴⁰.

Y a la misma solución habrá que llegar también en el caso (sin embargo, más grave) en que la víctima es un menor especialmente vulnerable (por ejemplo, por una grave discapacidad) y además se ha usado alguno de los medios comisivos propios de la trata (por ejemplo, la intimidación). Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, el tipo básico se basaría en el uso de medios comisivos específicos, pero no cabría aplicar la doble cualificación del

³⁹ Así también TERRADILLOS BASOCO, «Trata...», p. 212; GARCÍA SEDANO, *El delito de trata...*, p. 117; PÉREZ MACHÍO, «La regulación penal...», p. 1106; o MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 206.

⁴⁰ Algunos autores van más allá y han sostenido que cabe también aplicar el tipo cualificado del apartado 4 cuando, aunque no haya otra situación en la que basar la vulnerabilidad, se trate de un menor de muy corta edad, por entender que en este caso sí hay un mayor injusto que justifica la cualificación. Así, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE, «El delito de trata de seres humanos», p. 411; o DE LA MATA/ PÉREZ/ BERALALUCE, «La trata de seres humanos...», p. 497.

segundo párrafo del apartado 4 por encontrarse la especial vulnerabilidad y la minoría de edad en la misma letra b). Para abarcar todo el desvalor del supuesto habría entonces que aplicar la cualificación simple en base a una de las dos circunstancias (por ejemplo, la minoría de edad) y reconducir la otra a una agravante genérica (teniendo en cuenta en este caso el abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima como agravante genérica de abuso de superioridad) o bien aplicar un concurso entre trata y otro delito independiente (por ejemplo, amenazas si se usó intimidación).

d) Casos en que, del apartado 4, se dan las circunstancias de minoría de edad y de persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria⁴¹.

En principio, y dado que ambas circunstancias son totalmente compatibles, la solución es relativamente fácil: si se ha usado uno de los medios comisivos de la trata, se aplicaría la doble cualificación del segundo párrafo del apartado 4 en base a la concurrencia de dos cualificaciones del primer párrafo: minoría de edad (b) y la nueva cualificación (c); por el contrario, si no se ha usado ningún medio comisivo de la trata, el tipo básico de la trata se fundamentaría en la menor edad y se aplicaría la cualificación simple en base a la cualificación de la letra c).

Sin embargo, el problema procede (y no es exclusivo de la trata de menores) de lo complejo de determinar la relación entre esta nueva cualificación y la de especial vulnerabilidad por la situación personal que se recoge ya en la letra b) del primer párrafo del apartado 4 junto a la de menor edad. La cuestión que cabría preguntarse entonces es si en un caso de trata de menores es posible aplicar la doble cualificación del párrafo segundo del apartado 4 en base a la especial vulnerabilidad (b) y a la vulnerabilidad originada/agravada por conflicto armado o catástrofe humanitaria (c), o ello conllevaría *bis in idem*⁴².

En mi opinión, ello solo es posible en el caso en que la víctima menor es especialmente vulnerable por alguna razón que no sea su menor edad (por ejemplo, por tener una grave discapacidad psíquica) y su situación de vulnerabilidad se ve *agravada* por el desplazamiento derivado de un conflicto armado

⁴¹ Esta última cualificación fue añadida por la LO 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, y está vinculada, como indica la propia Exposición de Motivos de la ley de reforma, a la situación provocada por la invasión del territorio de Ucrania por tropas de la Federación de Rusia.

⁴² El problema se plantea cuando no se ha usado ninguno de los medios comisivos de la trata, pues si se hubiera usado alguno (por ejemplo, intimidación), ya sería posible aplicar la doble cualificación en base a la minoría de edad (b) y la nueva circunstancia (c).

o una catástrofe humanitaria, en cuyo caso cabría fundamentar el tipo básico en la minoría de edad, cualificar por víctima vulnerable en base a la letra b) y cualificar de nuevo por la letra c) en base al segundo párrafo del apartado 4.

Sin embargo, si la víctima *no es* vulnerable, sino que su situación de vulnerabilidad *es originada* por el desplazamiento provocado por el conflicto bélico o la catástrofe humanitaria, a pesar de la dicción legal (que se refiere no solo a los casos en que dicho desplazamiento agrava la situación de vulnerabilidad, sino también a los casos en que la causa), no veo cómo cabría aplicar la doble cualificación sin dar lugar a *bis in idem*.

La casuística es, pues, evidente. Por ello, cabe concluir que, siempre que la víctima de trata sea menor de edad, será necesario que la sentencia especifique si se ha usado o no uno de los medios comisivos de la trata (indicando en su caso cuál o cuáles) y, caso de aplicarse alguna de las cualificaciones del apartado 4, que argumente por qué es posible aplicar dicha cualificación sin vulnerar el *bis in idem*.

79. NOTE CRITICHE AL DDL SUL DELITTO DI VIOLENZA SESSUALE: IN PARTICOLARE, CONSENSO O DISSENSO? *

ADELMO MANNA

Prof. Emerito di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Foggia

I. INTRODUZIONE: CONSENSO O DISSENSO?

Come è noto, il DDL sulla violenza sessuale, frutto di un accordo bipartisan tra la premier, on. Giorgia Meloni, e la segretaria del PD, on. Elly Schlein, si è concretizzato, da parte dell'on. Maria Carolina Varchi (FdI) e dell'on. Michela Di Biase (PD-IDP), nella formula del «consenso libero ed attuale». Il DDL in tale formulazione è stato approvato all'unanimità dalla Camera dei deputati, ma è stato fermato, per necessità di ulteriori approfondimenti, dalla presidente della Commissione Giustizia del Senato, sen. avv. Giulia Bongiorno¹.

^(*) Testo, con l'aggiunta delle note, del contributo per la Commissione Diritto Penale del COA di Roma, presieduta dal cons. avv. Irma Conti, per un'eventuale audizione in Commissione Giustizia del Senato, sugli aspetti più rilevanti e le possibili modifiche al DDL sul delitto di violenza sessuale. *Cfr.*, anche, *L'Indice penale*, n. 1/26.

¹ A questo proposito dagli organi di stampa si apprende come in Commissione Giustizia del Senato si lavori al fine di diversificare le sanzioni creando nuove aggravanti contro gli abusi sessuali e aumentando le pene per altre forme di violenza correlata come la somministrazione di sostanze che alterano lo stato delle vittime manipolandone il consenso, a partire dal Ghb, la droga dello stupro. Altra preoccupazione del Governo è che la legge non entri in contrasto con la presunzione di innocenza dell'accusato –prevista dall'art. 27, comma 2, Cost., ed in modo ancora più chiaro dall'art. 6, comma 2, della Cedu– e non lasci spazio alla libera interpretazione dei giudici. Ulteriore perplessità riguarda l'uso, rispetto al consenso, del termine «attuale», in quanto per taluni sarebbe fuorviante. La legge dovrebbe arrivare in aula a fine gennaio, ma non dovrebbe vedere la luce prima di febbraio 2026: cfr. V. GIANNOLI, *DDL stupro, avanti piano - Posizioni ancora distanti sul «consenso attuale»*, in *la Repubblica*, 28 novembre 2025, p. 11.

In primo luogo, si è rilevato come il concetto di «consenso libero ed attuale», che, peraltro, si uniforma sia ai voti di attenta dottrina espressi già prima della riforma del 1996², sia alla tendenza giurisprudenziale in atto, che ormai da tempo ha abolito implicitamente i requisiti della violenza e della minaccia³, nonché risulta conforme alla Convenzione di Istanbul⁴, conterrebbe però in sé un rischio, ovverosia quello di una inversione dell'*onus probandi* e conseguentemente, una possibile lesione della presunzione di innocenza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost.⁵

È pur vero che il requisito relativo al consenso libero ed attuale viene mutuato dalla legge spagnola, ovverosia la *Ley Orgánica* 10/2022 del 6 settembre «*de garantía integral de la libertad sexual*», frutto di un accordo tra il Partito socialista e *Unidas Podemos*, che infatti, nei lavori preparatori, ha sintetizzato la problematica con l'inciso «sì/sì no/no»⁶.

² Cfr. T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *RIDPP*, 1989, pp. 1301 ss.; e in *Studi in memorie di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, II, pp. 127 ss.

³ Cfr. C. PAGELLA, *Sub art. 609 bis*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (dir. da), *Codice penale commentato*, 5.^a, Milano, 2021, III, Art. 452 bis - 649 bis, pp. 1662 ss. e, quivi, 11673, con particolare riguardo al requisito della violenza.

⁴ Ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77, su cui cfr. G. BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013. Detta Convenzione, infatti, all'art. 36, comma 1, obbliga le parti ad adottare «Misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo». Ed il comma 2 del medesimo articolo specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Cfr. B. ROMANO, *Note scritte del prof. avv. B. Romano all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso*, in *Penale - Diritto e Procedura*, 9.12.2025.

⁵ In senso parzialmente analogo, cfr., in dottrina, E. AMATI, *La metamorfosi della violenza sessuale e del diritto penale liberale*, in *dirittodidifesa.eu*, 2025, spec. p. 4 ss.; tanto è vero che nel documento della Giunta dell'Ucpi sul DDL 1715, ci si orienta più per il modello di origine tedesca (§ 177 StGB) incentrato sul dissenso, piuttosto che su quello basato sul consenso «libero e attuale»: cfr. *Violenza sessuale e consenso: le osservazioni dell'Unione Camere Penali Italiane al disegno di legge*, in *Sistema Penale*, 5 dicembre 2025, spec. p. 5. Sul modello tedesco cfr. M.L. MATTEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili del consenso della vittima*, in *disCrimen*, 2 dicembre 2020; nonché F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e «tolleranza zero» verso le molestie sessuali tra diritto penale e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2026, p. 27 ss.

⁶ Sia consentito, in argomento, il rinvio ad A. MANNA, «Repressione è civiltà»? a proposito di violenza sessuale, femminicidi e ruoli del diritto penale, in A. BONDI - G. MARRA - R. PALAVERA (a cura di), *Il diritto penale tra teoria e prassi*, Urbino University Press, 2024, p. 275 ss. e, quivi, p. 289 ss.; I. MERENDA, *La «Ley del «Solo sí es sí»: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Arch. Pen.*, 2024, n. 1; Y.R. AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la confusión típica a la problemática de discriminación judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas*, in *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, 2023, p. 37. Su analoga falsariga si è posta la Francia, dopo il caso *Pélicot*, con la legge n. 2025-1057 del 6 novembre 2025 (art. 222-22 c.p.) in argomento, B. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

Ciò nonostante, il concetto di consenso libero ed attuale, tenendo anche conto della legislazione spagnola cui evidentemente ci si è ispirati, mette in primo piano la dichiarazione della supposta persona offesa e, quindi, può sussistere il fondato rischio di un'inversione dell'*onus probandi*⁷. Per questa ragione, pur se non appare condivisibile l'altro estremo e, cioè, quello di introdurre il concetto di «costrizione»⁸, in quanto troppo simile ai requisiti, ormai superati, della violenza e della minaccia, appare preferibile una via mediana, rappresentata dalla legislazione in materia della Germania, ove, infatti, si è usato il requisito del «dissenso»⁹. A questo proposito, per rendere tale requisito non solo estraneo all'inversione dell'*onus probandi*, ma anche più conforme al principio di tipicità, come corollario della stretta legalità, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., si ritiene preferibile aggiungere al concetto di «dissenso» l'aggettivo «manifesto», che significa, evidentemente, non solo espresso, ma anche tacito, dovuto, cioè, a c.d. *facta concludentia*.

II. IL CONCETTO DI «ATTI SESSUALI»

Si pone anche il problema della non facile definizione del concetto di «atti sessuali», che certamente non possono derivare soltanto dalle circostanze del caso concreto, perché, se così avvenisse, si rischierebbe di confliggere con il principio di stretta legalità¹⁰.

Riteniamo, quindi, preferibile cercare di offrire una definizione c.d. generale ed astratta al concetto di atti sessuali, facendo riferimento al requisito,

⁷ Sul tema, da ultimo, B. ROMANO, *op. cit.*, p. 5; L'ANM ritiene invece che non sussista tale rischio di inversione dell'*onus probandi*: cfr. la Relazione dell'ANM sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2025, spec. p. 7, ove si afferma che «non pare invece fondato il timore, espresso da più parti, di un ribaltamento dell'onere della prova».

⁸ Così, invece, la collega Marta BERTOLINO in L. ZILLETTI, *Corsa all'incriminazione. Parla Marta Bertolino*, in AA.VV., *Violenza sessuale e diritto di difesa. Contributi per una seria riflessione sulla riforma*, in *PQM Riformista*, 29 novembre 2025, pp. 1-2.

⁹ Introdotto con la nuova disciplina dei «delitti contro la libertà sessuale» (§§ 174 ss.), entrata in vigore il 10 novembre 2016. Per un interessante sguardo comparatistico e sovranazionale cfr. anche A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello consensuale*, in *Sistema penale*, 9 dicembre 2025; si è orientato in senso analogo anche l'Organismo Congressuale Forense, nell'audizione in Senato dello scorso 3 dicembre: cfr. *Violenza sessuale e consenso: il testo dell'audizione dell'Organismo Congressuale Forense*, in *Sistema penale*, 10 dicembre 2025, spec. p. 3.

¹⁰ Ritiene, invece, in senso parzialmente diverso, come «debba venire in evidenza, in una valutazione complessiva del fatto oggetto del giudizio, anche la potenziale suscettibilità erotica del soggetto attivo, assieme all'oggettiva natura sessuale dell'atto in sé considerato», G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, II, 505; nonché, più ampiamente, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, II, I, *I delitti contro la persona*, 5.^a, Bologna, 2020, p. 318.

sostenuto da Alberto Cadoppi¹¹, relativo al contatto fra zone erogene e ciò risulterebbe molto importante anche per un'ulteriore ragione, che verrà qui di seguito analizzata.

III. IL DELITTO DI MOLESTIE SESSUALI

La sen. avv. Giulia Bongiorno, infatti, ha proposto la sostituzione dell'attenuante dei fatti di minori gravità, indubbiamente del tutto indeterminata, con una fattispecie autonoma, relativa al delitto di «molestie sessuali». Tale proposta risulta, a nostro avviso, condivisibile, a condizione, però, che si dia un contenuto al delitto di molestie sessuali, che potrebbe consistere proprio in quegli atti dove non sussiste un contatto reciproco tra zone erogene, come, ad esempio, quello relativo ad una pacca sul sedere di una donna da parte di un essere umano, oppure quei casi, ricavabili dalla giurisprudenza, come il bacio rubato sul collo¹², *aut similia*.

IV. IL NECESSARIO RIEQUILIBRIO DI CARATTERE SANZIONATORIO E LA SUPERFLUITÀ INVECE SIA DI NUOVE IPOTESI CRIMINOSE, CHE DI CIRCOSTANZE AGGRAVANTI AD HOC

Si propone, altresì, sempre da parte della sen. avv. Giulia Bongiorno, di diversificare le pene, anche perché nel progetto Varchi-Di Biase il primo comma dell'art. 609 *bis* viene fatto seguire dagli ulteriori commi dello stesso articolo, senza un'adeguata differenziazione a livello sanzionatorio, tenendo conto che sono ipotesi, soprattutto quella di cui all'art. 609 *bis*, comma 2, n. 1, sicuramente più grave, cioè quella relativa all'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto. A questo proposito, non sembra necessario introdurre una fattispecie *ad hoc*, relativa alla somministrazione di sostanze che alterano lo stato delle vittime manipolandone il consenso, a partire dal *Ghb*, cioè l'acido γ -idrossibutirrico, ovvero sia la droga dello stupro. Siamo, infatti, dell'avviso come non sia necessario

¹¹ A. CADOPPI, *Commento all'art. 3*, in ID (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, pp. 35 ss.

¹² Cfr. G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio», etc. cit.*; da ultimo, in argomento, cfr. M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica. Recenti proposte di legge in materia di violenza sessuale, freezing e femminicidio*, in *Cass. pen.*, 2025, 3782 ss.

introdurre una fattispecie *ad hoc* perché quest'ultima ipotesi appare potersi far rientrare proprio nell'art. 609 *bis*, comma 2, n. 1, ovverosia le condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto, che, infatti, possono essere chiaramente determinate anche dalla somministrazione del *Ghb*.

V. CONCLUSIONI

In conclusione, secondo le proposte che abbiamo elaborato sinora, siamo dell'avviso che, se accolte, la conseguente legge non entrerebbe affatto in contrasto con la presunzione di innocenza dell'accusato e nemmeno si lascerebbe spazio alla c.d. giurisprudenza gius-creativa, in quanto abbiamo sia fornito una definizione al concetto di atti sessuali, che proposto l'introduzione del delitto di molestie sessuali, il cui preciso contenuto, anche sotto tale profilo, non sembra affatto lasciar spazio alla c.d. libera interpretazione dei giudici, che costituisce una delle preoccupazioni dell'attuale legislatore.

Infine, quanto all'uso del termine «attuale» applicato al consenso, che da parte di taluni si ritiene fuorviante, riteniamo che il problema venga superato laddove si intenda utilizzare il diverso e più preciso concetto di dissenso manifesto, sulla falsariga della legge tedesca sulla violenza sessuale.

In sintesi, ci sembra, quindi, di aver toccato tutti i punti che il legislatore vorrebbe approfondire e/o modificare nel DDL sulla violenza sessuale, anche se siamo francamente contrari alla introduzione di ulteriori aggravanti, visto che sono già previste ampiamente dal successivo articolo 609 *ter* c.p.

Ci auguriamo, infine, di essere stati utili, non solo per il lettore, ma anche per un'eventuale audizione, da parte del COA di Roma, alla Commissione Giustizia del Senato, che speriamo possa concretamente avvenire¹³.

¹³ Va, infine, rilevato come la sen. avv. Giulia Bongiorno abbia, in Commissione Giustizia del Senato, di cui è presidente, modificato il testo del delitto di violenza sessuale, in particolare sostituendo alla definizione originaria di consenso «libero e attuale», con la dizione «consenso *riconoscibile*», in tal modo, evidentemente, cercando da un lato di precisare meglio l'elemento costitutivo del consenso e dall'altro evitando il rischio della c.d. inversione dell'*onus probandi*: V. GIANNOLI, *Consenso «riconoscibile» Bongiorno corregge il ddl contro gli stupri*, in *la Repubblica*, 8.1.2026, p. 24; tuttavia, in senso critico, la presidente di *Differenza donna*, E. ERCOLI, «Un passo indietro che danneggerà la parte offesa. Il sì può cambiare», in *ibid.*, *loc. ult. cit.* Ad ogni buon conto, il ddl dovrebbe andare in aula al Senato il prossimo 10 febbraio 2026. Da ultimo, cfr., in argomento, A. CADOPPI, *Violenza sessuale e «riconoscibile» mancanza di consenso. Brevi spunti per una redazione della norma in linea con gli obiettivi politici condivisi*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2026.

80. ACCESOS INDEBIDOS A HISTORIA CLÍNICA Y TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DEL PACIENTE EN EL CONTEXTO DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS DE SALUD

ANA MENÉNDEZ PÉREZ

Investigadora predoctoral del GI-CISJANT

Departamento de Derecho Público

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea (EHU)

Miembro de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano

I. INTRODUCCIÓN

La Historia clínica constituye el soporte documental fundamental de la relación asistencial, configurada como un compendio de datos de salud que, conforme al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹, integra una categoría especial de datos sujeta a un régimen de protección reforzada², reiterado en el ordenamiento interno por la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)³. Esta especial sensibilidad impone estrictas garantías en su tratamiento. El acceso por parte de los profesionales sanitarios se legitima por la potestad asistencial y el

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

² Artículo 9. La historia clínica contiene, datos de carácter personal y, en particular, datos de salud, que el RGPD lo califica como categoría especial de datos a los que confiere especial protección.

³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Dicha ley reitera dicha protección (art. 15), imponiendo un marco reforzado de garantías para su tratamiento.

ejercicio de sus funciones, siendo la historia clínica un instrumento indispensable para la correcta prestación sanitaria, permitiendo el conocimiento de antecedentes, diagnósticos y tratamientos.

No obstante, la práctica asistencial evidencia un riesgo persistente para la confidencialidad de estos datos: el acceso indebido por personal sanitario sin vinculación asistencial, frecuentemente motivado por la mera curiosidad. Esta conducta vulnera el principio básico de la relación médico-paciente y erosiona la confianza de los ciudadanos en el sistema sanitario público⁴. Frente a ello, el ordenamiento jurídico español ha recurrido al derecho penal, tipificando el acceso ilegítimo a datos reservados de carácter personal en el artículo 197.2 del Código penal (CP), precepto aplicado de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los supuestos de intromisión en la historia clínica. Sin embargo, la opacidad de los sistemas de acceso ha dificultado en ocasiones la detección e identificación del autor, generando problemas de perseguibilidad e incluso espacios de impunidad.

El presente capítulo se inserta en el contexto de transformación normativa impulsado por la aprobación del Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud (REEDS)⁵, que introduce un modelo basado en la transparencia y la trazabilidad de los accesos a los datos de salud. Desde esta perspectiva, se analiza su impacto en la configuración y aplicación del delito de acceso indebido a la historia clínica, en particular en lo relativo a la detección de la injerencia y a la atribución de responsabilidad penal conforme al artículo 197.2 CP.

II. ACCESO POR PARTE DE PROFESIONALES SANITARIOS A LA HC

El acceso por parte de los profesionales sanitarios a la historia clínica se encuentra delimitado por la Ley de autonomía del paciente⁶ (LAP), debiendo estar amparado por una de las finalidades legalmente previstas. Su legitimidad se articula en torno a dos principios: la vinculación asistencial y la proporcionalidad. Conforme al primero, el acceso solo resulta legítimo cuando responde a una finalidad estrictamente asistencial, esto es, cuando el profesional inter-

⁴ CASANOVA ASENCIO, A.S. «Mecanismos de prevención del acceso indebido a la historia clínica por parte del personal sanitario y nueva legislación de protección de datos». *Bioderecho.es: revista del Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud*, núm. 7, 2018.

⁵ Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.

⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

viene en el diagnóstico o tratamiento de un paciente concreto⁷, tal y como se desprende del artículo 16.1. LAP, que define la historia clínica como «un instrumento destinado a garantizar una asistencia adecuada». El principio de proporcionalidad, en coherencia con el principio de minimización de datos del artículo 5.1.c RGPD, exige que el acceso se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad asistencial concreta⁸. Todo acceso que exceda de estos límites deberá calificarse como injustificado, salvo que se encuentre amparado por alguna de las restantes finalidades previstas en el art. 16 LAP⁹, previsión que a su vez debe ponerse en relación con el artículo 7.1 de la misma ley¹⁰. De este marco normativo se desprende que no todos los profesionales del centro, ni siquiera todos los facultativos, pueden acceder libremente a cualquier historia clínica, sino únicamente a la de los pacientes respecto de los cuales existe una intervención asistencial directa¹¹.

La efectividad de estos principios exige la implantación de mecanismos de control adecuados¹². La LAP atribuye a los centros sanitarios la responsabilidad de establecer los métodos que posibiliten el acceso a la historia clínica¹³, lo que conlleva la adopción de medidas técnicas y organizativas de seguridad. Ello se complementa con la potestad de las comunidades autónomas de

⁷ En este sentido Sánchez-Caro y Abellán, Fernando sostienen que el acceso de los profesionales asistenciales a la historia clínica no constituye solo una facultad, sino una auténtica obligación funcional, en cuanto resulta imprescindible para garantizar una adecuada atención sanitaria. SÁNCHEZ CARO, J/ABELLÁN, F. «Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos». *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida*. Comares. Granada, 2002. p. 73.

⁸ SÁNCHEZ CARO, J. «La historia clínica electrónica gallega: un paso importante en la gestión del conocimiento». *Revista Derecho y Salud*, vol. 18, n.º 1. Enero-junio 2009. pp. 57-85.

⁹ Entre ellas, se encuentran la finalidad asistencial (art. 16.1), el acceso con fines de investigación, docencia, epidemiología, de salud pública o judiciales (art. 16.3) así como el acceso con fines de inspección, evaluación, acreditación y planificación (art. 16.5). Además, tanto en esta como en otras normas se prevén supuestos excepcionales en los que terceros ajenos al ámbito sanitario pueden acceder a los datos de salud (art. 9.2 RGPD y art. 18.4 LAP), junto con el propio derecho del interesado a acceder a su historia clínica (art. 15 RGPD, art. 13 LOPDGDD y art. 18 LAP). *Vid.* CASANOVA ASENSIO, Andrea Salud. «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias». *Indret*. Barcelona, abril, 2019. p. 7.

¹⁰ Que prohíbe el acceso a los datos de salud sin la correspondiente habilitación legal.

¹¹ *Vid.* COLIO GUTIÉRREZ, N. «Accesos ilegítimos a la historia clínica. La posición de los tribunales». Vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso 2017. *Comunicaciones*. pp. 128-134. <https://share.google/wJZBc6RCcImIb607c>. SARRATO MARTÍNEZ, Luis. «El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías». *Revista jurídica de Castilla y León. Derecho administrativo*. n.º 17, Enero 2009. p. 193. JUDEZ GUTIÉRREZ, F.J/NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *et al.* «La confidencialidad en la práctica clínica. Historia clínica y gestión automatizada». *Medicina clínica*, Vol. 118, n.º 1 (enero), 2002, pp. 18-37.

¹² Esta obligación se fundamenta en el principio de responsabilidad proactiva propio de la normativa de protección de datos. Conforme a los artículos 24 y 25 del RGPD, el responsable del tratamiento debe integrar, desde el diseño y por defecto, medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar la protección de los datos personales, ajustándolas a los riesgos específicos de cada tratamiento. Véase: CASANOVA ASENSIO, *op.cit.* («Mecanismos de prevención...»).

¹³ Art. 16.2 LAP.

regular el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso¹⁴. En este contexto, el RGPD y la LOPDGDD, sobre la base del principio de responsabilidad proactiva, imponen la adopción de medidas adecuadas a los riesgos del tratamiento desde el diseño y por defecto, exigencias que se intensifican tratándose de datos de salud.

Entre las medidas destacadas por la práctica sanitaria y la doctrina¹⁵ se encuentran la formación específica del personal en materia de protección de datos y deber de confidencialidad, la implantación de protocolos de acceso conforme al art. 17.6 LAP, sistemas de identificación individualizada, accesos modulados en función de la vinculación asistencial y de las funciones desempeñadas¹⁶, así como registros de acceso y auditorías periódicas. A ello se añade la posibilidad de establecer niveles reforzados de custodia o bloqueo de determinados datos en supuestos especialmente sensibles¹⁷, opción que ha sido incorporada expresamente por el REEDS.

Un elemento adicional de control lo constituye la intervención del propio paciente. El proyecto de Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud (HCDSNS) ha configurado al paciente como «auditor externo»¹⁸, al permitirle detectar, al menos a posteriori, posibles accesos indebidos, con una función tanto reparadora como preventiva. Este papel se ve notablemente reforzado por el REEDS, que introduce un cambio de paradigma al armonizar a nivel europeo el régimen de acceso a la historia clínica. El Reglamento consolida los principios de vinculación asistencial, la proporcionalidad y la limitación de la finalidad, configurando en su artículo 11 un sistema de acceso seguro, interoperable y transfronterizo, que garantiza la trazabilidad mediante sistemas de identificación electrónica. El reglamento confiere además a los estados miembros la potestad de determinar qué profesionales pueden acceder

¹⁴ Art. 16.7 LAP. Asimismo, el artículo 14 LAP atribuye a los centros sanitarios la responsabilidad de garantizar el archivo seguro de las historias clínicas, con independencia de su soporte y formato e impone a las comunidades autónomas el deber de aprobar disposiciones que aseguren la adopción de medidas técnicas y organizativas adecuadas para su archivo y protección. La realidad es que los sistemas aplicados son distintos y en diferente estado de desarrollo; siendo en palabras de Gómez Piqueras deseable que fuesen unificados. GÓMEZ PIQUERAS, C. «La historia clínica. Aspectos conflictivos resueltos por la Agencia Española de Protección de Datos», en *El Derecho a la Protección de Datos en la Historia Clínica y la Receta Electrónica*, CÁLIZ, R. (coord.), et al., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009. p. 134.

¹⁵ Véase: CASANOVA ASENSIO, *op.cit.* («Mecanismos de prevención...»).

¹⁶ Tener en cuenta la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesionales sanitarios distingue: entre profesiones sanitarias reguladas y profesionales del área sanitaria en formación profesional, no disponiendo ambos de los mismo poder de acceso.

¹⁷ Encontraría su apoyo en el Informe 0054/2010 de la AEPD.

¹⁸ Véase: ETREROS HUERTA, J., et al., «El sistema historia clínica digital del Sistema Nacional de Salud. Accesibilidad y protección de la información como elementos clave». En *Derecho y Salud*, vol. 18, n.º 1, Asociación de Juristas de la Salud, 2009.

a qué categorías de datos, y reconoce al paciente la facultad de limitar el acceso a determinados datos conforme al artículo 8, salvo en situaciones excepcionales vinculadas a la protección de intereses vitales¹⁹. Como novedad relevante, el REEDS amplía el alcance del derecho de acceso del paciente a sus datos de salud al reconocer expresamente la facultad de conocer, mediante notificaciones automáticas, cualquier acceso que se haya realizado a sus datos en el contexto de asistencia sanitaria²⁰, identificando al prestador o profesional²¹, la fecha, la hora y los datos consultados²², lo que convierte al paciente, como ha señalado la doctrina, en un verdadero custodio y auditor de sus propios derechos sanitarios, integrándolo en la estrategia de seguridad del sistema²³. El acceso, por tanto cumple también una finalidad informativa, permitiendo que el propio paciente verifique o «autoinforme» sobre el uso de sus datos²⁴. Esta novedad respecto a la regulación anterior, da respuesta a la controversia recurrente sobre el alcance del derecho de acceso del paciente²⁵.

III. RELEVANCIA PENAL DEL ACCESO INDEBIDO: EL ARTÍCULO 197.2 DEL CÓDIGO PENAL

Bajo la rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», el título X del libro II del Código Penal contiene los tipos penales esenciales para la protección de los datos sensibles

¹⁹ Art. 11.5 REEDS.

²⁰ Conviene destacar que el precepto limita este derecho a los accesos realizados en el «contexto de asistencia sanitaria», una expresión problemática en relación con los accesos indebidos, pues plantea dudas sobre su aplicación cuando un profesional consulta datos sin vinculación asistencial efectiva. Habría sido más adecuado emplear una referencia expresa a la ausencia de dicha vinculación en el acceso concreto. CASANOVA ASENCIO, A.S. *Espacio europeo de datos sanitarios, uso primario y autonomía del paciente, en Los datos de salud como eje de la transformación digital de la sanidad*, Andreu Martínez, M.ª B (dir). Casanovasencio, A.S (coord.); Sánchez García, A. (coord.). Ed. Comares, Granada, 2023. p. 130.

²¹ Hay que tener presente que, cualquier acceso en la historia clínica deja una huella digital, y que los profesionales sanitarios que registren o consulten los datos deben identificarse y firmar electrónicamente sus actuaciones, reforzando la responsabilidad y trazabilidad.

²² Vid. JORQUI AZOFRA, M. «Régimen jurídico de protección de datos de salud en el espacio europeo de datos de salud». *Colex*, 2025. p. 63.

²³ MARTINEZ NAVARRO, J.A. *El régimen jurídico de la salud electrónica*, Tirant lo Blanch, 2018. p. 134; ETREROS HUERTA, et al., *op. cit.* («El sistema historia clínica digital...»), p. 105.

²⁴ NAVAS NAVARRO, S. *Datos sanitarios electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*. Reus. Madrid, 2023. p.136.

²⁵ Véase: MENÉNDEZ PÉREZ, A. «Análisis de la Sentencia 7/2024, de 10 de enero de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso. Sección 1, desde la perspectiva de la regulación actual hasta el nuevo escenario del Espacio Europeo de Datos de Salud». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 61. Enero-Diciembre 2025.

incorporados a la historia clínica. En particular, el artículo 197.2 CP²⁶, ubicado en el capítulo segundo relativo a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, constituye el eje normativo para sancionar los accesos indebidos a datos personales, tanto en soportes automatizados como en archivos no automatizados²⁷.

Este precepto tipifica diversas conductas –apoderarse, acceder, utilizar, modificar o alterar datos– siempre que se realicen sin autorización y en perjuicio de tercero. A través de él, el legislador incorpora la protección penal de la denominada segunda dimensión del derecho a la intimidad²⁸: la autodeterminación informativa o libertad informática (*habeas data*)²⁹, entendida como el derecho del individuo a controlar el uso de sus datos personales frente a accesos y tratamientos no consentidos en entornos de información masiva. La tutela penal actúa, así como un mecanismo reforzado respecto de la protección administrativa ofrecida por la normativa de protección de datos³⁰.

En el contexto sanitario, el artículo 197.2 adquiere una relevancia singular, al permitir sancionar accesos no autorizados a historias clínicas realizados por profesionales que, aun disponiendo de credenciales técnicas, carecen de habilitación funcional. El bien jurídico protegido no se agota en la intimidad en sentido clásico, sino que se proyecta sobre la capacidad del titular para decidir y controlar el uso de información personal, con independencia de su carácter estrictamente íntimo³¹, conforme ha afirmado reiteradamente el Tribunal Supremo³².

²⁶ El tenor literal del precepto establece: «*El que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. [...] a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*».

²⁷ GARCÍA GARRIGA, J. «El acceso indebido a los datos clínicos por personal sanitario y la aplicación de los art. 197 y 198 del CP: aproximación a dos recientes sentencias con hechos idénticos y fallos dispares». *Revista derecho y salud. Juristas de la salud*. vol. 25, núm. 2, 2015. p. 161.

²⁸ JORGE BARREIRO, A. «El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal. Un análisis del artículo 197 del CP». *Revista jurídica Universidad autónoma de Madrid*, n.º 6, 2002. p. 114.

²⁹ Es a partir de la STC 144/1999 cuando se reconoce esta segunda dimensión de la intimidad. Determinado sector de la comunidad científica lo denomina delito de abuso informático. Jareño Leal y Doval País (1999) o Carbonell Mateu y González Cussac (1996). *Vid.* SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel Montserrat. «Libertad informática y protección de datos: desarrollo en la jurisprudencia del tribunal constitucional y tutela penal en el delito de descubrimiento y revelación de secretos». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 19, 2015, pp. 323-363.

³⁰ GARCÍA GARRIGA, *op.cit.* («El acceso indebido...»), pp. 151-182.

³¹ RUEDA MARTÍN, M.A. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el código penal*. Ed. Atelier, Barcelona, 2018. p. 37.

³² SSTS, Sala de lo Penal núm. 532/2015, de 23 de septiembre y núm. 1328/2009, de 30 de diciembre. STC 292/2000. SSTS, Sala de lo Penal, núm. 532/2015, de 23 de septiembre y núm. 1328/2009, de 30 de diciembre. SSTS, Sala de lo Penal, núm. 358/2007, de 30 de abril. Señala que se acerca más al concep-

1. El acceso a la historia clínica como acción típica y los sujetos implicados

El artículo 197.2 CP exige la concurrencia de dos elementos esenciales: la falta de autorización³³ y el carácter reservado de los datos³⁴. El precepto se estructura en dos incisos que presentan diferencias en cuanto a su objeto y alcance, circunstancia que ha sido objeto de reiteradas críticas por parte de la doctrina y jurisprudencia, al describir conductas de difícil delimitación y, en algunos casos, claramente redundantes, como ocurre con la utilización, cuya autonomía típica resulta controvertida. El primer inciso adopta una formulación más restrictiva, al referirse a datos reservados de carácter personal o familiar, mientras que el segundo emplea una fórmula más amplia al aludir a datos en general. Asimismo, ambas modalidades comparten la exigencia de un perjuicio como elemento del tipo, si bien el segundo precisa que este puede recaer tanto en el titular de los datos como de un tercero. La amplitud de los verbos nucleares impone una interpretación extensiva de los mismos: el apoderamiento implica una apropiación; la utilización comprende cualquier forma de uso; la modificación o alteración supone su transformación; y el acceso consiste en el mero conocimiento de la información. En todo caso, la conducta típica requiere una ruptura efectiva de la reserva de los datos registrados en el soporte informático o archivo.

to de privacidad que con la intimidad en sentido estricto. SSTs, Sala de lo penal núm. 798/2025, de 2 de octubre. De la Mata Barranco cuestiona que este precepto deba encuadrarse entre los delitos contra la intimidad, ya que, como señala, lo que en realidad se pretende proteger es la privacidad en el uso del propio sistema informático. DE LA MATA BARRANCO, N.J., *et. al.* «Delito e informática: algunos aspectos». *Cuadernos José María Lidón*, núm. 4, Universidad de Deusto, 2021. p.64.

³³ Debe tenerse en cuenta que la existencia de una autorización válida o el consentimiento del titular de los datos determina la atipicidad de la conducta. En este contexto, un posible error del profesional sobre la vigencia o el alcance de dicha autorización podría dar lugar a un error de tipo, el cual, de ser invencible, excluiría la responsabilidad penal. Por último, incluso en supuestos donde el acceso pudiera parecer típico, pueden concurrir causas de justificación como el estado de necesidad (art. 20.5 CP). Esta posibilidad ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (STC 134/1999), que consideró justificada la actuación de un facultativo que accedió a datos protegidos ante la existencia de un riesgo grave y real de transmisión de una enfermedad a terceros, primando en este caso la protección de la salud pública y la vida sobre el derecho a la intimidad informativa.

³⁴ Esta exigencia de que los datos sean «reservados» ha sido cuestionada por parte de la doctrina, al entender que, en la práctica, todos los datos personales incorporados a ficheros automatizados presentan esta condición. *Vid.* MORALES PRATS, F. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». En Quintero Olivares, G. (dir.); Morales Prats, F. (coord.). *Comentarios al Código Penal español*. Tomo I, 7.ª Ed. Cizur Menor. Aranzadi, 2016. pp. 119-344. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo reconoce expresamente a las historias clínicas su carácter reservado en cuanto que son ficheros alojados en bases de datos de organización sanitaria. SSTs, Sala de lo Penal, núm. 178/2021 de 1 de marzo.

En el ámbito de la historia clínica, la conducta típica más habitual es el acceso, entendido como la simple visualización y captación intelectual del contenido del dato, sin necesidad de reproducción o difusión posterior³⁵. Se trata de un delito de mera actividad que se consume con el simple acceso ilegítimo y la toma de conocimiento de la información. Quedan excluidos del ámbito típico los accesos puramente causales o fortuitos, como los derivados de errores técnicos o de unas sesiones indebidamente abiertas, al no concurrir una verdadera acción de injerencia³⁶.

La técnica legislativa empleada ha sido ampliamente criticada³⁷, tanto por describir conductas de difícil delimitación –como apoderarse y acceder o modificar y utilizar– como por la escasa claridad en la diferenciación entre ambos incisos. Desde la doctrina se han propuesto diversos criterios interpretativos. Algunos autores sitúan la diferencia en el objeto material, reservando el primer inciso para los datos y el segundo para los ficheros o soportes informáticos, con el fin de evitar una doble incriminación de la misma conducta³⁸. Otros, en cambio, atienden a la posición subjetiva del autor, aplicando el primer inciso a supuestos de extralimitación de una autorización previa³⁹ y el segundo a los accesos realizados sin autorización *ab initio*⁴⁰. El Tribunal Supremo ha optado expresamente por este segundo criterio, entendiendo que la distinción debe realizarse en función de si el autor estaba o no autorizado para acceder a los datos, aunque posteriormente exceda el ámbito funcional permitido⁴¹. No obstante, esta interpretación no ha evitado cierta falta de coherencia en la aplicación jurisprudencial, ya que en resoluciones posteriores se han em-

³⁵ El mero acceso ya es merecedor de condena penal. Así lo confirma el Tribunal Supremo en sentencias: SSTTS Sala de lo penal, núm. 178/2021, de 1 de marzo y de 17 de marzo de 2021. A diferencia de la conducta prevista en el art. 199.2 que si requiere divulgación. Sin embargo, llama la atención que, la STSJ de Asturias 43/2021 de 6 de octubre absolvió a funcionarios que accedieron a datos sensibles alegando que no hubo «tratamiento» posterior de la información que causara un perjuicio efectivo.

³⁶ SSTTS, Sala de lo Penal un. 696/2015 de 4 diciembre.

³⁷ La STS, Sala de lo Penal, 412/2020, de 20 de julio define el artículo 197.2 como un «galimatías jurídico con diabólica, atormentada e inacabable redacción». Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J, La protección de los datos personales en el código penal español. Revista Jurídica Castilla y León, Núm. 16, 2008. pp. 325-372.

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». *Derecho Penal Parte Especial*, González Cussac, J.L. (coord.) et al, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, Valencia, pp. 283-308. SIERRA LÓPEZ, M. *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código penal de 2015. Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del código penal*, Del Carpio Delgado, J.(coord), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2018, pp. 133-186. BARRIO ANDRES, M. *Delitos 2.0: Aspectos penales, procesales y de seguridad de los delitos*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 84.

³⁹ ROMEO CASABONA, C.M, *op. cit.* p. 262.

⁴⁰ RUEDA MARTÍN, *op. cit.* p. 120.

⁴¹ SSTTS, Sala de lo Penal, núm. 412/2020 de 20 de julio.

pleado elementos propios del segundo inciso para condenar accesos indebidos realizados por personal sanitario inicialmente autorizado⁴².

Los datos han de ser datos ajenos, correspondientes a persona distinta al que realiza la acción y reservados, entendiéndose como datos personales cuyo acceso se encuentra limitado a terceros ajenos al tratamiento autorizado, aunque no sean íntimos en sentido estricto⁴³. Se trata de información integrada en sistemas organizados de datos, no bajo la custodia directa del titular, cuyo uso indebido puede causar perjuicios tanto al propio afectado como a terceros⁴⁴.

Aunque se trata de un delito común⁴⁵, en el ámbito sanitario resulta especialmente relevante la figura del profesional que dispone de credenciales técnicas de acceso al sistema de información clínica. La jurisprudencia ha precisado que la mera posesión de claves o permisos informáticos no equivale a una autorización jurídica en sentido penal, de modo que incurre en responsabilidad quien accede a historias clínicas sin vinculación asistencial o al margen del episodio clínico en el que interviene⁴⁶. En estos supuestos, el acceso se considera penalmente ilícito por exceder del ámbito funcional de la autorización concedida., configurándose el artículo 197.2 como un instrumento de tutela directa de la autodeterminación informativa del paciente, con independencia de la relación laboral, profesional o institucional existente. El sujeto pasivo del delito es la persona titular de los datos personales o familiares objeto de la conducta típica, cuya intimidad resulta vulnerada por el acceso indebido. En el contexto sanitario, coincide normalmente con el paciente afectado, sin perjuicio de que puedan concurrir supuestos de pluralidad de sujetos pasivos cuando el acceso se proyecta sobre varias historias clínicas.

2. El perjuicio del acceso a la historia clínica como elemento del delito

El artículo 197.2 CP exige que la conducta se realice «en perjuicio de tercero», elemento configurado como una autentica condición de tipicidad. Al tratarse de un delito exclusivamente doloso⁴⁷, el autor debe conocer tanto la

⁴² SSTs, Sala de lo Penal, núm. 178/2021 de 1 de marzo y 250/202 de 17 de marzo.

⁴³ ROMEO CASABONA, C.M. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Comares. 2025. p. 305.

⁴⁴ SSTs, Sala de lo Penal, núm. 1328/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁵ El tipo penal no limita el sujeto activo a una persona con una condición determinada. El tipo penal no exige, por tanto, una cualificación específica del autor, siendo irrelevante su condición profesional o su eventual vinculación con el responsable del fichero desde un punto de vista estrictamente típico.

⁴⁶ SSTs, Sala de lo Penal, núm. 479/2023, de 19 de junio.

⁴⁷ *Vid.* entre otros, JORGE BARRERIRO, A. *Comentarios al Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 1997, p. 575. MORALES PRATS, F. *Comentarios al Código penal español*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 345.

falta de autorización como el carácter reservado de los datos, sin que sea exigible un ánimo específico de perjudicar, pues la efectividad de la tutela penal no puede quedar condicionada a la acreditación de un ánimo específico que convierta la protección en ilusoria⁴⁸. La naturaleza jurídica del perjuicio ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. Mientras un sector doctrinal lo concibe como un elemento subjetivo del tipo, vinculado a un ánimo específico de vulnerar la intimidad de otro⁴⁹, la posición mayoritaria⁵⁰ asumida por el tribunal supremo⁵¹ lo configura como un elemento objetivo, entendido como el resultado lesivo o el peligro relevante derivado de la conducta. En la práctica, esta distinción pierde trascendencia, ya que la jurisprudencia suele inferir el perjuicio bien de la prueba del daño concreto, bien de la propia relevancia y naturaleza de los datos afectados⁵². El perjuicio exigido no es de carácter patrimonial, sino moral, derivado de la invasión de la esfera de la privacidad del titular de los datos⁵³. Aunque el tenor literal del artículo 197.2 no menciona explícitamente el perjuicio respecto de todas las conductas típicas⁵⁴, este elemento se considera implícitamente comprendido, entendiéndose como el riesgo de que los datos sean conocidos por personas no autorizadas, sin necesidad de que se produzca un resultado ulterior⁵⁵.

En relación con los datos de salud, los tribunales han adoptado una interpretación especialmente protectora. Dada su especial sensibilidad y su vinculación con el núcleo duro de la intimidad personal, el perjuicio se presume inherente al mero acceso no autorizado, sin necesidad de prueba adicional⁵⁶. No obstante, cuando el acceso recae sobre datos que no presentan esta especial

⁴⁸ SSTs, Sala de lo penal núm. 798/2025, de 2 de octubre.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, 22 edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España. 2019. Y en este mismo sentido ROMEO CASABONA, C.M. «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio», *Derecho Penal, Parte Especial*, Romeo Casabona, C.M./Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M.A. (coord.), Ed. Comares, España, 2016. p. 263.

⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal español, Parte especial*, 1.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2015, p. 302.

⁵¹ SSTs, Sala de lo Penal, núm. 1328/2009, de 30 de diciembre.

⁵² SSTs, Sala de lo Penal, núm. 250/2021, de 17 de marzo.

⁵³ STS, Sala de lo Penal, núm. 40/2016, de 2 de febrero. SSTs, Sala de lo Penal núm. 104/2024 de 1 de febrero.

⁵⁴ SSTs, Sala de lo Penal, núm. 1328/2009, de 30 de diciembre y de 18 de octubre de 2012. SSTs, Sala de lo Penal, núm. 40/2016, de 3 de febrero de 2016.

⁵⁵ SSTs, Sala de lo Penal núm. 798/2025, de 2 de octubre.

⁵⁶ SSTs, Sala de lo Penal, núm. 250/2021, de 17 de marzo y núm. 178/2021, de 1 de marzo. No obstante, pese a lo establecido en dichas sentencias, existen supuestos en los que, aun habiéndose producido el acceso a la historia clínica, los datos consultados no podían calificarse como sensibles y, en consecuencia, resultaba necesario acreditar el perjuicio efectivamente causado. Véase también: SSTs, Sala de lo Penal núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, núm. 532/2015, de 23 de septiembre y núm. 392/2020, de 15 de julio.

cualificación la jurisprudencia exige acreditar una afección real y relevante a la intimidad del sujeto pasivo⁵⁷.

El régimen punitivo parte del tipo básico del artículo 197.2 CP, con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, si bien se ve reforzado mediante diversos subtipos agravados. Así, el artículo 197.3 eleva la pena cuando los datos son difundidos, revelados o cedidos a terceros, mientras que el artículo 197.4 sanciona con especial severidad a los responsables o encargados de los ficheros que incumplen su deber de custodia, esto es, al propio hospital o centro sanitario. En el ámbito sanitario, resulta especialmente relevante la agravación del artículo 197.5, aplicable cuando los datos relevan la salud del afectado, cuya *ratio legis* es la protección reforzada al denominado al «núcleo duro» de la intimidad. Esta agravación, sin embargo, no opera de forma automática, siendo necesario que concurra una especial lesividad para evitar vulneraciones del principio *non bis in idem*⁵⁸.

Finalmente, merece mención especial la agravación prevista en el artículo 198 aplicable cuando el delito es cometido por autoridad o funcionario público, prevaleciéndose de tal condición para su comisión. En el ámbito público, la jurisprudencia ha equiparado, a efectos penales, el personal laboral a autoridad o funcionario público⁵⁹, atendiendo a la naturaleza de la función desempeñada y al acceso privilegiado a la información clínica, si bien su aplicación no ha sido uniforme. Sin embargo, los tribunales no han aplicado esta agravante de forma uniforme⁶⁰. Esta agravación presenta además, una relevancia procesal destacada, al excluir la exigencia de denuncia previa de la persona agraviada conforme al artículo 201.2⁶¹.

3. EL REEDS y su impacto en la persecución del delito

Conforme al artículo 201 CP, los delitos previstos en este capítulo tienen carácter semipúblico, exigiendo la denuncia de la persona agraviada, salvo en los supuestos legalmente previstos. No obstante, la efectividad de esta previsión ha estado condicionada, en la práctica, por la posibilidad real del paciente

⁵⁷ SSTS, Sala de lo Penal, núm. 312/2019, de 17 de junio.

⁵⁸ SSTS, Sala de lo Penal, núm. 178/2021, de 1 de marzo y SSTS, Sala de lo Penal, núm. 250/2021, de 17 de marzo. El acceso ha de suponer un perjuicio relevante para la dignidad del sujeto pasivo o afectar a otros bienes jurídicos, trascendiendo la mera injerencia formal en los datos.

⁵⁹ SSTS, Sala de lo Penal, 497/2018, de 23 de octubre y núm. 532/2015, de 23 de septiembre.

⁶⁰ Véase GARCÍA GARRIGA, *op. cit.* («El acceso indebido...»), pp. 151-182. En él se analizan dos sentencias con fallos dispares sobre la concurrencia de la agravante del artículo 198.

⁶¹ SSTS, Sala de lo Penal, núm. 532/2015, de 23 de septiembre.

de conocer la existencia del acceso ilícito y, especialmente, la identidad del profesional responsable.

Aunque parte de la doctrina defendió una interpretación amplia del derecho de acceso vinculada a la autodeterminación informativa, hasta ahora no ha existido consenso en el ordenamiento español sobre si dicho derecho incluía la identificación de los profesionales que accedían a la historia clínica. Por el contrario, el criterio mayoritario derivado de la Ley de Autonomía del Paciente, la jurisprudencia y las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos ha sido restrictivo, limitando el derecho de acceso al contenido asistencial y excluyendo el conocimiento de la identidad, fecha u hora de los accesos realizados. En la práctica, ello impedía al paciente acceder íntegramente al registro de accesos⁶², pese a su relevancia para detectar consultas indebidas. Esta limitación dificultaba de forma significativa la activación de la tutela penal⁶³ prevista en el artículo 197.2 CP, al privar al afectado de los elementos necesarios para identificar al autor del acceso ilegítimo y ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva.

Este escenario cambia con la aprobación del REEDS, que zanja la controversia interpretativa al reconocer expresamente el derecho del paciente a conocer, mediante notificaciones automáticas, cualquier acceso a sus datos de salud, identificando al profesional que accedió, la fecha, la hora y los datos consultados (art. 9), garantizando además su conservación durante un periodo mínimo de tres años. De este modo, el REEDS elimina uno de los principales obstáculos para la persecución penal de los accesos indebidos a la historia clínica, refuerza la tutela efectiva de la intimidad del paciente y actúa como mecanismo disuasorio frente a conductas ilícitas, consolidando un modelo de mayor transparencia y control sobre los datos personales de salud.

IV. CONCLUSIONES

La seguridad de los datos contenidos en la HC continúa siendo uno de los principales retos del derecho a la protección de datos en el ámbito sanitario. A pesar de los notables avances normativos y técnicos, la práctica asistencial re-

⁶² No obstante, debe tenerse en cuenta que el mismo no formaba parte del derecho de acceso, sino de una medida de control interno. El Registro de accesos, registro en el que figura la identificación del usuario, fecha y hora del acceso, el fichero al que se accede, el tipo de acceso y si este es autorizado o denegado. CASANOVA ASENSIO, *op. cit.* («Enfoque actual...»), p. 44.

⁶³ Asimismo, tener en cuenta que la falta de dicho dato resulta totalmente impeditivo si se trata de interponer una demanda en vía civil frente al infractor.

vela la persistencia de accesos indebidos por parte de personal sanitario sin vinculación asistencial, lo que evidencia la insuficiencia de las medidas existentes para erradicar estas conductas.

Mantener la seguridad de la HC es una tarea compleja que trasciende el ámbito tecnológico, para configurarse como un imperativo ético. La confidencialidad no es solo una obligación legal, sino un principio básico que sustenta la relación médico-paciente. La pérdida de esta confianza puede acarrear consecuencias perniciosas, provocando que los ciudadanos se retraigan de buscar asistencia por temor a la exposición de su intimidad. Por ello resulta esencial alcanzar un equilibrio real entre la salud del paciente y la seguridad de sus datos desde el propio diseño de los sistemas de historia clínica electrónica.

Aunque el Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y el Código Penal ofrecen herramientas para la tutela de la intimidad del paciente, la tensión entre el derecho a la salud e intimidad persiste. Los datos clínicos, por su especial conexión con la esencia de la persona, exigen un compromiso de custodia que aun dista de ser pleno en la realidad cotidiana de nuestros centros sanitarios. En este escenario, el nuevo derecho reconocido por el REEDS, que empodera a los pacientes con un mayor control y transparencia sobre sus datos, está llamado a ejercer un efecto disuasorio sobre los profesionales. La auditoría de accesos no solo va a facilitar la perseguibilidad de las conductas ilícitas, sino reforzar el respeto a la intimidad como límite infranqueable en la práctica asistencial. El éxito de este marco dependerá de la efectiva implantación de estos derechos, la formación continua de profesionales y la sensibilización de los pacientes sobre sus derechos de control y auditoría externa.

81. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD SEXUAL ¹

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos relativos al sexo acompañan al ser humano desde sus primeros relatos, como era esperable de una actividad biológica central para la supervivencia y que en las especies sociales adquiere una dimensión aún mayor, vinculada al estatus del sujeto en el grupo, dimensión que se vuelve omnipresente en la cultura. No es extraño que delitos sexuales aparezcan desde siempre en los relatos históricos, formando junto al asesinato, el robo y el falso testimonio el cuadrípode básico de lo ilícito: no matarás, no robarás, no cometerás actos impuros, no mentirás. Acaba de empezar el Génesis cuando se nos relata como Siquén, hijo de Jamor, vio a Dina, hija de Jacob, «la raptó, se acostó con ella y la violó» (Genesis, 34.2), y, según la tradición, nada menos que Roma se funda en el siglo VIII a.C. tras un delito sexual, el rapto de las Sabinas.

Pero si los delitos sexuales existen desde siempre, su razón de ser ha ido cambiando a lo largo de la historia. A diferencia de otros delitos básicos, como el homicidio o el robo, en los que siempre ha habido consenso acerca de qué se protege, en los delitos sexuales no ha sido así, y su fundamentación ha su-

¹ La investigación que está en la base de este trabajo se realizó en el seno del Proyecto de investigación: *Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención (VEM)* (PID2022-140170NB-I00).

frido un cambio radical. Durante siglos, desde los primeros relatos escritos de la humanidad hasta tiempos muy recientes (hasta hoy en una parte del mundo) se ha vinculado a la afrenta familiar y pública contra la honestidad, la honra o el pudor, mientras que hoy se consideran indiscutiblemente atentados contra la libertad sexual². Ello provoca un doble e importante cambio: cualquiera puede ser víctima, ya no sólo las mujeres honestas; y el titular del bien jurídico es la/el propia/o ofendida/o, no la familia o cualquier otro grupo social. Ambos pasos están interrelacionados y son avances netos.

El presente trabajo parte de aquí: en los delitos sexuales se protegen directamente los derechos *individuales* del/de la afectado/a. Cuestión distinta es qué derechos individuales.

El canon actual de explicación es casi monocolor: se protege la libertad sexual³. En consonancia con ello se producen varios efectos: el Título en el que se encuadran estos delitos en el Código es precisamente ese, Delitos contra la libertad sexual; desaparecen otros bienes que históricamente habían tenido algún peso, como la honestidad, la honra o las buenas costumbres, pero también uno más moderno, presente hasta las últimas reformas, la indemnidad sexual⁴; y la estructura central de estos delitos se hace recaer en el ausencia de consentimiento, verdadero núcleo del tipo básico.

² Sobre la evolución del bien jurídico en estos delitos, véase, entre otros muchos, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch: Barcelona 1981, pp. 21 ss.; Díez RIPOLLÉS, J.L., *El derecho penal ante el sexo. (Límites, criterios de corrección y contenido del Derecho Penal sexual)*. Bosch: Barcelona, 1981; DEL MISMO, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Bosch: Barcelona 1985, pp. 15 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A. *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los arts. 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre)*, Tirant: Valencia, 2005, pp. 25 ss.; CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant: Valencia, 2006, pp. 89 ss.; FARALDO CABANA, P. «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en Faraldo Cabana y Acale Sánchez (dirs.) y Rodríguez López /Fuentes Loureiro (cords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant: Valencia, 2018, pp. 31 ss.; ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Reus: Madrid, 2019, pp. 123 ss.

³ Referencia básica en esta posición, Díez RIPOLLÉS, J.L., *El derecho penal ante el sexo*.

⁴ El debate sobre si, junto a la libertad sexual hace falta introducir como bien jurídico la *indemnidad* o intangibilidad para los menores u otras personas que carecen de libertad sexual se ha decantado en la ley a favor de la explicación única. No es posible tratar aquí esta cuestión, más que de una forma muy marginal, pero hay algo extraño en poner el acento del desvalor en la lesión de un bien, la libertad, que a la vez se niega que algunos sujetos posean, sin que este inconveniente se evite apelando a una libertad potencial, que en algunos casos ni siquiera existirá, o a que los menores puedan tener libertad sexual, cosa que sólo puede predicarse de los que tengan una cierta edad, pero no, por ejemplo, de los recién nacidos. Sobre esta debatida cuestión, MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos*, pp. 37 ss.; ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Tirant: Valencia, 2001, pp. 18 ss.; GARCÍA PÉREZ, O., «La regulación del Derecho Penal sexual en España», en Reyna Alfaro (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*. Jurista ed: Lima, 2005, pp. 235 ss.; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Mujer y Derecho Penal. Naturaleza, fundamento y bienes jurídicos», en Monge Fernández (dir.) y Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y Derecho Penal ¿Necesidad de una reforma*

La finalidad de este trabajo no es cuestionar la importancia de la libertad sexual ni el papel del consentimiento, sino apuntar algunas paradojas que plantea esta explicación si se entiende como suele hacerse, como explicación *única*, excluyente de cualquier otra (apartado II), y a la vez apuntar muy brevemente una propuesta complementaria, que no alternativa, igualmente centrada en los derechos del individuo, que, creo, permite explicar mejor estos delitos, su fundamento material y su regulación legal (apartado III). Con ello, quiero rendir homenaje de afecto y respeto intelectual a José Luis de la Cuesta Arzamendi, y a la vez agradecerle que hace ya muchos años, allá por 1978, detuviera su coche en un remoto punto de Escocia para acoger con generosidad a un autoestopista, estudiante de Derecho, que entonces todavía no era consciente de que se dedicaría al estudio del Derecho Penal.

II. LAS INSUFICIENCIAS DEL BIEN JURÍDICO «LIBERTAD SEXUAL»

El consenso acerca de que lo que se protege en estos delitos es la libertad sexual es muy amplio. Desde luego, la ley ha asumido formalmente este punto de partida tras la reforma de la LO 10/2022 ('Sólo sí es sí'), como se observa muy bien en la redacción del tipo base de agresión sexual del art. 178 CP, que sanciona «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento». Esta redacción da a entender que un atentado contra la libertad sexual es condición *necesaria* y también *suficiente* para la tipicidad. Frente a ello, hay razones para pensar que ni lo uno ni lo otro es exacto: que hay atentados contra la libertad sexual de otro que no son típicos, y hechos típicos sexuales que no atentan contra la libertad sexual, así que esta categoría

desde una perspectiva de género? JMB: Barcelona, 2019, pp. 80 ss; ABADÍAS SELMA, A. *Criminalidad sexual grupal entre menores o el fenómeno de las «minimanadas»: entre la indemnidad y la libertad sexual*, Aranzadi: Madrid, 2025, esp. pp. 41 ss. GONZÁLEZ TASCÓN, M., *Las agresiones sexuales calificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual. Repercusiones de la reforma del Código penal por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023*. BOE: Madrid, 2025, pp. 23 ss.; GREEN, S.P., *La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada*. Marcial Pons: Madrid, 2024, pp. 189 ss.; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad sexual», en Molina Fernández (coord.), *Memento penal 2025*. Lefebvre: Madrid 2024, nm. 9216 ss; Crítico con la supresión de la indemnidad, entre otros muchos, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. (coord.), *Comentarios a la ley del «sólo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier: Barcelona, 2023, p. 55 y s. Modernamente, en una dirección por completo contraria a la mayoritaria, fija el desvalor de *toda* violación en la indemnidad, MAÑALICH RAFFO, J.P., «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius et Praxis*, Año 20, n.º 2, 2014, pp. 21-70.

es tanto supra como infrainclusiva. Por razones de espacio, me ocuparé únicamente de lo primero, examinando algunos casos que muestran que hay agresiones que sin duda *afectan a la libertad sexual, pero que no son delitos sexuales*, o merecen una *pena inferior* que no puede justificarse desde la sola perspectiva de la libertad sexual. En orden creciente de gravedad analizaré:

- Impedir una actividad sexual.
- Obligar a presenciar una actividad sexual de otro.
- Difundir imágenes o archivos sonoros sexuales obtenidos de forma lícita.
- Difundir imágenes o archivos sonoros sexuales obtenidos de forma ilícita.
- Obligar a otro a realizar una actividad sexual consigo mismo, con o sin difusión.
- Obligar a otro a una actividad sexual con su propia pareja que actúa por error o coaccionada.
- Obligar a otro a una actividad sexual con un extraño que actúa por error.

Y a ello se suma un grupo de casos siempre problemáticos, de desvalor variable:

- Actividades sexuales consentidas mediando error.

a) El primer caso, *impedir una actividad sexual*, es, a mi entender, el más sencillo de exponer, y el que ofrece el argumento más contundente⁵.

La libertad es un derecho básico que, en cualquier ámbito al que se aplique, tiene un carácter bifronte: hacer o no hacer algo. Esto no ofrece dudas. No es extraño que el primer significado del término libertad del DRAE sea: «Facultad natural que tiene el hombre de *obrar* de una manera o de otra, y de *no obrar*, por lo que es responsable de sus actos». Por la misma razón, el tipo básico contra la libertad, las coacciones, que es ley general respecto de cualquier otro, sanciona al que, «sin estar legítimamente autorizado, *impidiera* a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o *le compeliere* a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto».

Como tantas otras dualidades, hacer o no hacer son categorías intercambiables: impedir a otro salir de una habitación puede igualmente describirse

⁵ En el mismo sentido, MAÑALICH RAFFO, J.P., *Revista Ius et Praxis*, 2014, cit. p. 34.

como obligarle a estar en la habitación, igual que una deuda puede definirse como un haber negativo. Pero, a efectos de analizar la lesividad para la libertad lo importante no es la formulación negativa o positiva, sino el grado de afectación del derecho. Un ejemplo con la libertad ambulatoria lo muestra bien. Encerrar a alguien en una habitación contra su voluntad es una detención ilegal, pero impedirle que entre en la habitación es sólo una coacción. La razón no es otra que una menor privación de libertad. Eso explica que históricamente el Código distinguiera en el catálogo de penas entre privativas de libertad, como la prisión, y sólo restrictivas, como el extrañamiento y el destierro. Pero el paso de una a otra categoría es puramente gradual: cuanto más grande sea la prisión, menor será la privación de libertad y más tenderemos a llamarlo sólo restricción. Y por eso los términos son intercambiables: aunque no sea usual, la prisión puede en buena lógica describirse como un extrañamiento del resto del mundo y el extrañamiento como una prisión en el resto del mundo.

Y en la *libertad sexual* no es distinto. Se daña tanto obligando a otro a involucrase en un contexto sexual como impidiendo que lo haga. Si una persona adulta y competente quiere tener relaciones sexuales con otra y se lo impedimos, estamos inequívocamente dañando su libertad sexual, pero *no cometiendo un delito contra la libertad sexual, sino unas coacciones*.

Dos contrargumentos podrían plantearse a esta tesis: que la ley ha seleccionado *algunos* atentados contra la libertad sexual, no todos; el segundo, que en realidad esto no sería una *agresión* sexual.

En cuanto a lo primero, la doctrina ha destacado las dos vertientes de la libertad sexual, la positiva y la negativa, y ha entendido que sólo la segunda se protege en estos tipos, y el resto en las coacciones⁶, reconociendo sin embargo que ello supone considerar «más grave ser forzado a integrarse en un contexto sexual no deseado que ser impedido de llevar a cabo una actividad sexual»⁷. Pero, la pregunta es, ¿por qué es más grave si lo único importante es la libertad sexual? Como certeramente se ha dicho, «bajo el *topos* de la protección de la libertad sexual, una violación tendría que ser enteramente equiparable a una coacción referida al ejercicio de la propia sexualidad»⁸.

La inconsistencia de este primer contraargumento se percibe muy bien contestando al segundo.

Podría alegarse que, aun siendo una conducta que afecta a la libertad sexual, no sería una *agresión* sexual. El problema es que qué sea una agresión

⁶ Por todos, Díez RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», *RDPC* 2.ª época, 6, 2000, pp. 71 y s., con más referencias.

⁷ Díez RIPOLLÉS, J.L., *RDPC*, 2000, cit. p. 72.

⁸ MAÑALICH RAFFO, J.P., *Rev. Ius et Praxis*, 2014, cit. p. 34.

sexual, viene precisamente definido por conculcar la libertad sexual, si este es el único bien jurídico que se tiene en cuenta. Buena prueba de ello es que esta conducta encaja de forma *perfecta* en el primer párrafo del nuevo artículo 178, que define la agresión sexual y que está cortado por el patrón único de la libertad sexual. Impedir a otro que tenga una relación sexual es exactamente realizar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», o sea, según este artículo, una agresión sexual.

Y la redacción del apartado 2.º, que dice «Se consideran *en todo caso* agresión sexual los actos de contenido sexual...» no mejora las cosas por dos razones: primero, porque no contiene una definición legal de la agresión recogida en el apartado 1.º, como se deduce de la expresión ‘en todo caso’; segundo, porque, incluso si lo hiciera, al hacerlo estaría reconociendo que la libertad sexual no es lo único que importa, sino otras cosas que se han dejado fuera del debate, y que circunscriben el hecho a los actos con contenido sexual positivo.

Otros artículos del Título VIII no plantean este problema, precisamente porque tienen un origen anterior, y, aunque sea tácitamente, no han centrado todo en la libertad. Así el art. 181, por ejemplo, es inequívoco, y sólo sanciona al que «realizare *actos de carácter sexual* con un menor de dieciséis años». Un acto de *carácter* sexual no es aquí meramente un acto que atenta a la libertad sexual, sino que involucra a otro activamente en un contexto sexual, que es algo muy diferente. Y lo mismo pasa con el tipo agravado del 178.2 que requiere «realizar actos de contenido sexual».

El tipo base del art. 178 CP puede (y debe) restringirse con una interpretación teleológica y sistemática, exigiendo también ahí lo que no está en su texto, una involucración en actos de contenido sexual, pero al hacerlo debería quedar claro que el bien jurídico no puede ser sólo la libertad sexual; que hay algo más, y que ese algo es esencial para la lesividad.

b) El *exhibicionismo* (*forzar al «voyeurismo»*) es un ejemplo significativo. Aquí ya no hay un mero impedimento sexual, como el del caso anterior, sino que directamente *se obliga* a otro a involucrarse visualmente en un acto de contenido sexual, ya sea de manera sorpresiva, como en los casos clásicos de exhibicionismo, ya obligándole activamente a presenciar un acto sexual de terceros. Pese a que aquí, de nuevo, se cumplen todos los requisitos formales del art. 178, porque el autor realiza actos «que atentan contra la libertad sexual de otro» sin su consentimiento –en este caso, contradice su libertad básica de no presenciar actividades sexuales ajenas si no lo desea–, son atípicos como delitos sexuales, salvo en el caso de menores (por disposición expresa del art. 182 CP). El exhibicionismo clásico sería atípico sin más, lo que es muy

significativo, y sólo si es forzado sería un delito de coacciones, no contra la libertad sexual.

En este caso, la diferencia de trato entre los mayores y los menores no puede residir en la ausencia de consentimiento válido, porque ni el menor ni el mayor consienten en ningún sentido del término, así que, de nuevo, tiene que haber algo más, que queda opacado por el monopolio explicativo que se atribuye a la libertad sexual.

c) Nuevos pasos en la lesividad se producen cuando la actividad sexual involucra el cuerpo de la propia víctima. Y el escalón más bajo lo ocupa la *difusión no consentida de imágenes o archivos sonoros sexuales de otro, obtenidos de forma lícita (sexting)*. De nuevo, aquí hay algo que viola la libertad sexual, que abarca hacer o no hacer, *exhibir o reservar*. En este primer nivel, no hay lesión en el acto corporal, pero sí en la exhibición. Pese a ello, el Código no lo castiga como agresión sexual, aunque las víctimas así lo sienten, sino como descubrimiento de secretos (art. 197.7).

d) Mayor desvalor tiene *difundir imágenes o archivos sonoros sexuales de otro obtenidos de forma ilícita*. Parece claro que, como en el caso anterior, aquí hay un «acto contra la libertad sexual» de exhibir o no el propio cuerpo o su representación gráfica, al que además se añade una captación ilícita, que afecta al propio acto corporal, o la difusión de la captación ilícita, que presupone igualmente ese daño añadido. Pero tampoco es una agresión sexual del art. 178, sino de descubrimiento de secretos.

e) Un paso más se da cuando *se obliga a la víctima a realizar una actividad de contenido sexual consigo misma* que es vista por terceros. Aquí, a diferencia de los dos anteriores, no hay consentimiento siquiera en la propia actividad corporal. Quien obliga a otro a tomarse imágenes íntimas y enviarlas, o, en un paso sucesivo, a realizar una actividad sexual con uno mismo, como una masturbación, delante del agresor o de un tercero, está atentando contra la libertad sexual de otro en términos que encajan en el art. 178 (en el caso de menores es indiscutible la tipicidad, porque el art. 181.1 pfo. 2 expresamente alude a ello), pero, en el caso de adultos, aunque es una conducta claramente lesiva, equipararla con aquellas en las que el acto sexual involucra a un tercero no parece correcto. E incluso si involucra a terceros en el acto, no siempre es lo mismo, como se ve en los dos últimos casos.

f) *Obligar a otro a llevar a cabo una actividad sexual con su propia pareja, que actúa por error o igualmente coaccionada*, es, pese a que aquí interviene un tercero, igual de grave que el caso anterior, no más. Y, aunque aquí no cabe excluir la aplicación del art. 178, tampoco su desvalor es por completo equivalente al prototipo de las agresiones sexuales en las que hay un

tercero y además es responsable de su agresión. Y la explicación no se encuentra sólo en la libertad sexual, que aquí se viola sin discusión.

g) Por último, hay un caso de calificación dudosa que se encuentra justo en el límite inferior de las agresiones sexuales prototípicas: *obligar a una actividad sexual con un extraño que actúa por error*, conociendo la víctima este hecho.

Podría parecer un caso poco relevante, pero lo cierto es que lo es mucho, porque es lo que se da en la mayor parte de los casos de *prostitución coactiva*. Que se trata de un atentado grave a la libertad sexual no es discutible. Pero la duda es si su desvalor es idéntico al de la misma agresión realizada por un sujeto responsable.

Todos los casos anteriores, algunos de una forma incontestable, muestran que, aunque atentar contra la libertad sexual de otro es un requisito necesario de tipicidad, no es suficiente: no explica por qué hay conductas que inequívocamente atentan contra la libertad sexual de otro y que nunca se han considerado, ni hoy se siguen considerando, incluidas en estos delitos. Una explicación satisfactoria de estos y otros casos requiere ampliar algo el foco.

III. UNA PROPUESTA COMPLEMENTARIA: LA INTIMIDAD SEXUAL

Los anteriores argumentos no provocan la pérdida de importancia de la libertad sexual y el consentimiento, sino la necesidad de complementarla.

Con la brevedad que impone el formato, quisiera defender una interpretación, desde luego no habitual, que centra el desvalor de una buena parte de los delitos sexuales en un ataque especialmente intenso a la *intimidad*.

1. Intimidad e individualidad

No puede entenderse qué es la intimidad sin una referencia a la contraposición entre individuo y otros. Los seres humanos no somos transparentes para nuestros congéneres ni formamos con ellos una estructura indiferenciada: somos individuos. Ser individuo supone que en algún grado te separas del entorno, de los demás y de otras cosas en general, algo que se produce en la evolución de la vida de manera gradual. Un primer hito es la aparición de la membrana celular, que separa al ser unicelular y lo identifica. Luego, en los seres pluricelulares, la agregación de células desemboca en un cuerpo cuyo

contorno exterior identifica al individuo. En un último y decisivo paso, la evolución biológica desemboca en la aparición de un sistema nervioso que se va haciendo más y más complejo, hasta que surge una mente, y con ella el fenómeno emergente de la *autoconsciencia*. En este momento, que es el nuestro, la individualidad adquiere una dimensión especial: surge la percepción del yo como algo distinto del resto del mundo. Ya no sólo te diferencias de tu entorno, sino que eres consciente de ello y te identificas como sujeto.

El surgimiento de la individualidad consciente provoca, de forma natural, la aparición de la intimidad como valor. La intimidad no es más que el espacio propio en el que nos reservamos el derecho de aceptar o no a terceros. Pero el espacio vinculado a un individuo puede estar más o menos alejado del propio núcleo de su individualidad: cuanto más próximo está, mayor importancia adquiere. Ello da pleno sentido a la explicación clásica que se conoce como teoría de las esferas de la intimidad⁹. Aquí defenderé una visión propia de esta idea, estructurada en torno a tres espacios de intimidad y tres niveles de intromisión.

2. Los espacios de la intimidad

Aunque es posible distinguir múltiples esferas que rodean al individuo, pueden reunirse en torno a *tres niveles espaciales*: el espacio psíquico-mental, el espacio físico-corporal y el espacio del entorno.



⁹ Sobre ello, con referencias adicionales, MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Destino: Barcelona, 1984, pp. 118 ss, esp. pp. 128 ss.

a) El reducto más profundo e importante de la intimidad, es el *espacio psíquico-mental*, en el que se desarrolla el pensamiento consciente. Hasta tiempos recientes no se le había prestado mucha atención, porque estaba protegido de forma natural por nuestras limitaciones para adentrarnos directamente en la mente ajena. Pero estamos en el albor de una nueva época, en la que los avances en neurociencia y el apoyo de la IA está cambiando las cosas de manera acelerada, y cada vez parece más necesario asumir que habrá que proteger, y con tipos penales especialmente intensos, nuestra esfera más íntima de la intromisión de otros. No es una casualidad que en el actual debate sobre la incorporación de nuevos neuro-derechos fundamentales, uno de ellos, y posiblemente el más fácil de entender y asumir, sea precisamente el derecho a la intimidad mental.

b) Si el primer espacio de intimidad es la propia mente, el segundo es el *cuerpo*, un elemento también esencial porque es el contacto de la mente, de nuestro yo, con el mundo. Su existencia es básica, aunque no lo sea tanto su concreta corporeidad (puede cambiarse de cuerpo, por ahora parcialmente, por trasplantes o miembros artificiales, pero no de mente). Así que adentrarse en el cuerpo de otro de manera no consentida es el segundo nivel de intromisión en su intimidad. Aquí es donde adquieren todo su sentido los delitos sexuales. Enseguida volveré sobre ello.

c) El tercer espacio de intimidad es nuestro *entorno* más próximo, en el que se mueve nuestro cuerpo y desarrollamos nuestra vida, lo que entronca con un concepto etológico clave como es el de territorio. De nuevo, es una consecuencia natural de la individualidad (aunque también de la sociabilidad, como enseguida veremos): para subsistir, los seres vivos necesitamos un aporte continuo de energía que procede de nuestro entorno; además, como seres sociales y sexuales selectivos, reservamos algunos espacios para compartir sólo con algunos, así que somos territoriales, en un sentido amplio del término, como lo son la mayor parte de las especies. Pero lo somos en diferentes grados, condicionados por la biología y la cultura. La convivencia en entornos sin paredes de nuestros antepasados y de no pocas culturas actuales, contrasta con el rígido reparto de espacios de las viviendas modernas.

En este tercer nivel, de entorno, hay también espacios de intimidad más o menos íntimos. En sentido decreciente, podrán ser: el baño; la cama; el dormitorio; otros espacios cerrados de la morada; las terrazas; los jardines; el coche; el lugar de trabajo; la calle; la localidad (pueblo/barrio/ciudad/región/país/zona geográfica, etc.). Según aumenta el círculo territorial, se va haciendo menos usual hablar de intimidad. Pero no debe olvidarse que detrás de sentimientos tan extendidos como el nacionalismo y la xenofobia aparecen proce-

sos psicológicos que tienen una raíz común con la percepción territorial ligada a los espacios más íntimos.

Hasta ahora nos hemos referido a la conexión de la intimidad con la individualidad, pero el fenómeno no se entiende en su verdadera magnitud si no lo ponemos en relación con la otra faceta, igual de importante, que explica nuestra identidad: la *sociabilidad*. Los seres humanos somos una especie altamente social. No llegamos al extremo de las que lo son más, como las especies eusociales (insectos sociales y algunas pocas especies más)¹⁰ en las que el individuo renuncia a la reproducción delegándola en una casta reducida, pero nuestra vida se desarrolla muy mayoritariamente en entornos compartidos. Esto provoca automáticamente una *relajación de las normas de exclusión* propiciadas por la intimidad: dejamos que algunos entren en nuestra esfera íntima. Una ley de hierro vincula la selectividad en la admisión con el esquema de esferas de intimidad que se acaba de esbozar: cuanto más próxima a la individualidad, más exclusiva. No admitimos literalmente a nadie en la esfera de nuestros pensamientos más íntimos; generalmente, a casi nadie en el interior de nuestro cuerpo y a muy pocos en su superficie; a algunos, y de forma muy diferenciada, en nuestra vivienda y otros espacios sobre los que decidimos. La intimidad es como sucesivos cedazos de malla cada vez más filtrante.

3. Los niveles de intromisión

La intromisión en los espacios puede ser más o menos intrusiva. En el espacio mental lo es más la «lectura» directa del pensamiento y menos adentrarse en su representación externa (diarios, etc.). En las esferas físicas (corporal y entorno), la intromisión máxima es la que se hace con el propio cuerpo (sensorial, piel a piel, que tiene un evidente protagonismo en la esfera sexual); algo menor cuando se hace a distancia, pero todavía con observación o escucha directa; y menor cuando es mediante grabaciones visuales o sonoras que representan fielmente la realidad.

Si nos trasladamos ahora a la protección de un derecho tan esencial para nuestra individualidad, podemos observar que el derecho penal ofrece cierta protección para todo lo que hasta ahora era susceptible de ser lesionado:

– La primera esfera –*intimidad mental*–, no precisaba hasta hace poco una especial protección, salvo cuando se plasmaba en algún «documento» ex-

¹⁰ La referencia básica en este tema es WILSON, E.O. Por ejemplo, *Génesis. El origen de las sociedades*. Planeta: Barcelona, 2020, pp. 33 y esp. 60 ss.

terno, como un diario o una reflexión grabada. Así que la protección indirecta brindada por los delitos de revelación de secretos protegiendo sus soportes era suficiente. Todo parece indicar que ya no lo es, y que debe protegerse directamente el espacio en el que se aloja nuestra individualidad, la mente, y el problema es que la prolija descripción del art. 197 CP abarca cualquier soporte externo en el que se plasme un secreto (intromisión de segundo nivel), pero nada se dice de la propia mente. Una modificación del artículo para incluirlo, y con una pena adecuada a la gravedad de la intromisión, parece necesaria.

– La tercera esfera –*intimidad del entorno*– sólo merece protección penal en la zona más próxima, más íntima por tanto. De ello se ocupan los delitos de revelación de secretos, que prohíben adentrarse en esa esfera con instrumentos de cualquier tipo, y el allanamiento de morada y espacios de trabajo, que protege frente a la intromisión mayor: la propia entrada corporal de otro en dicho espacio. La amplitud de redacción del artículo 197 CP, y la habitual interpretación amplia del término morada, que permite abarcar cualquier espacio en el que se desarrolle la vida más íntima de un sujeto, hace que la protección sea adecuada. Más allá de esa esfera territorial íntima, comienza a ser poco apropiado hablar de intimidad, y nada justifica una protección penal.

– Por último, la segunda esfera –*intimidad corporal*– se defiende preservando el cuerpo, y especialmente su espacio más reservado, el sexual, de injerencias externas no consentidas, y de ello se ocupan principalmente los delitos «contra la libertad sexual» que son materialmente delitos «contra la intimidad sexual».

La intromisión en la esfera corporal-sexual admite también graduaciones, que pueden agruparse en cuatro niveles, dos táctiles, más graves, y dos visuales (eventualmente sonoros), que lo son algo menos. De mayor a menor intrusión serían: introducirse en el interior sexual del cuerpo de otro; tocar su superficie corporal sexual; ver directamente sus órganos o su actividad sexual (o escuchar, en este último caso); o ver su representación visual o sonora (fotos, vídeos, etc.). El derecho penal protege de forma completa las dos primeras, por medio de los delitos sexuales, y sólo frente a intromisiones ilícitas de acceso y de difusión las dos últimas, mediante los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Destacar en los delitos sexuales la intimidad no supone minusvalorar la libertad de decisión, que sigue ocupando un rol central, sino complementarla doblemente: por un lado, con la precisión de que se castiga aquella faceta de la libertad sexual que alude a las intromisiones no consentidas en la esfera íntima del individuo; por otro, ampliando el foco a casos en los que no hay en la víc-

tima una verdadera libertad que proteger, pero sí un valor esencial, que puede vincularse con la dignidad, y que se traduce en la preservación indemne de un espacio íntimo. Por otro lado, esta perspectiva permite una mejor coordinación de los delitos del Título VIII con los delitos contra la intimidad del Título X, con los que tienen tantos puntos de conexión.

La referencia a la intimidad dota de un contenido material claro a los delitos sexuales, y con ello facilita su interpretación y permite deshacer las paradojas examinadas en la primera parte de este trabajo, evitando la sobreinclusión:

A) No se lesiona la intimidad:

– *Impedir a otro ejercer su libertad sexual* no se castiga como agresión sexual, pese a que encaja perfectamente en la redacción del art. 178, porque no afecta a la intimidad, sino sólo a la libertad. Por eso debe tratarse como unas coacciones.

– El *exhibicionismo* (forzar al «voyeurismo»), sí entraña una intromisión no consentida en la esfera sexual de la víctima, pero en nada afecta a su intimidad corporal (la única afectada es la del agresor, y es consentida) así que es razonable que sólo sea punible en el caso de menores, o de cualquiera, como coacciones, sí se fuerza a ello.

B) Lesión indirecta, sin contacto físico, de la intimidad corporal:

– La *revelación no autorizada de imágenes íntimas* pero obtenidas lícitamente (*sexting*) supone ya una agresión a la intimidad. Ya no es el cuerpo de un tercero el implicado, sino el de la propia víctima, que se ve involucrado. Hay, por ello, intromisión en la esfera sexual, pero sólo indirecta: no es en el propio cuerpo, ya que el acto corporal en sí era consentido, sino sólo a través de su representación, lo que justifica su menor pena. En este caso, la propia ley ha reconocido su relación con la intimidad al encuadrarlo en el art. 197.7, dentro del Título X, que sólo castiga la difusión no autorizada, pero igualmente podría estar, y sería más adecuado, en el Título VIII, como un atentado a la intimidad sexual de gravedad intermedia.

– Si hay *visión (o escucha) ilícita de la actividad sexual de otro (voyeurismo)*, sea directa o a través de instrumentos o artificios, se sube un peldaño en la afectación a la intimidad sexual, pero sigue siendo a distancia, por la presencia y la visión, sin intromisión en el propio cuerpo, y por eso su castigo tampoco se hace a través del delito de agresión sexual, sino, de nuevo signifi-

cativamente, a través del descubrimiento de secretos (art. 197.1) agravado por afectar a la vida sexual (art. 197.5). La protección, sin embargo, es incompleta. Paradójicamente, si se hace por visión o escucha directa, sin instrumentos de grabación, filmación, etc., no encajaría en el art. 197.1, seguramente por dos razones: porque, al no ser posible la difusión a terceros de las imágenes, el daño queda de alguna forma encapsulado; y porque la visión directa es menos «alevosa», así que la víctima tiene normalmente la posibilidad de defenderse frente a esta intromisión, aunque una protección indirecta se alcanza en parte a través de la protección de la morada. Pese a ello, es una laguna legal que debería resolverse.

– Un paso adelante en el daño se produce con la *coacción al exhibicionismo*, (obligar a exhibirse desnudo o a masturbarse) que debe de ser punible como agresión sexual con una pena relevante, porque el componente corporal de invasión se produce *al consumir el delito*, pero su desvalor es menor que en los casos más graves de delitos sexuales porque no hay contacto físico, sino sólo visual o acústico, entre la víctima y el agresor.

C) Lesión directa, con contacto físico, de la intimidad corporal.

El nivel de desvalor más intenso se da cuando otro invade nuestro cuerpo físico. Nos situamos entonces en los casos prototípicos de agresión sexual. Pero aquí todavía hay diferencias que pueden ser relevantes.

– Si se obliga a otro a llevar a cabo una actividad sexual con su propia pareja, que actúa por error o igualmente coaccionada (doble coacción), siendo ello conocido por la víctima, el hecho, pese a que aquí interviene un tercero, no es mucho más grave para la intimidad que el anterior. Si en aquel la dimensión corporal de la intimidad no se veía afectada porque era la propia víctima la que realizaba el contacto físico consigo mismo, aquí es un tercero, pero que pertenece al círculo íntimo, por lo que el daño a la intimidad es de nuevo indirecto. Ello debería hacer inaplicable la figura agravada de la violación, que, como enseguida veremos, requiere una intromisión máxima.

– Sin embargo, si se obliga a realizar la actividad sexual con un tercero que, por error, cree que hay consentimiento, la agresión a la intimidad se produce en toda su extensión. Ello hace hoy difícilmente explicable la persistencia en el Código penal del art. 187.1 (*prostitución coactiva*), que castiga a quien, mediante violencia, coacción, engaño o abuso, determina a una persona mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución. Al menos en los casos de violencia o coacción, parece difícil no apreciar aquí una violación en autoría

mediata a través de un instrumento que actúa por error (el cliente, que cree que el acto es consentido), y sin embargo la pena para estos casos es sensiblemente inferior a la de la violación, lo que no tiene justificación, y debería llevar a su desaparición o reforma ¹¹.

– La referencia a la intimidad permite también dar sentido a la figura agravada más característica de los delitos sexuales, la *violación* (art. 179 CP). Se trata del ejemplo perfecto de un atentado extremo, que incide de la forma más intrusiva (física) posible en la esfera más interna de la intimidad corporal. Desde una perspectiva exclusivamente ligada a la libertad de decisión no es fácil justificar la agravación de la pena, ya que, tanto si hay penetración como si no, se viola la libertad sexual de otro. Pero si se tiene en cuenta la intimidad todo resulta obvio.

Por último, y aunque, por razones de espacio ya no es posible abordarlo aquí, un enfoque centrado en la intimidad puede ayudar también a resolver algunos de los casos más debatidos de comportamientos sexuales: aquellos mediados por engaño y error, como la suplantación de personalidad o el *stealthing* ¹². En este último caso, por ejemplo, el *stealthing inverso* no debería castigarse como delito sexual ya que no se invade la esfera de intimidad de la víctima, sino que se elige una acción sexual *menos invasiva* que la acordada. Y en cuanto al *stealthing directo*, el sujeto consiente en una relación íntima en el primer nivel de intrusión, el interior del cuerpo, pero no consiente en el contacto más íntimo de todos, piel con piel y fluidos, así que sólo se lesiona la intimidad por el exceso. Si no hubiera por medio otras circunstancias ajenas a lo sexual, como la posibilidad de un embarazo no deseado o una transmisión de enfermedad, (*stealthing nudo*), el desvalor sexual a la intimidad existiría y tendría importancia, porque en ese nivel de intimidad el contacto corporal directo, y sobre todo el contacto de fluidos, es muy relevante, pero aun así sería

¹¹ Un convincente análisis crítico de esta figura puede verse en POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, 1/2022, pp. 206-229.

¹² Sobre ello, por todos, GREEN, S.P., *La criminalización del sexo*, pp. 147 ss.; COCA VILA, I., «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, C./MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; RAGUÉS Y VALLÉS, R., «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la LO 10/2022», en *Comentarios a la ley del «sólo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier: Barcelona 2023, pp. 100 ss.; y los trabajos de GILI PASCUAL, A., COCA VILA, I.; CASTELLVÍ MONSERRAT, C.; y VALVERDE CANO, A., en número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio, *InDret, Revista crítica de jurisprudencia penal*, 4, 2024.

inferior al de las agresiones sexuales prototípicas en las que el consentimiento no cubre nada del hecho, y desde luego no debería aplicarse la figura agravada de la violación, como acertadamente ha hecho el TS en 603/2024, de 14 de junio.

El apretado resumen anterior muestra que la introducción de la intimidad en el examen de los delitos sexuales enriquece el análisis, identificando en dónde reside su desvalor material, que no es sólo contradecir la libertad de decisión sexual de otro, sino hacerlo lesionando su intimidad.

82. CHASING A MOVING TARGET: INTERNATIONAL CORRUPTION BETWEEN GLOBAL MARKETS, CRIMINAL LAW AND ENFORCEMENT DILEMMAS

VINCENZO MONGILLO

Professore ordinario di diritto penale (Full Professor of Criminal Law)
Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza

I. CORRUPTION AS A TRANSNATIONAL AND SYSTEMIC PHENOMENON AND THE OFFENCE OF INTERNATIONAL BRIBERY

Corruption –as long emphasised by José Luis de la Cuesta, to whom this brief essay is dedicated with affection and deep admiration– is today a phenomenon that knows no national boundaries. It finds in globalisation particularly fertile ground for its expansion, fuelled by the growing concentration of decision-making powers, the increasing weight of economic interests and the weakening of States' regulatory capacities¹.

In his writings, De la Cuesta makes clear that corruption can no longer be understood as a merely isolated offence (*cohecho*) or as a simple malaise that affects public administration. Rather, it has evolved into a systemic and structural criminal phenomenon, capable of profoundly shaping democratic institutions, the quality of political life, market integrity and social justice.

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «La corrupción ante el derecho y la justicia», in *Diario La Ley*, No 8153, 20 September 2013, Year XXXIV (La Ley 5149/2013), p 1 ff.

For these reasons, corruption calls for an integrated approach that combines punishment with judicial cooperation, criminal policy, prevention, political accountability and mechanisms of self-regulation.

From this perspective, De la Cuesta emerges as a thoughtful theorist of complexity and restraint in the fight against corruption. This has led him to dismantle the illusion of purely penal solutions and to advocate criminal-policy programmes inspired by a *vocación de integralidad*, aimed at ensuring the quality of governance, transparency, and the limitation and control of margins of discretion².

Sharing this underlying perspective, the following analysis briefly examines the origins, transformations and outcomes of supranational strategies for the criminalisation of international corruption, as well as their repercussions within domestic legal systems, with particular attention dedicated to the offence of bribery of foreign public officials, considered as an emblematic expression of the «criminal law of globalisation».

To this end, the Italian experience is analysed as an exemplar, characterised by a certain degree of judicial dynamism but also by significant operational difficulties and deep tensions, which appear to reflect challenges common at the global level.

II. ECONOMIC GLOBALISATION AND THE CRIMINOLOGICAL TRANSFORMATIONS OF CORRUPTION: ENFORCEMENT CHALLENGES

The criminalisation of international corruption stands as one of the most significant and conspicuous manifestations of the penal-legal sedimentation of an economic and criminological reality that transcends the boundaries of the nation state³.

This development is inseparable from the process of economic globalisation, which has produced profoundly asymmetric effects. While capital, economic elites and large corporations have acquired a genuinely global dimension, workers, citizens and democratic institutions have largely remained anchored to territorial contexts⁴, giving rise to a growing crisis of state sove-

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Corruption: a complex phenomenon. In need of a comprehensive criminal policy», in *Revue Internationale de Droit Pénal – e-RIDP*, 2019, p 10 ff.

³ MONGILLO, V.: *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Naples: ESI, 2012, pp. 1 ff.

⁴ BAUMAN, Z.: *Globalization: The Human Consequences*, Cambridge: Polity Press, 1998.

reignty and of States' capacity to govern transnational phenomena⁵. Although recent pandemic and geopolitical crises have shaken the belief in the unlimited movement of goods, capital and people, the deep structures of the global economy, grounded in market interdependence and the flow of investments, remain substantially intact.

In this context, the global expansion of economic activities has multiplied not only opportunities for development but also occasions for illegality, fostering in particular a renewed spread of corrupt practices in international markets⁶, especially in sectors marked by intense interaction with public administration, including public procurement, extractive industries, construction, transport, healthcare and defence⁷.

A central protagonist of these dynamics is the multinational enterprise, engaged in global competition in which corruption presents itself as an illicit shortcut to competitive advantages⁸.

Transformations in how production is now organised have further amplified these risks. The shift from vertically integrated multinational models to network-based transnational structures, revolving around global value chains and contract-based governance arrangements, has made decision-making processes and lines of responsibility increasingly opaque and difficult to trace.

Against this background, oversight obligations along supply chains have acquired central importance. The European Union has recently focused on corporate due diligence through Directive (EU) 2024/1760, which must be transposed by 26 July 2027, in order to enhance transparency and address corporate accountability gaps.

From the standpoint of criminal enforcement, international corruption challenges traditional conceptions of space and sovereignty, placing significant pressure on legal systems' capacity to exercise effective control. Corrupt conduct unfolds across multiple jurisdictions; evidence is dispersed among different legal orders, languages and procedural frameworks; and cultural and normative divergences may shape the very perception of criminal wrongfulness.

⁵ Inter alia, SASSEN, S.: *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York: Columbia University Press, 1996; CASSESE, S.: *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turin: Einaudi, 2009, p. 131 ff.

⁶ MALEM SEÑA, G.F.: *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona: Gedisa, 2000; ROSE-ACKERMAN, S.: *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 9 ff., 27 ff., 177 ff.

⁷ OECD, *Foreign Bribery Report*, 2014.

⁸ In an extensive body of literature: LITVIN, D.: *Empires of Profit: Commerce, Conquest and Corporate Responsibility*, Mason, Ohio: Thomson, 2004; BAKAN, J.: *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, London: Constable & Robinson, 2004.

ness, thereby nurturing what has been described as the «discreet virtues of corruption»⁹.

Faced with this impasse, States have nevertheless sought to respond, either independently or, more often, under the impetus of supranational harmonisation processes¹⁰, through three main strategies: the creation of new criminal offences with an international component, of which the bribery of foreign public officials is the paradigmatic example; the expansion of State criminal jurisdiction beyond traditional territorial boundaries; and the introduction of criminal or quasi-criminal liability for legal persons.

Alongside these developments, recent decades have witnessed the emergence of the so-called «compliance revolution», which has profoundly reshaped conceptions of corporate governance and organisational crime prevention. Nevertheless, the extent to which such expectations are realistically enforceable and the point at which they risk being reduced to a mere box-ticking exercise, continue to call for robust empirical assessment¹¹.

III. THE US ORIGINS OF THE INTERNATIONAL TREND TOWARDS THE CRIMINALISATION OF FOREIGN BRIBERY

The origin of the contemporary trend in the fight against international corruption can be traced back to 1977, when the United States adopted the *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), in the aftermath of the Lockheed and Watergate scandals. This legislative intervention inaugurated an innovative model of business criminal law extending beyond national borders. Moreover, the FCPA did not limit itself to criminalising the bribery of foreign public officials but also introduced accounting requirements and transparency obligations designed to target the operational infrastructure of corruption¹².

This cornerstone of global criminal law has not been immune to shifts in US domestic politics, as recently illustrated by the abrupt change of course during the Trump administration, which marked a clear departure from the

⁹ G. KENIG, *Les discrètes vertus de la corruption*, Paris: Grasset, 2009.

¹⁰ On the international dimension of enforcement action: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Iniciativas internacionales contra la corrupción», in *Eguzkilore*, 2003, p. 5 ff.; QUINTERO OLIVARES, G.: «Problemas de la dimensión internacional de la lucha contra la Corrupción», in *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, Valencia: Tirant, p. 1083 ff.

¹¹ GARRETT, B.L./MITCHELL, G.: «Testing Compliance», in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 83, 2020, p. 47 ff.

¹² US DOJ – SEC: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, Second Edition, July 2020.

anti-corruption policy pursued under the Biden presidency, a policy that had even led to the adoption of an additional federal legislative measure extending criminal liability, in corruption-tainted international economic transactions, to the demand side and thus to foreign public officials¹³.

Nonetheless, the FCPA remains the foundational statute in this field. Approximately two decades later, that model triggered a domino effect, leading to the emergence of a dense network of European and international conventions and legislative instruments, including those adopted within the European Union (1997), the OECD (1997), the Council of Europe (1999) and the United Nations (2003). This proliferation of rules fuelled a form of *supranational penal inflation*, at times accompanied, particularly in the case of the UNCAC, by the promotion of holistic strategies combining repression and prevention.

These instruments, together with their respective Commentaries, constitute a genuine interpretative compass for the coherent and systematic interpretation of domestic provisions, ranging from Art. 322-*bis* of the Italian Criminal Code to Art. 286-*ter* of the Spanish Criminal Code, § 335a of the German StGB, and Arts. 435-1 ff. of the French Criminal Code.

Particular attention should also be paid, given its relevance, to the monitoring mechanism established under the OECD Convention, entrusted to the Working Group on Bribery (WGB) and based on peer review, which exerts significant reputational pressure on States.

The Italian legal system has likewise been directly affected by this process. Repeated observations by the WBG, followed in parallel by those of the Council of Europe's Group of States against Corruption (GRECO), contributed in 2012, through Law No 190/2012, to the revision of the offence of *concussione* (Art. 317 of the Criminal Code) and to the introduction of the offence of *indebita induzione* (Art. 319-*quater* of the Criminal Code). Since then, it has therefore no longer been sufficient to rely on the argument, which Matza and Sykes would characterise as a typical technique of neutralisation, that «that's how business is done», or, more colloquially, that «everyone does it». The payment of an undue advantage may exclude criminal liability only where it is intended to avert *unjust harm*, and not where it is aimed at securing an *undue advantage*, such as, for instance, the award of a contract at the expense of competitors, even when this occurs in order to escape an illegal demand by a public official¹⁴.

¹³ Foreign Extortion Prevention Act 2023, subsequently amended by the Foreign Extortion Prevention Technical Corrections Act 2024.

¹⁴ Further to the dichotomy between «the aim of the briber to avoid unjust harm (*concussione*) / the aim of obtaining an undue advantage» (*induzione indebita*) as drawn by *Corte Suprema di Cassazione* (Joint Sections) judgment no 12228 of 24 October 2013.

IV. THE TWO SOULS OF THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: BETWEEN MARKET INTEGRITY AND DEMOCRACY/HUMAN RIGHTS

The original rationale underpinning the fight against international corruption lay in the need to curb corrupt practices in foreign markets, insofar as such practices were seen to distort competition and consequently undermine the very rules of the market economy. Correspondingly, the criminal-law response was conceived primarily in economic terms.

Over time, however, this justification has been complemented by a second, broader awareness. International corruption does not merely compromise the fairness of commercial exchanges; it also strikes at the foundations of democracy and human rights. Corruption thus emerges not only as a blot on the market but also as a stain on democracy and social life.

These differing sensibilities are reflected in the main international conventions in the field. Alongside the more explicitly «economicist» approach embodied in the 1997 OECD Convention, aimed at safeguarding the integrity of international business transactions, stands the more value-oriented and institutional perspective of the 2003 United Nations Convention against Corruption (UNCAC), as well as that of the Council of Europe. This latter approach broadens the protected interests to include the proper functioning of public administration, democratic institutions and fundamental rights. As a consequence, strategies of repression do not fully coincide.

Nevertheless, a common policy thread runs through these instruments. As a general rule, they refrain from requiring that passive international bribery be made a criminal offence, at least outside the framework of the European Union and in the absence of harm to the Union's financial interests, as reflected in Directive (EU) 2017/1371 of 5 July 2017. This restraint may be explained both by concerns of effectiveness, given the practical difficulties involved in prosecuting foreign public officials, and by considerations of diplomatic balance.

That said, even this long-standing boundary may begin to erode in the near future. The European Commission's 2023 proposal for a Directive on combating corruption –which has recently emerged from a prolonged stalemate in the trilogue negotiations¹⁵– points towards a possible paradigm shift, transforming what under the UNCAC amounted merely to an obligation to

¹⁵ With reference to the proposed Directive –in respect of which I anticipated certain critical issues, subsequently addressed in the context of the trilogue– see MONGILLO, V.: «Strengths and Weaknesses of the Proposal for an EU Directive on Combating Corruption», in *Sis. pen.*, 31 July 2023, p. 1 ff.

consider criminalisation into a genuine duty to criminalise passive international bribery.

V. THE «MULTI-LAYERED» STRUCTURE OF ART. 322-BIS OF THE ITALIAN CRIMINAL CODE AND THE DIFFICULTIES OF INVESTIGATION AND ENFORCEMENT

The Italian provision governing international corruption – Art. 322-*bis* of the Criminal Code, introduced by Law No 300/2000 – exhibits a distinctly multi-layered structure, characterised by intricate cross-references. This drafting complexity reflects an exceptionally intense evolutionary trajectory: in little more than twenty-five years, the provision has been amended no fewer than eight times, resulting in a continual redrawing of its scope under the pressure of supranational obligations and interactions.

From a structural standpoint, however, the provision retains a dual configuration.

The first layer concerns *intra-EU corruption*, originally modelled on the 1997 EU Convention. It is characterised by: (a) the extension of liability to single-offender crimes, now encompassing, alongside bribery, embezzlement, *concussione*, undue inducement and the misappropriation of goods or benefits; (b) the punishability of the foreign public official; and (c) the absence of any requirement that the conduct be aimed at securing an economic advantage. As a result, the protected legal interest is identified in the proper functioning and impartiality of European public administration. Over time, this sphere has been expanded to include international organisations, supranational courts and even public officials of non-EU States in cases where the financial interests of the Union are affected.

The second layer relates to active *extra-EU corruption*, originally conceived as a transposition of the 1997 OECD Convention. From an enforcement standpoint, this is the form of transnational bribery that has most frequently engaged the Italian judiciary to date. Initially confined to bilateral offences, limited to the briber and requiring a specific intent to obtain an undue advantage in international business transactions, extra-EU corruption was traditionally classified as an autonomous offence aimed at protecting fair competition in global markets¹⁶.

¹⁶ Tribunale di Milano, judgment of 19 January 2010; Corte di Appello di Milano, judgment of 7 April 2016.

This framework has, however, gradually been superseded. As early as the 2009 reform, the additional requirement of specific intent was removed, thereby allowing for the punishment of bribery for the exercise of functions, including so-called facilitating payments. The decisive turning point came with Law No 3/2019, which aligned extra-EU active corruption with the rationale underlying domestic and intra-EU corruption offences, resulting in a further expansion of criminal liability.

By contrast, passive corruption committed by public officials of non-EU States remains excluded save, as noted above, where the financial interests of the Union are harmed. This reflects the enduring tension between State sovereignty and the universalistic aspirations of transnational anti-corruption policies.

Overall, the Italian legal system ranks among the most rigorous regimes at the international level, as further evidenced by the criminalisation of *ex post facto* international bribery, a step not required by international instruments. The most significant critical issues instead arise at the level of enforcement, a dynamic that is not an Italian anomaly but rather a common feature of all legal systems engaged in combating transnational corruption.

Although Italian case law does not comprise a large body of decisions, the domestic legal framework has not remained a dead letter. The principle of mandatory prosecution, together with the autonomy of public prosecutors, has helped to mitigate the risk of political interference or considerations of national interest.

Nevertheless, in recent years a decline in criminal proceedings for international corruption has been observed, accompanied by increased dismissals and acquittals, reflecting structural enforcement difficulties.

The fragility of international judicial cooperation, the shortage of specialised investigative resources and procedural delays all undermine effective repression. While the establishment of the European Public Prosecutor's Office represents a significant step forward, its jurisdiction is limited to offences –including active and passive corruption (arts. 22 to 25 of Regulation (EU) 2017/1939)– affecting the financial interests of the Union, leaving broader forms of international corruption to national authorities, with Eurojust playing a complementary coordinating role in judicial cooperation among Member States.

Equally significant are evidentiary obstacles. Establishing the public official status of the addressee of the conduct, the existence of an undue offer or payment, and the requisite *mens rea* demands considerable investigative effort, exacerbated by the frequent overlap between corrupt practices and legitimate commercial arrangements. The criminological constants of international *grand*

*corruption*¹⁷ further amplify enforcement difficulties. Offences committed in locations remote from the prosecuting State, the involvement of complex corporate structures, the use of intermediaries and offshore corporate vehicles and transnational money laundering dynamics together delineate a phenomenon that is structurally opaque and elusive.

V.1 The Concept of «Foreign Public Official»

Among the principal issues arising in the application of international corruption offences, a decisive role is played by the classification of the foreign individual as a «public official» or a «person entrusted with a public service», since the very configurability of the offence depends on this requisite. The problem is compounded by the absence of uniform definitions across legal systems, which makes the determination of public official status particularly complex and calls for harmonising solutions.

In order to prevent enforcement gaps, the OECD Convention (as well as the UNCAC) adopts –and requires States Parties to adopt– an autonomous definition of «foreign public official», detached from the *lex loci*¹⁸. Italy has implemented this approach through a criterion of «functional correspondence» (Art. 322-*bis*(2) and (3) of the Criminal Code), thereby anchoring the assessment of the status in question to the domestic parameters set out in Arts. 357 and 358 of the Criminal Code. Under Italian law, what matters is not the formal status of the individual under foreign law, but rather the nature of the functions exercised or the performance of activities in the public interest, in short, «what one does» rather than «what one is».

The assessment of functional correspondence, however, cannot be reduced to a purely factual inquiry. It requires knowledge of the applicable foreign law, which is not always readily accessible. At this point, a preliminary misunderstanding should be dispelled. It is not necessary to establish whether the individual formally holds a public law status under the law of the country of origin¹⁹. What is essential is to ascertain, in light of foreign legislation, the

¹⁷ See HAVA GARCÍA, E.: «Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional», in *Rev. Nuevo Foro Penal*, 2016, No 87, pp. 60-98.

¹⁸ Moreover, that autonomous notion – as also noted by DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Corruption: a complex phenomenon ...», p. 3 –, contrary to the FCPA, did not include political parties or candidates for public office in a foreign country.

¹⁹ Consequently, the concerns expressed in the OECD, *Phase 4 Report*, cit., pp. 46-48, according to which «the offence of foreign bribery in Italy is not autonomous, contrary to Article 1 of the Convention and Commentary 3» appear to rest on a misreading.

type of activities performed and the powers exercised within the relevant institutional framework. Accordingly, as clarified by the Italian Supreme Court of Cassation in its leading 2009 decision²⁰, courts are required, pursuant to the principle of *iura novit curia* and Art. 14 of Law No 218 of 1995 on private international law, to ascertain of their own motion the relevant foreign legal provisions, making use, where necessary, of institutional support or expert assistance. This results in an applicative model that requires the criminal court to adopt, as it were, a bifocal gaze capable, of combining the domestic legal perspective with a genuine comparative sensitivity. Italian case law, moreover, does not confirm OECD concerns about a systematic inability to establish the public official status of foreign individuals; on the contrary, it reveals a marked tendency to recognise such status, including with regard to senior officials of foreign state-owned companies.

V.2 The Role of Intermediaries: Proving the Corrupt Agreement

From an enforcement perspective, the most significant difficulties arise in relation to intermediaries²¹. While the involvement of third parties is a natural feature of economically and legally complex contexts, it becomes problematic when such actors serve as conduits for illicit payments, typically concealed behind sham consultancy or agency agreements.

The first difficulty concerns proof of the link between the sums paid to the intermediary and the promise or transfer to the foreign public official. This issue goes to the core of bribery as an agreement-based offence, which requires an illicit exchange, a *do ut des* or a *quid pro quo*.

The second obstacle, addressed in the following subsection, relates to establishing the corrupt intent (*dolus*), on the part of the principal, namely the awareness and willingness to use the intermediary as an instrument of corruption.

These difficulties are further exacerbated by the asymmetrical structure of international bribery under Art. 322-*bis*(2) of the Italian Criminal Code. In line with the OECD Convention, the provision criminalises only the active side of corruption, without providing for the punishability of the foreign public official, unlike the model applicable to domestic bribery. The unilateral offen-

²⁰ Corte Suprema di Cassazione (Section VI) judgment no 49532 of 5 November 2009.

²¹ In the vast majority of cases, bribes are paid through intermediaries: OECD: *Foreign Bribery and the Role of Intermediaries, Managers and Gender*, 2020.

ce of extra-EU bribery thus appears as an anomalous form of corruption and is structurally unbalanced. The absence of criminalisation on both sides often renders proof of the corrupt agreement exceptionally difficult, all the more so because any lowering of evidentiary standards compared to domestic corruption would be inadmissible. Nor can the offence of incitement to corruption, under Art. 322 of the Criminal Code, fully remedy this gap.

Rather, a partial compensatory tool is represented by the offence of trading in illicit influence, under Art. 346-*bis* of the Criminal Code. Despite its particularly troubled legislative history, this offence has remained substantially unchanged in the part concerning corrupt «pre-agreements», even after the markedly restrictive reform introduced by Law No 114 of 2024²². Under Italian law, trading in influence allows, where proven, the punishment of the illicit agreement between the principal and the intermediary, whereby the former mandates the latter to corrupt a foreign public official.

In its Report on Italy of 13 October 2022, the OECD Working Group on Bribery expressed concern about several acquittals in cases of international corruption, criticising the judicial application of the rules on circumstantial evidence and advocating a unitary assessment of indicia. This criticism, however, appears to rest on a misunderstanding. Art. 192(2) of the Italian Code of Criminal Procedure requires that, for facts to be inferred from circumstantial evidence, such indicia be «serious, precise and concordant». Italian courts do not appear to demand unreasonable or excessive detail as to the corrupt agreement, such as the exact date and place or the precise financial terms, but rather proof of the essential elements of the *pactum sceleris*, in accordance with the standard of proof beyond any reasonable doubt. A dilution of this standard would undermine a cornerstone of the right to a fair trial.

V.3 (Continued) Proving the Briber's Corrupt Intent

It is not uncommon for a company to pay a sum of money to an intermediary operating abroad, mandating them to do whatever is within their power to secure the conclusion of a transaction. In such cases, the intermediary may act with a high degree of autonomy, even engaging in conduct that exceeds the limits of legality. The question then arises whether, under Italian law, such behaviour on the part of the principal may entail criminal liability.

²² On the 2024 amendment, see MONGILLO, V.: «Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto», in *DPP*, 2024, No 9, p. 1138.

International corruption, as defined in Art. 322-*bis* of the Italian Criminal Code, is an offence with a *mens rea* of intent, which presupposes a certain degree of awareness and volition on the part of the offender.

In common law systems, and particularly in the US, the scope of the mental element tends to be construed more broadly. Although the FCPA formally requires knowledge, enforcement practice often considers wilful blindness to be sufficient, that is, the attitude of deliberately choosing not to see the illegality of what is occurring in order to derive a benefit.

A comparable tendency appears to be emerging, albeit more cautiously, within Italian case law, through an expansion of the less demanding form of intent, namely *dolus eventualis*. A decision of the Italian Supreme Court of Cassation in 2021, albeit concerning domestic bribery, acknowledged that *dolus eventualis* may suffice for the *mens rea* required for corruption involving acts contrary to official duties under Art. 319 of the Criminal Code. Criminal liability may thus arise where the principal entrusts a third party with full freedom of action and accepts the risk that the objective will be pursued through unlawful means, even if the principal remains extraneous to the conclusion of the corrupt agreement²³.

Case law has further clarified that, in cases of corruption through an intermediary, it is not necessary for the corrupter to know the identity of the bribed public official, who may even remain unidentified, provided that it is established that the intermediary's activity was in fact directed at corrupting a person vested with public functions²⁴.

VI. CRIMINAL JURISDICTION AND COMPETITION AMONG STATES

From a comparative perspective, a widespread trend can be observed towards the expansion of the spatial reach of criminal law, pursued through two complementary strategies²⁵. On the one hand, States have broadened the criteria for asserting *extraterritorial jurisdiction*. On the other, they have stret-

²³ Corte Suprema di Cassazione (Section II) judgment no 23335 of 15 June 2021.

²⁴ See, for example, Corte Suprema di Cassazione (Section VI) judgment no 34929 of 23 July 2018; Id., judgment no 1 of 2 January 2015.

²⁵ Further on this point, MONGILLO, V.: «Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale 'sconfinata': il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie», in *RIDPP*, 2023, No 1, p. 111 ff.; BLANCO CORDERO, I., «La aplicación de la ley penal en el espacio y la competencia de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», in *REDEPEC*, Vol. 6, July 2025, pp. 1 ff.

ched the *principle of territoriality*, giving rise to forms of «unbound territoriality»²⁶.

In common law countries, such as the US under the FCPA and the UK under the Bribery Act 2010, and more recently also in France following the adoption of the *Loi Sapin II* in 2016, the former approach has been preferred. National jurisdiction is extended on the basis of minimal and often tenuous connecting factors²⁷, sometimes sufficient to support claims of quasi-universal reach.

By contrast, in continental legal systems, and particularly in Italy, the same result is achieved primarily through an expansive interpretation of the principle of territoriality (Art. 6 of the Criminal Code). Under this approach, jurisdiction may be established even where only a fragment of the criminal conduct has taken place within the national territory, or where the offence has been committed abroad but with some form of participation originating in Italy²⁸. Accordingly, elements such as a bank transfer, a communication, a meeting or a corporate decision taken in Italy may suffice to ground domestic jurisdiction. In emblematic cases, such as *Saipem* in 2016, jurisdiction was affirmed on the basis of the mere conception (or ideation) of the criminal scheme in Italy²⁹. Subsequent case law, however, clarified that generic intent or mere travel cannot in themselves establish jurisdiction, in the absence of further elements qualifying the transfer as conduct preparatory to the unlawful activity³⁰.

This State «hunt for jurisdiction», fuelled also by significant economic and geopolitical interests, carries the risk of compressing defence rights, starting with the principle of *ne bis in idem*, which does not operate at international level, outside the EU. The growing tendency of certain European countries to emulate the US model, particularly with regard to negotiated instruments such as deferred prosecution agreements, also reflects a desire not to be excluded from a global enforcement dynamic.

Beyond the evocative, yet now largely utopian, hypotheses of universal criminal enforcement, the fight against transnational crime should not be reduced to a jurisdictional competition among States. Recent developments con-

²⁶ KRISCH, N.: «Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance», in *EJIL*, Vol. 33, 2022, No 2, pp. 481, 502.

²⁷ In the UK and France, even the carrying out of a minimal part of the briber's economic or commercial activity within the territory of the prosecuting State is deemed sufficient.

²⁸ Amongst many, *Corte Suprema di Cassazione* (Section IV) judgment no 17026 of 17 December 2008 and judgment no 16010 of 7 October 2021.

²⁹ *Corte Suprema di Cassazione* (Section VI) judgment no 11442 of 17 March 2016.

³⁰ *Corte Suprema di Cassazione* (Section VI) judgment no 56953 of 20 December 2017.

cern mainly the *ex post* management of jurisdictional conflicts through multi-lateral cooperation and negotiated justice. Transnational settlements, such as the agreement reached in the *Airbus case* in 2020³¹, aim to avoid excessive cumulative sanctions and to allocate financial penalties among the prosecuting States. However, they raise concerns regarding transparency, judicial oversight and the risk of selective enforcement, whereby corporations may end up bearing economic penalties that effectively conceal individual criminal responsibility³². Negotiated mechanisms may be acceptable, provided that they remain firmly anchored within a fully judicial framework and, in particular, are subject to approval by an independent and impartial judge.

VII. CONCLUDING ASSESSMENT AND OUTLOOK

More than twenty-five years after the entry into force of the 1997 OECD Convention, the overall assessment of strategies to combat international corruption appears inevitably ambivalent.

From the perspective of normative harmonisation, the process can largely be regarded as successful. Almost all States have introduced specific criminal offences, also under the universalising impetus of the 2003 UN Convention against Corruption.

The picture is markedly different, and far more problematic, when it comes to the effectiveness of enforcement. Convictions for foreign or non-domestic bribery remain extremely limited worldwide. Vast areas of the world remain essentially untouched by any application of the relevant criminal provisions. Even where enforcement does occur, it is highly uneven and often appears driven more by the need to preserve an individual State's international credibility, under the pressure of transnational governance mechanisms

In this context, strengthening international judicial cooperation and cross-border investigative capacities remains indispensable, but not sufficient.

Nor can the ambiguity of certain particularly aggressive enforcement models be overlooked. The evolution of the US FCPA is emblematic in this respect. Enacted in order to preserve the international credibility of US democracy and to prevent the transnational *Virus der Korruption* from producing a

³¹ In this case, the European defence giant agreed to pay €3.6 billion, apportioned between France, the UK and the US.

³² This distortion was addressed in the US with the Yates Memo in 2015: *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 9 September 2015.

contagion effect within the domestic system³³, this rationale cannot be elevated to the status of a legally protected interest (*bien jurídico*) without rendering the offence absolutely indeterminate and incompatible with fundamental principles of criminal law³⁴.

US enforcement statistics show that the vast majority of the most significant actions have involved foreign companies, to the point that some legal scholars in the US have described the FCPA as a kind of «*international anti-corruption business tax*» imposed on non-US multinationals³⁵. Nevertheless, President Trump, by executive order of 10 February 2025, suspended the application of the FCPA for 180 days, arguing that its enforcement had harmed US economic interests and national security³⁶. The country that first planted the seed of the fight against foreign bribery, forty years later, decided to sever part of its own ethical and entrepreneurial roots in the name of domestic economic and geopolitical expediency.

Finally, another fundamental issue remains unresolved: who protects the real victims of international corruption?³⁷ The residents of the most fragile States continue to bear its social and democratic costs, without confiscated proceeds being channelled into meaningful forms of compensation or reparation.

Ultimately, the problem lies less in abstract normative gaps than in the economic and geopolitical dynamics that continue to fuel transnational corruption. As long as corruption is perceived as a competitive factor by corporations, it will remain an evergreen phenomenon capable of adapting to any regulatory climate.

This brings us back to the starting point, namely the need for an integral criminal policy vision, as taught by José Luis de la Cuesta.

³³ On this rationale, see KUBICIEL, M.: «Auslandsbestechung und Institutionenschutz: Schutz inländischer Ordnungssysteme durch § 335a StGB», in HOVEN, E./KUBICIEL, M. (eds.): *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 45 ff., 56; BOSWELL, N.Z.: «An Emerging Consensus on Controlling Corruption», in 18 U. Pa. J. Int'l Econ. L., 1997, p. 1166.

³⁴ See also SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: «Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros», in *Persuadir y razonar. Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 655.

³⁵ LEIBOLD, A.: «Extraterritorial Application of the FCPA under International Law», in *WLR*, Vol. 51, 2015, p. 225 ff.

³⁶ This intervention was followed, on 9 June 2025, by the adoption of new guidelines: the US Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General: *Guidelines for Investigations and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 9 June 2025.

³⁷ See PETERS, A.: «Corruption as a Violation of International Human Rights», in *EJIL*, Vol. 29, 2018, No 4, p. 1251 ff.

83. CONCEPTOS DEFINITORIOS DEL ODIO Y SU DESARROLLO TÍPICO*

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Miembro Honorario del Instituto Andalúz Interuniversitario de Criminología (UGR)

Profesor Emérito. Universidad de Granada (España)

I. INTRODUCCIÓN

Después de todas las reformas llevadas a cabo, con mayor o menor intensidad, desde la fijación inicial y básica de 1995 hasta la última de 2022, que seguro se verá sobrepasada en fechas no lejanas, el artículo 510 se ha sobredimensionado con exceso, lo que no deja de confundir en algunos de sus aspectos con farragosa descripción, posiblemente porque además en los últimos años, el aumento de expresiones, dentro de los muchos tipos contenidos en el capítulo que de una u otra manera, quiere responder a delitos de odio, manifestación mayoritaria, pero inequívoca, como *infra* iré pergeñando, pues en un adelanto, el propio 510.1.a) al que preferiblemente voy a atender, cita el odio, junto con la hostilidad, discriminación o violencia, en el mismo nivel y como presencia resultante de la base conductual del tipo.

* A José Luis de la Cuesta Arzamendi, destacado penalista, referencia imprescindible de la moderna criminología, internacionalista, importante gestor.

II. PUESTA EN COMÚN DE LAS DIVERSAS CONDUCTAS CONTENIDAS EN EL ART. 510. 1 A).

Es objetivo prioritario de este escrito seleccionar la materia relevante que configura el citado número 1 a) del artículo 510, como base esencial del resto de las tipicidades de dicho extenso precepto desde una perspectiva crítica y política criminal variable, marcando, desde una perspectiva sistemática y, al mismo tiempo, la diferente relación entre las partes que configuran el citado artículo 510. La primera de ellas y principal son las tres conductas que el legislador utiliza para dar la referencia esencial del delito –fomentar, promover o incitar–. Sin embargo, la redacción inicial del artículo 510 fue, la que provocó a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones; por tanto, era una sola conducta «provocar», que, en una interpretación auténtica del legislador, estaba definida por el artículo 18.1, como un acto preparatorio punible: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

Pero desde su publicación en 1995, la doctrina, por ejemplo, Lorenzo Copello, ya advirtió con buen criterio que bastaba una observación superficial para comprender que la definición transcrita no puede trasladarse íntegramente al comportamiento típico que se analiza. Y ello «por la sencilla razón de que la provocación definida en la Parte general consiste en la incitación a cometer un delito, punto de referencia este último que no está presente, al menos necesariamente, en el art. 510. Aquí se trata de provocar a "la discriminación, al odio o a la violencia" y ninguno de estos tres términos presupone por sí mismo una conducta delictiva»². La reforma 1/2015, suprimió la señalada conducta y la sustituyó por las tres actualmente reguladas. El cambio no está justificado por parte del Preámbulo de la ley, aunque la doctrina, así Portilla Contreras, mantiene que la desaparición de dicho término, si se realizase una estricta interpretación, como el señalado acto preparatorio del artículo 18, únicamente podrían castigarse supuestos de incitación directa al delito por lo que no cabría sancionar ni la incitación al odio (por no ser delito, ni el ensalzamiento, negación, justificación, incitación indirecta, fomento, promoción de estos delitos,

² LAURENZO COPELLO, P. «La discriminación en el Código Penal de 1995». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, 1996, p. 253.

ya que «tales figuras quedarían fuera del ámbito del tipo penal si realmente se cree en el principio de legalidad»³.

Lo curioso de todo lo anterior, es que una de las conductas sustitutas lo es por «incitar», verbo con el que se suele iniciar el concepto normativo de provocación, que sigue igualmente en el texto actual de artículo 18. Si el problema era la no presencia en la provocación indirecta, se podía haber añadido o mejor planteado la totalidad del tipo como quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa e indirectamente a la discriminación a través del odio, la hostilidad o la violencia, pues si como reitera Portilla Contreras las meras expresiones, discursos o informaciones de odio únicamente se castigan en la medida en que supongan una incitación a la discriminación o violencia, es decir cuando engendren un peligro potencial de actos discriminatorios o violentos⁴. Semejantes afirmaciones avalan la propuesta inicial realizada *supra* que iré argumentando a lo largo del resto del escrito. De todas formas, la presencia del verbo incitar no deja de ser problemática por su proximidad a la provocación y por su compleja interpretación. Hostilidad, por su parte, es un concepto difuso de no fácil concreción. Según el DRAE, cualidad de hostil, enemistad, oposición, rivalidad, antipatía, enfrentamiento, ninguna de ellas me parece suficiente para generar las exigencias de artículo 510, en cuanto es un sentimiento no lo suficientemente fuerte, para completar un delito de estas características, más cercano a contenidos militares que jurídicos; eliminación que de nuevo me lleva a la propuesta anterior discriminación por hostilidad. Un sector de la doctrina partiendo de la idea de aceptar el término de «delitos de odio», cuestión ya sumamente discutible a pesar de su frecuente utilización, sustenta la realidad incluso de la hostilidad como término.

Hay, no obstante, un grupo que rechaza el término «delitos de odio» al considerar que se trata de un término vinculado al motivo o ánimo subjetivo que lleva al autor a cometer el delito basado en la susodicha hostilidad a las personas o colectivos por el color de su piel, etnia, origen, discapacidad, orientación o identidad sexual, etc. En tal sentido De Vicente Martínez considera que son conductas cuya motivación está basada en el odio y la discriminación y por ello violan la dignidad y los derechos fundamentales de las víctimas, a lo que añade, que lo que se sanciona no es el «odio», en sí, como sentimiento, ni las ideas o pensamientos sino las conductas para promover, concepción de manera restrictiva, en terceros ciertos comportamientos discriminatorios, vio-

³ PORTILLA CONTRERAS, G. «La represión penal del discurso del odio». *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Dir. Quintero Olivares. Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 725-726.

⁴ *Ibidem*, p. 731.

lentos, de hostilidad o de odio que repercutan contra un colectivo definido, que vulneran la dignidad y los derechos fundamentales de las víctimas, provocan un daño comunitario, enfrentando sociedades, rompen la convivencia y generan un alarmante impacto social⁵; en todo ello de acuerdo porque así está regulado, pero al mismo tiempo sometido a semejante tipicidad. Desde tal afirmación, muy a tener en cuenta por lo que significa de fortalecer la idea del delito de odio, cuando se extrae alguna de las cuatro hipótesis que regula el artículo 510, tanto el odio como la discriminación, con un papel referencial que mientras siga regulado como actualmente permanece es prácticamente imposible. En definitiva, quiero decir que el odio al cual preferentemente me refiero no es un elemento autónomo tal como está en el artículo 510 y también en la agravante 4 del artículo 22, sino una forma más alternativamente presentada junto a las otras tres. Distinto es, desde esa perspectiva, que la interpretación de su contenido y alcance sean variables.

Sobre lo anterior y al hilo del discutible papel que genera el susodicho planteamiento del odio es necesario detenernos en su apreciación dentro del artículo 510 y similares. De todo lo visto hasta ahora, pueden reducirse a dos las posibilidades a presentar.

La primera de ellas la del «delito de odio». Hay que partir de la idea que el Código penal no refiere dicho término de delito, aunque sea muy utilizado por doctrina y jurisprudencia y las instituciones nacionales e internacionales. No obstante, y precisamente, por ello la dificultad de situarlo dentro de un contexto jurídico penal delictivo como tal. Se está ante un fenómeno especialmente abierto, transversal, al que se le quiere incorporar múltiples opciones ilícitas de variables y complejas naturalezas y que, como pone de manifiesto De Vicente Martínez, se ve impulsado por determinadas corrientes ideológicas⁶, para su mejor posicionamiento político con la utilización del odio, en la idea de perjudicar al contrario y, en definitiva, como una amenaza para la paz pública.

Dos son las opciones a utilizar: delito de odio o discurso de odio. Este último se concibe frecuentemente como una variedad de aquel, como una parte de un todo. Aunque no de acuerdo total con esta apreciación, parece conveniente iniciar el análisis sobre el primero, a pesar de sus debilidades como tal dentro del Código penal español, que reitero, en mi opinión, lo omite. Dos problemas de envergadura giran alrededor de los delitos de odio: por un lado,

⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia, 2018, p. 33.

⁶ *Ibidem*, p. 33.

la dificultad de un consenso en cuanto al concepto del término, variable según sus orígenes dogmáticos y el bien jurídico; otro su ubicación en los Códigos penales y demás textos al respecto.

En relación a lo primero, son múltiples las definiciones dadas, precisamente por la dificultad que genera dentro de los diversos sistemas. Mas unitarios se presentan a nivel internacional, pues también es más sencilla la aceptación de dichos delitos, al partir de su reconocimiento sustancial. Así, el sentado por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE 2003), delito de odio: «toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la ‘raza’, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos». Planteamiento sumamente amplio que sin citar expresamente el odio sobrepasa los contenidos desarrollados en el artículo 510, del Texto punitivo español. En ella, con cierta habilidad redactora y de fondo se pretende acomodar el concepto a todos los Estados integrantes de OSCE. Según la interpretación de De Vicente Martínez sobre esa configuración –no señalado en el texto– con semejante definición se indica que un delito de odio requiere dos elementos para su consideración: a) es un acto penalmente tipificado como delito en la legislación nacional; b) ha sido cometido con motivación prejuiciosa, es decir, la víctima ha sido escogida por su pertenencia, real o percibida, a un grupo que el autor desprecia, rechaza u odia⁷. En definitiva, la terminología internacional hace referencia, por tanto, a todas aquellas conductas típicas motivadas por intolerancia, es decir, por prejuicios o animadversión en atención a la pertenencia de la víctima a grupos, colectivos o asociaciones consideradas como diferentes por razones diversas tales como la raza, la nacionalidad, la orientación sexual, la discapacidad, la ideología o las creencias religiosas.

Semejante perspectiva y razonamiento es clave por su derivación a los Estados miembros, entre ellos España, que, sin embargo, puede rozar la oportunidad de su consolidación, fundamentalmente por la dificultad de someterse, tal como está tipificado actualmente, a la exigencia primera del delito de odio.

La jurisprudencia española es partícipe de la dificultad conceptual de dicho delito, que desde una perspectiva algo confusa admiten, sin una solidez argumental para su inclusión como delito en el artículo 510. Así, la

⁷ *Ibidem*, p. 32. A pesar de ese planteamiento mayoritario en la doctrina hay algún sector que lo rechaza.

STS 646/2018, de 14 de diciembre, manifiesta lo siguiente: «El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un *animus* ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa» (asimismo STS 89/2025, 5 de febrero). Este planteamiento descriptivo sobre el delito de odio bien estructurado y marcado, está sostenido en la afirmación de situarse ante un delito, que, como tal, no es validado en nuestro Código penal. En todo caso, dado el señalamiento del término odio en el artículo 510, hay que buscar su interpretación en el discurso del odio.

La distinción entre delito de odio y discurso de odio no tiene una trayectoria especialmente lejana en el tiempo, que parece empezar en la reforma de 1/2015 y sobre una comprensión de que el discurso de odio es una variedad del delito del odio. Ciertamente es que en el derecho penal positivo español no existe una definición sobre ninguno de los dos; exclusivamente y, reitero, la indicación anterior es la referencia a «odio», que acoge junto a otras previsiones de parecida naturaleza los delitos contenidos en el artículo 510 –precepto, que se ha convertido, con razón, en el paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente⁸–, y siguientes. En consecuencia, a lo anterior, la interpretación de uno y otro y su alcance ha de realizarse extra Texto punitivo, para su aplicación en los susodichos artículos y ya dentro del Texto.

Comentado el delito, paso al discurso, que también es un concepto extenso en sus contenidos, que ha sido descrito como «claro en su núcleo y difuso en su alcance». Ciertamente es que la presencia del discurso para haber oscurecido la del delito, más en España donde no es fácil, como estoy comentando, la

⁸ A lo que se añade como cautelar previsión a la cita que «sin perjuicio de que muchas de las consideraciones que se hacen en este documento puedan servir para superar las dificultades interpretativas que se observen en otras modalidades delictivas relacionadas con esta materia, no exenta de controversia doctrinal y jurisprudencial». *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, p.3.

utilización del delito, a pesar de las constantes citas y nominaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En este sentido, y a nivel internacional donde ha sido tratado con cierta intensidad; pero dado el carácter limitativo en texto de este trabajo he de seleccionar «Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo» adoptada el 8 de diciembre de 2015 y en Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, matiza que «el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de "raza", color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales». Semejante Recomendación abre un extenso panorama para su inclusión en el artículo 510, en cuanto odio, atendido en su interpretación por jurisprudencia y doctrina. Aunque con la necesaria adaptación a las exigencias normativas que contempla nuestro Código penal.

Álvarez Suárez, entre otros, partiendo de la dificultad de encontrar un concepto universalmente aceptado, muestra una serie de elementos necesarios para definir el discurso del odio: a) la existencia de una aversión o rechazo hacia una persona o un grupo de personas –semejante planteamiento imprescindible; sin embargo, tiene que ser matizado y así lo hace el autor: por un lado, tal como se plantea falta completar con las exigencias típicas, en este caso, de la regulación exigente del Código penal español, solo así difícilmente se podría hacer un reproche penal, pues se está ante un sentimiento difícilmente reprochable en un Estado democrático de Derecho y un elemento subjetivo no es por sí mismo suficiente para justificar la exclusión de dicho discurso del objeto de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, matizable en atención al alcance del indicado elemento subjetivo–; b) La existencia de un grupo vulnerable –no se contempla expresamente con la utilización del vocablo vulnerable, pero se deduce de la determinada razón de su pertenencia al grupo por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, donde radica la vulnerabilidad que ha de ser suficiente para su inclusión en el tipo, pudiendo dirigirse las expresiones contra la colectividad o contra un miembro en virtud de su pertenencia a dicho grupo, desde esta perspectiva no

serían discurso del odio, por tanto, las expresiones dirigidas contra políticos, monarcas u otros representantes públicos, ni tampoco los dirigidos contra individuos que no se encuentren en una situación de vulnerabilidad–; c) Un *ánimus nocendi* o intención de dañar⁹, que desde mi punto de vista queda exclusivamente en el dolo, y así indicaré *infra*.

Como puede comprobarse, la diferencia entre delito de odio y discurso de odio, no es especialmente sensible e intensa, pero muestra algunas previsiones de interés más cuando lo estamos desarrollando a través de Código penal español. Una relevante distinción entre uno y otro se sitúa en la presencia del discurso de odio, criminalizado en el artículo 510, evidentemente sobre el concepto inicial de odio instrumentalizado sobre las cuatro variables a las que se dirigen las tres tipos de conductas, mientras los delitos de odio se visualiza en la medida en que estos son delitos comunes y, en opinión, de Landa Gorostiza, sobre cuya base se articula una especificidad de protección –y correlativa prohibición con pena intensificada– cuando la conducta en cuestión se dirige contra los colectivos citados. En ese planteamiento, con el que discrepo, sobre todo con la asunción de los delitos comunes, en el ámbito del delito de odio, como *infra* argumentaré, los delitos de odio en sentido estricto pueden así hacer referencia a todo tipo de agravaciones de pena respecto del delito base por razón del grupo al que se dirige la agresión. En un sentido más amplio, no obstante, el delito de odio agruparía a las agravaciones en sus distintas variantes, pero también a prohibiciones penales de protección de colectivos vía discurso del odio criminalizado e incluso vía determinadas conductas discriminatorias criminalizadas (por ejemplo, delitos de denegación de prestación o laboral de los artículos 511, 512 y 314 CP¹⁰). En definitiva, como finalmente se plantea es el discurso de odio el que, criminalizado, dará respuesta al odio prescrito en el artículo 510.

Sobre lo narrado y argumentado hasta este momento, es preciso concretar la interpretación derivada de ello, por un lado, y, por otro, analizar los componentes del artículo en cita y, en su caso, siguientes desde una versión crítica, pero adecuada a la regulación actual de nuestro Texto punitivo. En primer lugar, hay que deducir la inoperancia de delito de odio, pues no está reconocido como tal, al que se dota, a veces, por jurisprudencia y doctrina, sin una base sólida para ello. La referencia del artículo 510 al odio, está alejada de delito de

⁹ ÁLVAREZ SUAREZ, J. «El concepto de ‘Hate Speech’ en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Huri-Age. Red Tiempo de los Derechos. Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 16, 2020, pp. 7-8.

¹⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio (artículos 510 y 22,4 CP 1995)*, Valencia, 2018, p. 25.

odio, y amparada por el discurso del odio, pero concretado en su papel de medio para cerrar el delito con alguna de las conductas referidas.

Los delitos regulados en el artículo 510, especialmente en el n.º 1 a) están soportados sobre tres conductas de interpretación abierta y no directa y en exclusiva implicadas, como tales, con el odio y menos con los delitos de odio. Son, como se ha reiterado, públicamente fomentar, promover e incitar, directa o indirectamente, cuestionable esta última, elementos, los cuatro, diferentes al menos en principio que requieren un estudio distinto e independiente, dado el nivel igualitario con que se muestran en el texto punitivo, cuestión esta que obliga a diferenciarlas en la elaboración delictiva, pero presentadas alternativamente: fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Asimismo, estos se visualizan de manera disyuntiva con características propias cada una de ellos, siempre bajo las exigencias del resto de elementos. Aquellas, las dos primeras, tienen un cierto paralelismo en su contenido y alcance. Gramaticalmente «fomentar» se interpreta como promover, impulsar, por ejemplo, odio o violencia; «promover», impulsar el desarrollo o la realización de algo, en este contexto, impulsar hostilidad o discriminación. Del Rosal Blasco sugiere en una primera aproximación que fomentar y promover son sinónimos y, en este extremo, la redacción del CP es redundante¹¹.

La tercera es la más complicada y permanente en el anterior tiempo, «incitar» y aunque con la reforma 1/2015 desapareció la única conducta que regulaba el tipo «provocación», todavía continua, ya ha sido dicho, en el artículo 18.1, como un acto preparatorio punible y definida con interpretación auténtica «directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito». Es obvio que lo interesado de esta definición con distintos objetivos es el verbo incitar, el resto no coincide ya que en la actual descripción del artículo 510 se exige publicidad, dirigido contra un grupo o una parte del mismo o contra una persona por razón de su pertenencia a aquel. En todo caso su presencia genera opiniones controvertidas que llegan al máximo de rechazo, como la mantenida por Portilla Contreras, para el que en la incitación al odio, no existe bien jurídico alguno, «es tan solo la excusa para reprimir la libertad de expresión»¹², o las tres conductas en petición, crítica, de una posible unificación, ya que los términos fomentar, promover e incitar son sinónimos, y todos ellos se refieren a que el

¹¹ DEL ROSAL BLASCO, B. «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas». *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 5.ª ed. Dir. Morillas Cueva. Madrid, 2024, pp. 1507-1508.

¹² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La represión penal...*cit., p. 722.

sujeto intenta o logra generar, en quien no lo tenía, los sentimientos de odio u hostilidad, o la resolución de realizar actos de discriminación o de violencia en quien no pensaba realizarlos.

Analizadas la trilogía de conductas, es necesario, a pesar de las valoraciones críticas que han sido puestas de manifiesto, colocarlas como base de los posibles delitos tipificados en el artículo 510. Es obvio, al menos para mí, que en esta situación normativa y sistemática cualquier delito relacionado con el odio ha de estar sometido a las indicaciones programadas con cierta intensidad en el propio tipo. Se ha de partir de tres posibilidades, que marcan los tres delitos posibles –como he planteado anteriormente, las tres conductas podrían unificarse de *lege ferenda*, en una y no exactamente volviendo a la provocación, que es una opción que incluye la incitación; sino a una integradora adaptada a las modificaciones llevadas a cabo y a la actualidad de estas figuras y que bien podría ser «la discriminación»–. Sea cual sea la referencia base del medio, estará bajo la exigencia de dos elementos guía de la conducta, que Landa Gorostiza marca en «su dirección contra un colectivo, coloreado por un elemento subjetivo, motivacional»¹³.

En tal línea explicativa sobre soportes distintos, el autor en cita, con buen criterio, ha visualizado esta posibilidad, al marcar como primera modalidad típica lo que puede denominarse delito de incitación pública al odio¹⁴. Concretando que según el nuevo tenor típico el objeto de la incitación, fomento o promoción no tiene por qué ser una conducta delictiva en particular y trataría de una incitación –o provocación– *sui generis* que pretende aprehender en la prohibición penal discursos destinados a amplios sectores de la población para incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afección potencial de sus derechos fundamentales.

Cierto es que con la reforma de 2015, su tipología queda excesivamente abierta, como se está viendo en lo escrito hasta este momento, según Landa Gorostiza «perderse definitivamente la referencia a un delito concreto como objeto de la incitación, promoción o fomento, la interpretación del precepto queda excesivamente abierta y sólo puede perfilarse la prohibición penal de conformidad con el mandato de taxatividad del principio de legalidad si se

¹³ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *Los delitos de odio...*cit, p. 66.

¹⁴ Esta opción que puede ser válida en principio, proyecta una innumerable posibilidad de delitos: delito de incitación pública, delito de incitación pública al odio, delito de incitación pública a la discriminación, delito de incitación pública a la violencia, delito de fomentar públicamente al odio, delito de fomentar públicamente la hostilidad, delito de fomentar pública la discriminación, delito de fomentar públicamente la violencia, delito de promover públicamente al odio, delito de promover públicamente la hostilidad, delito de promover públicamente la discriminación, delito de promover públicamente a la violencia.

lleva a cabo una articulación restrictiva de interpretación con sus bases de constitucionalidad que pasa, simultáneamente, por una reducción teleológica del tipo atenta a la dimensión colectiva de su objeto de tutela»¹⁵. En definitiva, estoy de acuerdo con la propuesta del autor en cita, con la especial salvedad de considerar insuficiente para aunar las tres conductas descritas con la utilización del verbo incitar que genera más problemas que ventajas. Precisamente para esa imagen típica central posibilitaría la idea de la «discriminación», institución referencial en todos estos delitos y con validez constitucional directa, con una comprensión de discriminación específica para la acogida en el Texto punitivo como medio, y una general abierta que, entre otros parámetros sustentaría los delitos del artículo 510 y afines.

Sea como fuere, es relevante esta línea interpretativa con el objetivo de cumplir las exigencias del tipo en todas sus variables, donde el odio, discurso del odio, queda en un preciado segundo plano como medio destacado junto a la hostilidad, discriminación y violencia parámetros esenciales para el desarrollo de las conductas de fomentar, promover o incitar a las que, además, se les puede dar de *lege ferenda* una unidad sobre la incitación, la discriminación, o sobre la nostálgica despedida de la provocación adaptada a los cánones más actuales referidos *supra*. Es evidente que nuestro legislador, por estas y otras cuestiones no estuvo especialmente afortunado, lo que no evita asimismo algunos aciertos.

Así parece incuestionable que con semejante planteamiento los únicos delitos que de manera secundaria pueden ser delitos de odio –por ejemplo, delitos de incitación al odio, donde la base central es la incitación, incitar si se utiliza el verbo, y que se muestra como un delito de peligro abstracto en cuanto supone la anticipación de la barrera punitiva adquiriendo entidad propia– aquellas conductas que generan un riesgo para el bien jurídico y cuya consumación se produce con la simple peligrosidad de la conducta, por ejemplo que se produzca con la incitación al odio. Es, igualmente, un tipo doloso que no necesita ningún elemento subjetivo del injusto o dolo reduplicado, basta con conocer la voluntariedad y el querer del acto.

Al hilo de lo anterior, y mi postura sobre este tema ha quedado clara líneas más arriba, existe un amplio movimiento doctrinal que al margen de los evocados, para mí únicos y con dificultades del artículo 510 y similares, mantiene la amplia hipótesis de posibles delitos de odio, incluso se elaboran catálogos con dichos delitos, que mantenido a lo largo del texto punitivo el legislador ha tenido en cuenta sobre una motivación del autor basada en el odio o en la discriminación para incluir, en diferentes Títulos, diversas figuras al res-

¹⁵ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *Los delitos de odio...*cit, p. 67.

pecto «que responden a los conceptos de delito de odio o delito de discriminación». No creo que se pueda transformar ningún tipo de delito común a delito de odio o de discriminación por el hecho de que junto a las tipologías del susodicho delito este se haya construido por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación.

Las respuestas no pasan por ese transformismo delito común-delito de odio, con los impedimentos de este último para ello según se ha planteado con detenimiento *supra*, pasa por la agravante 4 el artículo 22, dedicada, en relación a su agravación a motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación que se completa con una relación tasada de hipótesis referenciales muy cercanas a las previstas precisamente en el artículo 510, así: «ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad» Dos cautelas a tener en cuenta: a) una, normativa, todo lo anterior con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta, b) otra, interpretativa, su aplicación no está restringida a delitos concretos, sino que, al menos, en teoría lo es a todos, excepto que esté contemplada expresamente en un delito determinado, caso, por ejemplo del artículo 510.

En definitiva, la susodicha agravante se asienta en tres motivos, racismo, antisemitismo y fórmula abierta, pero que pueden ser ordenados sistemáticamente en varios grupos: racismo –raza, etnia–; antigitanismo, ideología –religión, creencias, ideología política, antisemitismo–, opciones sexuales y género –sexo, orientación o identidad sexual o de género, razones de género–, físicos –enfermedad, discapacidad–, motivaciones sociales –aporofobia, exclusión social–. No basta para la realización delictiva que la víctima sea uno de los sujetos del tipo o que se den las condiciones narradas en él, es preciso que se obre por los motivos discriminatorios indicados –no es suficiente para la aplicación de la agravante que A lesione a B, de raza gitana; se necesita que lo haga por su pertenencia a dicha etnia y motivado por su racismo y antigitanismo–. Sí será de aplicación si A lesiona a B en la puerta de una sinagoga, por el odio que le tiene a los judíos. Delito de lesiones con la agravante 4 del artículo 22¹⁶.

Esta es una de las cuestiones que mayor crítica ha levantado en torno a dicha circunstancia pues parece que con ella, y para su exacta aplicación, hay que introducirse en terreno valorativo personal de complicada concreción en

¹⁶ Vid., con más detalle, MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal Parte General*. 2.^a ed., Madrid, 2026, pp. 1037-1040.

cuya averiguación, como término motivacional, habrá que estar a una compleja, pero necesaria, carga de prueba. La STS 314/2015, de 4 de mayo, que admite las anteriores consideraciones marca un interesante equilibrio en positivo, que comparto, entre la realidad de la agravante y las disfuncionalidades advertidas: no obstante, dice, «los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el Derecho Penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que se entienda positiva su incorporación al Código penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que este y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de tal circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia». En toda la narración cabe el odio del artículo 510, para fijar los términos de la agravante. En caso contrario, habrá que estar a los concursos de difícil aplicación desde esta perspectiva.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN FINAL

Se llega al final, junto a todas las propuestas y planteamientos llevados a cabo en el texto redactado, donde se han justificado de manera puntual, comprometida y solvente las diversas aportaciones y desencantos de una figura tan socialmente atendida como es el odio, el cual inicialmente se muestra como un sentimiento tan humano como puede ser su contrario el amor, aunque posiblemente más negativo, y ambos tienen bastantes variables que se adecuan al caso concreto. Por ello hay que ser especialmente sensible en la criminalización del odio, tal como se ha planteado en este escrito, sin supervaloración en prácticamente muchos delitos comunes, sin delitos de odio, con la agravante citada 4.^a, artículo 22, y con la presencia limitada del odio en el artículo 510 con el alcance previsto y sobre una línea procedimental de intervención mínima, con la exigencia de legalidad y taxatividad, de lesividad y materialidad, de proporcionalidad, de protección a la igualdad, a la dignidad de la persona, a la no discriminación y a todos los demás derechos fundamentales que enriquecen el Estado social y democrático de Derecho.

84. DE 1995 A 2025: TREINTA AÑOS DESDE LA TIPIFICACIÓN DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN ESPAÑA

PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ ¹

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995 introdujo en el artículo 159 el delito de manipulación genética, en un título que engloba figuras muy heterogéneas, entre las que ésta es la que más se ajusta a su rúbrica «Delitos relativos a la manipulación genética» ².

La oportunidad de incriminar una conducta con una viabilidad técnica entonces muy dudosa suscitó un debate doctrinal entre quienes sostenían que se sobrepasaban los límites de la intervención el derecho penal, frente a quie-

¹ Esta publicación se enmarca en las líneas de investigación del Grupo de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias (CISJANT), del Sistema Universitario Vasco. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU).

² La manipulación genética sin finalidad terapéutica ya estaba sancionada en el artículo 20.2.B n) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (la sanción se trasladó en los mismos términos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Posteriormente, La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica introdujo la prohibición de realizar cualquier intervención dirigida a la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia (art. 74.2 C.a).

La prohibición administrativa, por lo tanto, abarca manipulaciones genéticas relacionadas con la reproducción, sea cual sea su finalidad (a partir del año 2007). Parece que se sigue así lo previsto en el art. 13 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, ratificado por España el 5 de octubre de 1999, según el cual «Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia».

nes encontraban razones que la defendían para este supuesto³. El avance científico, más concretamente el descubrimiento de la técnica conocida como CRISPR/Cas9, que se ha aplicado ya en humanos, justifica una revisión del sentido de este delito.

En los años ochenta se descubrió la existencia del sistema CRISPR/Cas, que es un mecanismo con una función inmunitaria basada en modificación del genoma de los seres vivos. Más tarde se desarrolló la tecnología que permitió utilizar este recurso para editar secuencias de ADN, cada vez de forma más sencilla y precisa⁴. En el año 2018 nacieron dos niñas en China con inmunidad al virus del VIH (infección que supuestamente padecía su padre) tras un proceso de reproducción asistida donde se aplicó esta técnica⁵. Al año siguiente, el Comité de Bioética de España publicó la Declaración sobre la edición genómica en humanos⁶, donde afirmó que, más allá de las dudas éticas que plantea su utilización, «esta técnica no ha superado el nivel de seguridad necesario para su aplicación clínica en humanos, por la posibilidad, entre otras, de alterar secuencias similares en el genoma fuera de los objetivos marcados». El comité rechazó su uso con fines directos o indirectos de mejoramiento (la mera *biología o ingeniería perfectiva*), como consideraba que había ocurrido en el caso de las dos niñas nacidas en China, por constituir un «mero programa eugenésico, y de los principios de precaución y proporcionalidad, al existir actualmente otras alternativas para el abordaje terapéutico y la prevención de la transmisión del VIH». La Declaración finaliza con un «llamamiento a la comunidad científica y a la sociedad en general para que el uso de dichas técnicas quede sujeto al respeto de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos, y a los principios de responsabilidad, precaución y seguridad».

A continuación, se plantea si la regulación penal de la manipulación genética es la adecuada para hacer frente a este nuevo escenario biotecnológico.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Los llamados delitos de ‘manipulación genética’ en el nuevo Código Penal español de 1995», en *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 5, 1996, p 53.

⁴ BERNARDO ÁLVAREZ, A.: *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, Granada: Comares, 2024, pp. 45-48.

⁵ REGALADO, A.: «Chinese scientists are creating CRISPR babies» en *Mit Technology Review*, 25 nov 2018. <https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies/>. Acceso el 21 de noviembre de 2025.

⁶ Comité de Bioética de España: Declaración sobre la edición genómica en humanos, 2019. <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/CBE-Declaracion-sobre-edicion-genomica-en-humanos.pdf>. Acceso 25 de noviembre de 2015.

II. TÉRMINOS CIENTÍFICOS

El artículo 159 del Código Penal dispone que: «1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.»

En la redacción de este artículo que acude a términos que provienen del ámbito de la ciencia biomédica y la biotecnología, cuyo significado es necesario analizar para comprender el sentido de los elementos del tipo. La interpretación no se debería apartar de este significado, si bien, a la vez, su sentido en el Código Penal puede desplegar un alcance propio, teniendo en cuenta otros factores, como el espíritu que guio su redacción o el contexto normativo en el que se sitúa⁷. En este apartado se describirá qué se entiende por «manipulación genética», «genes», «genotipo» y «taras o enfermedades graves».

1. Manipulación genética

La manipulación o edición genética es «la manipulación de los genes realizada mediante técnicas de genética molecular»⁸. La finalidad de esta modificación es la elección de rasgos genéticos, es decir, la adquisición o pérdida de una característica de naturaleza genética.

No es manipulación genética la selección de características por otros medios que no requieran herramientas biotecnológicas, como esterilizaciones o fomento de reproducción de determinados individuos, o que no impliquen la modificación de la secuencia de ADN, como la selección de gametos o embriones, la clonación, o la transferencia nuclear. Lo relevante en la delimitación del término (y en la valoración de la técnica) no se refiere a que el resultado se aparte (o no) de la variabilidad que existe en la naturaleza, sino a la manera en que se produce, que es utilizando la biotecnología para modificar la

⁷ Sobre la naturaleza de estos términos, véase PORTERO HENARES, M.: «La eliminación de taras o enfermedades graves como elemento del tipo del delito de manipulación genética», en *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 49, 2018, pp. 170 y ss.

⁸ LACADENA, J.R.: «Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético» en *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 5, 1996, p. 209.

molécula de ADN. En efecto, desde hace milenios se practican métodos para dirigir los caracteres genéticos, tanto en humanos como en agricultura y ganadería, pero la biotecnología proporciona más rapidez, precisión y variabilidad a la hora de conseguir este propósito. El salto es tan importante que tiene relevancia cualitativa y supone una afectación a intereses, derechos y bienes jurídicos que no están implicados en otros casos. No obstante, aquellas otras intervenciones pueden compartir algunas valoraciones desde el punto de vista ético-jurídico.

A la hora de determinar los intereses, derechos y bienes jurídicos implicados en la edición genética, es importante identificar las distintas finalidades, la incidencia en la heredabilidad y la viabilidad de la técnica.

La finalidad de la edición genética en humanos podría ser evitar una enfermedad (propósito «terapéutico»), prevenirla (propósito «preventivo») o mejorar el bienestar o las capacidades (propósito «de mejora»). En estos casos podría ocurrir que la secuencia de ADN modificada se encuentre igual en otro individuo de la especie humana, es decir, no se estarían generando nuevas variabilidades genéticas de individuos humanos; o bien que se trate de una secuencia no encontrada en otros genomas humanos, lo que generaría más incertidumbre en cuanto a sus consecuencias para la salud. Incluso, hipotéticamente, las manipulaciones podrían dirigirse a crear seres interespecie o transhumanos.

En cuanto a la heredabilidad de la modificación genética, dependerá de la célula en la que se realice la intervención. Si se realiza en las células preembrionarias totipotentes se extenderá a todas las células de ese individuo en las siguientes etapas de su desarrollo, incluyendo los gametos (óvulos o espermatozoides). Lo mismo ocurrirá si se realiza en gametos a partir de los cuales se genere un individuo. Si la modificación se lleva a cabo en células somáticas (que son las que ya están diferenciadas en cuanto a su función, salvo los gametos), no se transmitirá por reproducción.

Finalmente, por lo que respecta a la viabilidad técnica de la edición genética, se puede afirmar que en la actualidad es muy alta. De hecho, existen medicamentos comercializados basados en esta técnica (medicamentos de terapia génica –somática–) y también se ha realizado con éxito edición genética en línea germinal⁹. En definitiva, la técnica es viable, aunque su utilización con uno u otro propósito puede ser mucho más complicada si no está identificada la secuencia genética que determina un rasgo, o si una característica depende de múltiples secuencias genéticas o de factores genéticos y ambientales. Por esta razón se ha afirmado que la edición genética que pretenda modificar ca-

⁹ Véase la nota número 4.

racterísticas como la altura, la agilidad o la inteligencia (fines de mejora) es poco realista¹⁰. En cuanto a la edición genética «interespecie», en principio, técnicamente también sería viable y ya se ha llevado a cabo en animales, a través de la inserción de genes humanos en ADN de otra especie¹¹. En todo caso, esta técnica requiere de una alta especialización y de la disponibilidad de determinadas instalaciones y recursos. Además, la edición genética en línea germinal se realiza en contextos de reproducción asistida, requiere un muy alto número de óvulos por el índice de fracaso y su efectividad es muy baja.

2. Genes humanos y genotipo

Los genes son fragmentos de la molécula de ADN (ácido desoxirribonucleico) con una función específica, es decir, unidades de información determinante en la síntesis de proteínas (codificación) que, a su vez, inciden en el funcionamiento de las células¹². En la secuencia de ADN la mayoría de las regiones no desempeña esta función de codificación si bien algunas de ellas pueden repercutir también en el funcionamiento del organismo (por ejemplo, determinando cuándo se expresan los genes). Las regiones no codificantes se encuentran tanto en los genes como en otros segmentos de la molécula¹³.

El genotipo es la secuencia de nucleótidos que forma el ADN de un organismo, compuesta por los genes y por otras regiones no codificantes. Se podría decir que el genotipo es la constitución genética de un ser vivo, que sustenta su identidad genética. El ADN es igual en todas las células de un individuo (salvo en los gametos —óvulos y espermatozoides—, que tienen la mitad de la carga genética) si bien pueden producirse mutaciones a lo largo de la vida, que no se

¹⁰ BERNARDO, A.: Edición genética en seres humanos, cit, p. 163.

¹¹ Utilizando la tecnología CRISPR se han introducido genes humanos en animales para que sus órganos, que luego serían utilizados en los trasplantes, expresaran proteínas de origen humano y así se evitaran posibles rechazos en los pacientes. Esto podría abrir, al menos teóricamente, la posibilidad de que se hiciera al revés (introducción de genes animales en ADN humano): «The liver came from a Bama miniature pig (Sus scrofa domestica) bred by the company Clonorgan Biotechnology in Chengdu, China. It contained six genetic modifications, says Wang. These deactivated three genes that contribute to the production of three sugars found on the surface of pig cells and introduced three genes for human proteins, to prevent the recipient from rejecting the pig organ» (Fuente: «First pig liver transplanted into a person lasts for 10 days», publicado en Nature News en 2024).

¹² FÉLIX M. GOÑI URCELAY, F.: «Genoma Humano», en Romeo Casabona, C.M. (coord.): Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Comares, Granada, 2011, pp. 912 y ss. Accesible en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/168>. Último acceso el 25 de noviembre de 2025.

¹³ GARCÍA MONTERO, A., «ADN», en Romeo Casabona, C.M. (coord.), Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Comares, Granada, 2011, pp. 23 a 26. Accesible en <https://enciclopedia-bioderecho.com/>. Último acceso el 25 de noviembre de 2025.

transmiten por reproducción si no afectan a los gametos. Estas mutaciones se pueden producir por el efecto de distintos factores, como la radiación, en un grupo determinado de células o tejidos. Cuando esto ocurre no se puede afirmar que el genotipo de ese individuo se ha modificado, ya que su constitución o identidad genética sigue siendo la misma, a pesar de que se hayan producido cambios en algunas de sus células.

El genotipo se hereda de los progenitores biológicos a partir del ADN de los gametos de cada uno de ellos. Los mecanismos de combinación de este ADN hacen que cada ser humano sea único, si bien varía de un individuo humano a otro únicamente en un 0,1 %. igual que ocurre en otras especies animales¹⁴. La diferencia entre el ADN humano y el de otras especies se continúa estudiando y, en algunos casos, parece ser mayor que la identificada hace algunos años¹⁵.

3. Taras o enfermedades graves

No están castigadas por este delito las manipulaciones genéticas que tengan como finalidad la «eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», incluyendo las que traten de eliminar o disminuir «predisposiciones», puesto que es una forma de eliminación¹⁶. Por eso, la enfermedad a efectos del artículo 159 deberá ser aquella en que exista identificación del gen implicado, de la mutación responsable y certeza de la relación fenotipo (expresión) / genotipo (secuencia de ADN)¹⁷, puesto que es el único caso en que la manipulación genética puede eliminarla o disminuirla. La mayoría de las enfermedades hoy conocidas de este tipo tienen muy poca prevalencia y muchas son incur-

¹⁴ Why should mitochondria define species?

<https://www.biorxiv.org/content/10.1101/276717v1.full.pdf>

¹⁵ MARQUES-BONET, T. *et al.*: «A burst of segmental duplications in the genome of the African great ape ancestor» en *Nature*, 457(7231), 2009 pp. 877-81.

¹⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos relativos contra la vida y la integridad, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada: Comares, 2003, p. 285. En este mismo sentido: Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health (CDBIO) Genome editing technologies: final conclusions of the re-examination of Article 13 of the Oviedo Convention, 2022. Accesible en <https://rm.coe.int/cdbio-2022-7-final-clarifications-er-art-13-e-2777-5174-4006-1/1680a87953>. Último acceso el 2 de diciembre de 2025.

¹⁷ Estos son requisitos para realizar un diagnóstico genético preimplantatorio en el Sistema Nacional de Salud cuando se trata de llevar a cabo la selección de embriones para decidir cuáles se implantan y cuáles no. Orden SND/606/2024, de 13 de junio, por la que se crea el Comité Asesor para la Cartera Común de Servicios del Área de Genética, y por la que se modifican los anexos I, II, III, IV y VII del Real Decreto 10/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

bles, ya que, en general, las patologías están causadas por diferentes factores, genéticos y ambientales.

En cuanto a la gravedad de una enfermedad, es una condición a la que se hace referencia en diferentes contextos legislativos, con distintos umbrales para su delimitación. En la legislación sobre eutanasia, la enfermedad grave es la que produce padecimientos «insoportables»¹⁸, mientras que en la regulación sobre planes o fondos de pensiones es, entre otras, la que incapacita temporalmente por un periodo de tres meses y requiere tratamiento en un centro hospitalario¹⁹.

En definitiva, la gravedad no es un baremo estático, sino que se gradúa en relación con su sentido en cada contexto. Como se ha afirmado, «La consideración de si una enfermedad es grave o no, a efectos jurídicos, es obvio que radica en una cierta potestad discrecional, pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no» (STSJ ICAN 1623/2019, de 12 de marzo, ECLI:ES:TSJICAN:2019:1623).

En el ámbito biomédico es frecuente la exigencia de una valoración y autorización caso por caso para determinar si una enfermedad reúne las características de gravedad que justifican una intervención en particular, ponderando la gravedad y el riesgo de manera inversamente proporcional (por ejemplo, para realizar intervenciones terapéuticas en un preembrión²⁰ o el uso compasi-

¹⁸ Según la Ley Orgánica 3/2002, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, enfermedad grave e incurable es «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva» (art. 3 c).

¹⁹ Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

²⁰ Artículo 13 «1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo *in vitro* sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. 2. La terapia que se realice en preembriones *in vitro* sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente. b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación. c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza. d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto. 3. La realización de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.»

vo de medicamentos)²¹. En definitiva, la gravedad en el artículo 159 debe ser de tal naturaleza que justifique el riesgo de la intervención. Esto solo se puede valorar cuando se conoce el grado de validación de la técnica empleada y las características de la enfermedad a que se dirige.

III. ELEMENTOS DEL DELITO ANTE NUEVOS ESCENARIOS BIOTECNOLÓGICOS

1. Conducta típica y resultado

El delito de manipulación genética se trata de un delito de medios determinados, puesto que se castiga a quienes «manipulen genes». Como se dijo antes, los genes son segmentos de ADN con una función determinada en la síntesis de proteínas, mientras que otras regiones de esta molécula se han denominado tradicionalmente como «no codificantes» por no tener esta característica. Por esta razón, parece que para incidir en un rasgo determinado por la genética la vía es actuar en los genes, puesto que son las secuencias de ADN que inciden en el funcionamiento del organismo. Sin embargo, esta afirmación no es del todo exacta, puesto que recientemente se están identificando también funciones importantes del ADN considerado «no codificante», hasta el punto de considerar que esta distinción está dejando de tener sentido²². Por eso sería más adecuado que, como medio para cometer el delito, se utilizara la expresión «manipulen la molécula de ADN». No obstante, si la manipulación de regiones del ADN que no se encuentren en los genes tuviera el mismo sentido a efectos del delito que la manipulación «de genes», debería equipararse esta

²¹ Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

²² Por esta razón se ha criticado en ocasiones la distinción tajante entre ADN codificante y no codificante: «Sin embargo, la investigación llevada a cabo durante la última década ha demostrado claramente que en la parte no codificante del ADN puede haber regiones reguladoras que permiten activar o desactivar genes y, por lo tanto, tienen una gran importancia para la expresión de los mismos. La evidencia científica ha demostrado que una proporción considerable de la variación de la función del gen es proporcionada por elementos reguladores del ADN, que pueden estar dentro de los genes, cerca de los genes o incluso distantes a los genes, y no solo por las variantes de ADN codificantes de proteínas dentro de los genes como se había supuesto en el pasado». Informe de la Comisión Técnica Permanente de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos, de 2019. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/OrganismosMinisterio/Documents/Informe%20y%20recomendaciones%20de%20la%20CTP%20sobre%20las%20nuevas%20tecnolog%C3%ADas%20de%20an%C3%A1lisis%20gen%C3%A9tico%20y%20nuevos%20marcadores%20de%20ADN%20de%20origen%20biogeogr%C3%A1fico%20y%20de%20rasgos%20fenot%C3%ADpicos%20externos.pdf>. Último acceso, 1 de diciembre de 2025.

última, sin que el alcance del tipo quede constreñido por el sentido exacto del término «genes» en la biología o biotecnología.

Para la consumación del delito el tipo requiere como resultado la alteración del genotipo, es decir, de la constitución genética de un ser humano (se castiga a quienes «manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo»). No se requiere un daño o lesión en el genotipo, sino simplemente una «alteración».

La manipulación de genes humanos (por ejemplo, un corte en la cadena de AND) para alterar el genotipo de un ser vivo no humano no es una conducta típica, aunque sí es un ilícito administrativo²³. Tampoco lo es la manipulación genética en células adultas, sino solo en células reproductivas. Por eso, como ha señalado José Luis de la Cuesta, el término genotipo debe entenderse empleado en el sentido de caracteres genéticos heredables²⁴. De este modo, el artículo 159 no castiga la manipulación en línea somática, sino únicamente la germinal, es decir, en gametos a partir de los cuales se vaya a generar un individuo con un determinado genotipo, o en preembriones, cuyas células son totipotentes (con capacidad para diferenciarse en cualquier tipo de célula que compone un organismo completo), lo que supone que la modificación en alguna de ellas se reproducirá en otras constitutivas de su identidad genética. El alcance de este delito se acercaría así a lo previsto en el artículo 13 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, ratificado por España el 5 de octubre de 1999, según el cual «Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia»²⁵. La manipulación genética somática podría, en su caso, constituir un delito de lesiones.

²³ Art. 74.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica: «(...) C) Son infracciones muy graves: (...) f) La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, a salvo de lo previsto en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.» Otra experimentación con animales que no suponga la producción de híbridos interespecíficos con material genético humano, deberá seguir la normativa general, incluyendo las revisiones y autorizaciones previstas en este ámbito. Véase, ARMAZA, E.: «Estatuto jurídico de los animales. Bienestar animal. Utilización de animales con fines de investigación», en Romeo Casabona, C.M./Nicolás Jiménez, P./Romeo, S. (dirs.): *Manual de Bioderecho*, Dykinson, 2025, pp. 875 y ss.

²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Los llamados delitos de ‘manipulación genética’ en el nuevo Código Penal español de 1995», cit., p. 63.

²⁵ Para un análisis crítico de este artículo véase DE MIGUEL BERIAIN, I.: «¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos», en *Revista de bioética y derecho*, n.º 47, 2019, pp. 55-75.

La consumación del delito se produce cuando el preembrión se ha implantado y comienza la gestación, puesto que en estadios anteriores la vida humana en formación queda fuera de la tutela jurídico penal²⁶.

En resumen, se puede sostener que la conducta típica consiste en manipular genes (u otra secuencia funcionalmente equivalente del ADN) en gametos destinados a la reproducción o en preembriones, que son su objeto material. El sujeto del delito es el embrión implantado en gestación y el delito se consuma cuando comienza la gestación.

Además de las condiciones anteriores, solo será típica esta manipulación cuando persiga una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves. Más arriba se explicó la dificultad de delimitar los términos «taras o enfermedades graves» y la necesaria condición de que se examine cada caso y se apruebe a través de la correspondiente autorización.

Nada hace pensar que la finalidad se refiere exclusivamente al beneficio para el sujeto pasivo, de manera que sería lícita, por ejemplo, una manipulación que persiguiera la histocompatibilidad para una futura donación de células que necesitara un familiar. Viene al caso recordar que este propósito está previsto en la legislación sobre reproducción asistida para llevar a cabo un diagnóstico preimplantacional y la posterior selección de embriones²⁷ (no se trata de afirmar que se trata de situaciones equivalentes, sino de explicar que este rasgo tiene un componente genético y que se pondera para evaluar la licitud de otras técnicas cercanas).

El tipo doloso es un delito de intención («... con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo): si la finalidad es curativa no se cometerá el delito, aunque se produzcan mutaciones no deseadas.

Es más discutible si ocurre lo mismo en la modalidad imprudente, que no recoge expresamente aquella condición («Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años»). Según José Luis de la Cuesta quedan fuera del tipo imprudente, como modalidad del delito, las alteraciones producidas cuando el pro-

²⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1994, p. 91. ROMEO MALANDA, S.: *Intervenciones genéticas en el ser humano y derecho penal*, Granada: Comares, 2004, pp. 133 y 135.

²⁷ Según el artículo 12.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: «La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional (...) cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso».

pósito hubiera sido curativo, ya que aquel elemento se exige en el tipo doloso; de producirse resultados lesivos para la vida o la salud, serían punibles a través de los tipos generales de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto. No obstante, el autor reconoce que la redacción del artículo 159.2 admite interpretaciones más amplias²⁸. Esta segunda opción incluiría cualquier manipulación genética que produjera una modificación en el genotipo por no haber observado de manera grave el debido cuidado. Sería el caso de un procedimiento validado clínicamente en el que no se hubiese seguido la *lex artis*, o de un procedimiento experimental practicado sin la correspondiente autorización o apartándose de sus condiciones²⁹. Sin embargo, parece más coherente con la sistemática del delito la primera de las opciones, teniendo en cuenta que las conductas excluidas podrían quedar sancionadas administrativamente.

2. El bien jurídico protegido

La doctrina ha propuesto varias alternativas a la hora de identificar el bien jurídico protegido en el delito de manipulación genética: bienes jurídicos colectivos (integridad genética de la especie humana), bienes jurídicos individuales (integridad genética individual, vida humana prenatal, el genotipo, la salud e integridad, la dignidad humana), o soluciones mixtas (inalterabilidad del patrimonio genético o patológica en una doble vertiente, del sujeto y de la especie humana)³⁰.

En relación con los bienes colectivos, es importante tener en cuenta que en el estado de la ciencia no parece realista considerar que la intervención humana pueda poner en peligro la integridad genética o la inalterabilidad del patrimonio genético de los humanos como especie. En efecto, esta afectación solo se produciría si la alteración fuera heredable, lo que requiere actuación en gametos o preembriones y un procedimiento de reproducción asistida para su transferencia a la mujer; además, a pesar de la evolución de la tecnología y la irrupción de CRISPR, la alteración del genotipo en estas entidades y su viabi-

²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Los llamados delitos de ‘manipulación genética’ en el nuevo Código Penal español de 1995», cit., p. 65.

²⁹ Como se ha señalado, se trataría de supuestos en los que se hubiera actuado «Con el más absoluto desprecio a la *lex artis* y a la normativa administrativa vigente pues debe tratarse de una imprudencia grave. A este respecto será especialmente relevante conocer el estado de la ciencia y las posibilidades reales de llevar a cabo esa intervención concreta sin que se produzca como resultado una modificación genética no deseada». ROMEO MALANDA, S.: «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, C.M./Sola Reche, E./Moldova Pasamar, M.A. (dirs.): *Manual de Derecho Penal*, Granada: Comares, 2025 p. 133.

³⁰ Estas propuestas se analizaron con detalle y críticamente en ROMEO MALANDA, S.: *Intervenciones genéticas en el ser humano y derecho penal*, cit., pp. 341.

lidad es todavía muy compleja. Por estas razones no parece que se pueda considerar que el uso de herramientas de manipulación genética represente, ni remotamente, un peligro para la inalterabilidad o integridad del patrimonio genético de la especie humana.

De entre los bienes jurídicos individuales afectados que se han identificado, los conexos con la vida o la salud no parece que encajen en la configuración del tipo. De otro modo, se trataría de un delito fundamentado en la peligrosidad de la alteración del genotipo para aquellos bienes, lo que es hipotético y no justificaría la intervención del derecho penal³¹. El bien jurídico que de forma más evidente queda afectado por la conducta es la integridad genética individual no condicionada por manipulaciones, que tiene una vertiente vinculada con la salud pero con un mayor alcance, y también con la dignidad del ser humano. La manipulación genética hoy es una técnica no validada y la afectación a la salud del individuo justifica su prohibición, pero, más allá de esta implicación, la modificación genética que resulta en un preembrión implantado en el útero de una mujer supone que la constitución genética de este individuo queda condicionada por la voluntad de terceros. Sin caer en el determinismo genético, no cabe duda que el genotipo, único en cada ser humano, es un elemento en el que se fundamenta la identidad y que condiciona el funcionamiento del organismo y, en definitiva, el desarrollo vital, incidiendo en la personalidad. El no ser objeto de una creación en la búsqueda de ciertas características es un valor intrínseco al ser humano. La constitución genética no condicionada por decisiones de terceros debe ser protegida como un bien jurídico de una entidad que justifica la intervención del derecho penal³². No obstante, las mutaciones patológicas, presentes en el ADN de todos los seres humanos, tienen un efecto negativo o potencialmente negativo en el funcionamiento del organismo y, por consiguiente, no son un componente del genotipo que deba ser considerado valioso o merecedor de protección penal. En definitiva, puede sostenerse que la constitución genética no patológica de un individuo, fruto de la herencia recibida de los progenitores, es el bien jurídico protegido por este delito. Esta posición se vincula a la concepción mantenida hace ya décadas por el Consejo de Europa que, como recuerda Vicente Bellver, sostiene que los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio Euro-

³¹ ROMEO CASABONA, C.: «Los llamados delitos relativos a la manipulación genética», *Estudios de derecho judicial*, núm. 36, 2001, p. 343.

³² Puesto que, como afirma Vicente Bellver: «Será conforme a la naturaleza ontológica del ser humano que la dotación genética no sea fruto de la decisión arbitraria de nadie sino fruto del azar». BELLVER CAPELLA, V.: «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, núm. 90, vol. 27, 2016, p. 235.

peo de Derechos Humanos llevan aparejados el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación³³.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Diez años después de su tipificación, la manipulación genética es una técnica que se ha perfeccionado. Su implicación para intereses, derechos y bienes jurídicos es muy diferente si solo afecta a células somáticas, pero no a la constitución genética del individuo (genotipo), o se realiza en línea germinal. En el primer caso no se identifican diferencias sustanciales en relación otra técnica que puede afectar a la salud del individuo. En el segundo caso, sí, y parece que es el supuesto que recoge el delito del artículo 159.

Cuando el genotipo de un individuo no es el resultado del proceso de combinación del ADN de los progenitores, sino de la intervención humana, se produce un cambio trascendental: su identidad genética ha quedado condicionada por la voluntad de terceros a través de un procedimiento que, además, puede perjudicar su desarrollo. No obstante, una secuencia del ADN con efecto patológico no puede considerarse un componente del genotipo merecedor de protección penal. Por otra parte, la terapia génica germinal presenta todavía riesgos y su aplicación puede dar lugar a sanciones administrativas, o penales si resulta en un daño a la salud.

Si bien la alteración del genotipo se transmitirá, en su caso, a la descendencia del individuo, lo cierto es que no se trata de un resultado que pueda afectar al genotipo del ser humano como especie, si no, en el contexto actual y en el previsible a corto y medio plazo, solo a unos muy pocos individuos.

³³ BELLVER CAPELLA, V. cit., p. 231.

85. CONSIDERACIONES SOBRE LA MALVERSACIÓN DE USOS PÚBLICOS DISTINTOS A LOS ESTABLECIDOS

ELENA NÚÑEZ CASTAÑO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

I. RAZONES DE UNA REFORMA

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, al menos respecto de algunos tipos delictivos, tuvo una importante carga de intereses políticos que suscitó una importante polémica en todos los ámbitos. Las críticas doctrinales no se basaban únicamente en un considerable hastío al ver como el Código Penal se convierte en un instrumento multiusos que sirve para todo, ni tampoco en el hecho de que, gran parte del contenido de la ley, no encuentre sustento ni legitimidad en un Estado de Derecho, sino porque no responden, ni siquiera aquellas que de algún modo se pudieran considerar necesarias, al necesario debate y consenso que impidiera los diversos problemas que posteriormente se han suscitado. Y ello, porque responden en esencia a intereses diversos a los derivados del ordenamiento jurídico y más cercanos a la resolución de problemas políticos, como en este caso concreto.

La reforma llevada a cabo en relación con el delito de malversación (junto con la supresión del delito de sedición) provocó que numerosos sectores sociales y jurídicos surgiera la idea de que se trataba de «una reforma dirigida a favorecer a determinados condenados en procesos recientes por estos delitos y a los que pudieran perpetrarlos en el futuro tuvieran una menor sanción penal

que la anterior prevista»¹. Se están refiriendo, en concreto, a los condenados en el denominado caso *Procés*, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, respecto de cuya aplicación retroactiva se han pronunciado los Autos del Tribunal Supremo de 12 de enero y de 13 de febrero de 2023 (Causa especial 20907/2017).

El delito de malversación, junto con el delito de cohecho, constituyen los principales instrumentos de lucha contra la corrupción pública e, incluso, política², y, precisamente por ello, ha sido objeto de atención para el ordenamiento jurídico, porque la corrupción, esencialmente la pública, es una de las principales preocupaciones de la sociedad actual, en tanto que se trata «formalmente un abuso de poder de decisión»³, cuyo elemento común es la infracción de un deber posicional o abuso de una posición de poder a fin de conseguir una ventaja económica⁴.

Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se produce una importante reforma que modifica por completo la regulación de este tipo penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. Tan relevante es esta reforma que cambia por completo el modelo de malversación que estaba vigente para introducir un sistema similar al modelo alemán, y que describía el delito por remisión a los delitos genéricos de apropiación indebida (art. 253 CP) y administración desleal (art. 252 CP). De este modo, como se indica en el Preámbulo de la LO 14/2022, en su Apartado VI, se construyó *un tipo híbrido entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el correcto funcionamiento de los servicios públicos*. Y por ello, los problemas que ya se planteaban en relación con los dos delitos contra el patrimonio, se trasladarán automáticamente al delito contra la Administración Pública⁵ provocando con ello un alto grado de inse-

¹ MUÑOZ CUESTA, «El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2023, p. 1.

² DE LA MATA BARRANCO, «La lucha contra la corrupción política, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01, 2016, p. 9; MIR PUIG, C., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.), Vera Sánchez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1453; MORALES HERNÁNDEZ, «La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 25-14, 2023, p. 2.

³ KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán», en *Política criminal*, n.º 3, 2007, A1, [<http://www.politicacriminal.cl>], p. 15, ult. consulta. 15-diciembre-2025.

⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 8.ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 732 y 770; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 999; GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 29.

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 144.

guridad jurídica junto con una rechazable, por excesiva, injerencia en el ámbito presupuestario y las decisiones en el mismo adoptadas.

Ello no quiere decir, que las reformas penales no deban realizarse; nada es inmutable y la necesidad de reforma en algunas ocasiones resulta racional⁶. El problema radica en si efectivamente la reforma es necesaria o responde a otras finalidades, objetivos o motivos que en nada guardan relación con un derecho penal legítimo y existe un dato que, al menos en mi opinión resulta muy relevante para indagar en la *ratio criminis* de esta reforma: el hecho de que en la Proposición de Ley Orgánica 122/000271 inicialmente no figuraba la reforma del delito de malversación, sino que se incorporó en base a dos Enmiendas transaccionales (entre otras muchas presentadas) acordadas entre el Grupo Socialista y el Grupo Republicano que fueron aprobadas dando lugar a la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

II. EL RETORNO AL PASADO: SOBRE LA MALVERSACIÓN DE USOS PÚBLICOS DISTINTOS A LOS ESTABLECIDOS

La reforma introduce tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del servidor público o bien que éste consienta su apropiación por parte de terceros (art. 432 CP); el uso temporal de patrimonio público pero sin ánimo de apropiación, es decir, carece de *animus rem sibi habendi*, aunque puede sostenerse la necesidad de un *animus utendi*, que implique un reintegro posterior dentro de un determinado plazo (art. 432 bis), y comportamientos consistentes en destinar el bien a una aplicación o fin público diferente de aquel para el que se había previsto (art. 433) que, en esencia, se identifican con desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación⁷. En mi opinión, nada obsta para que pueda considerarse que las conductas de apropiación (*animus rem sibi habendi*) como de distracción (incluyendo también los supuestos

⁶ DE LA MATA BARRANCO, «La reforma de la malversación: ¿para qué?», en *Almacén de Derecho*, 2 de enero de 2023, p. 2, <https://almacendederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que>.

⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 144; MORALES HERNÁNDEZ, «La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español. ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?», cit., p. 10; RIBA CIURANA, «La interpretación del nuevo art. 433 CP de malversación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2023, RR-2.1,

de *animus utendi*) sigan siendo sancionadas dentro de las distintas modalidades típicas del delito de malversación⁸.

La novedad real es la recuperación de la modalidad relativa a dar al patrimonio público una aplicación o finalidad diferente de la prevista en el art. 433 CP, esto es, casos de desvíos presupuestarios o difícilmente justificables, con la exigencia de que no persigan una finalidad privada (dado que, a mi modo de ver, constituirían un supuesto de las anteriores modalidades) y, en consecuencia, la necesidad de establecer si es precisa o no la concurrencia de ánimo de lucro propio o de tercero⁹, y, si se acepta la posible concurrencia del *animus utendi*. Se trata de una regulación prácticamente idéntica a la existente en el art. 397 CP/TR73, con lo que pueden ser plenamente trasladables las mismas críticas que existieron respecto del mismo¹⁰. Ello, obligará a una interpretación restrictiva del precepto que implique la identificación de algún *plus de desvalor* que permita diferenciarlo de la mera infracción administrativa o de una vulneración de la normativa presupuestaria.

Al mismo tiempo, se hace preciso señalar que el art. 433 CP puede incluir situaciones muy diferentes: desde situaciones de urgencia, necesidad, repentinas, angustiosas, etc. que podrían dar lugar a la existencia de justificaciones en la actuación de los sujetos¹¹ hasta comportamientos que conlleven dar una aplicación pública diferente a la prevista a un bien público para la obtención de un lucro indirecto; en este último caso, podría considerarse la existencia de un ánimo de lucro y la consecuente posibilidad de apreciar otra modalidad típica diversa¹².

⁸ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 144.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*; RIBA CIURIANA, «La interpretación del nuevo art. 433 CP de malversación», cit., RR-2.1; ROCA DE AGAPITO, «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», en *Diario La Ley*, n.º 10230, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2023, *La Ley* 878/2023, p. 10; ZÁRATE CONDE, «El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 23 de diciembre», en *La Ley penal*, n.º 160, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero-Febrero 2023, *La Ley* 1546/2023, p. 9.

¹⁰ Críticamente respecto de aquel precepto, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 847; ORTS BERENGUER, *Derecho Penal, Parte especial*, cit., p. 488; SUÁREZ MONTES, «La malversación de caudales públicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, pp. 861; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992, p. 457; MIR PUIG, C., «De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 43, 1991, pp. 87 y 88; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial III*, Akal/Iure, 1992, p. 386.

¹¹ Señala GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte especial*, 8.ª ed., cit., p. 776, la posibilidad de apreciar una eximente completa o incompleta de estado de necesidad o de obrar por motivos morales o altruistas.

¹² GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte especial*, 8.ª ed., cit., p. 777.

1. Finalidad a la que se desvían los fondos

El precepto hace una expresa referencia a que deben desviarse a otra *finalidad pública* diferente de aquella a la que estuvieran destinados. Resulta obvio que la primera aproximación implica que *público* es radicalmente opuesto a *privado*, de manera que cuando de forma genérica se persiga el *interés general* se apreciaría la concurrencia de finalidad pública¹³. LUZÓN CÁNOVAS¹⁴ que aplicación pública distinta de aquella a la que estuviera destinado el patrimonio «*es la que no se corresponde estrictamente con la partida presupuestaria prevista pero deberá ser necesariamente legal, esto es, destinada a un fin permitido por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico*». Ahora bien, siendo este el concepto de público, la pregunta surge en relación a si la finalidad pública a la que se destinan debe ser *lícita o ilícita*.

Señala González Cussac¹⁵ que respecto a que se trate de un fin calificado como ilícito «toda desviación de su previsión legal lo es ya por definición legal» y, precisamente por ello, entiende que debe identificarse un plus añadido a la mera contravención legal o bien exigir que se trate de un ilícito penal, es decir, identificar ilícita con delito (decisión que como expone acertadamente atentaría directamente contra la autonomía de la figura delictiva en cuestión). Se plantean problemas en relación a considerar que, a efectos de finalidad pública distinta a la que estaba prevista en relación con el art. 433 CP pueda identificarse ilícita con delictiva, por mucho que obviamente las conductas delictivas constituyan una especie de las conductas ilícitas, de hecho, no deberían entenderse incluidas en la modalidad privilegiada del art. 433¹⁶.

Pero también surgen cuestionamientos inversos, como es el hecho de que pudiera incluirse cualquier distracción o desviación de los mismos de aquella finalidad para la que están legalmente previstos en tanto que sería, por definición, *ilícita*, dado que se está quebrantando la normativa existente y reguladora de los gastos y presupuesto público.

¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 156.

¹⁴ LUZÓN CANOVAS, *Comentarios a Código Penal*, tomo II, Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2702.

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

¹⁶ Así, en el ATS de 13 de febrero de 2023, Causa especial 20907/2017, considera que el simple hecho de que el destino diverso de los fondos públicos proceda de una decisión de autoridad o funcionario competente para su administración y que revista las formalidades de los actos administrativos, no resulta suficiente para aceptar que se trataría de un supuesto subsumible en el art. 433 CP, y que ni siquiera que el fin último de la subvención fuera el interés público haría decaer el ánimo de lucro «*pues la mera liberalidad a favor de una empresa tiene una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos*»

2. El ¿ánimo de lucro? y el art. 433 CP

Si se parte de concepción amplia de ánimo de lucro, que no se identifica exclusivamente con enriquecimiento y/o expropiación, sería factible incluir supuestos de *animus utendi*¹⁷ abarcando también supuestos de disposición temporal de los bienes sin que concurra ánimo apropiatorio, resultaría innegable que esta disposición temporal «*siempre concurrirá con el sustrato fáctico del nuevo art. 433*»¹⁸ en tanto que, por su propia definición, cualquier desvío presupuestario o distracción de los bienes del destino legalmente establecido implica un acto de disposición propio del titular del dominio de los mismos, en el caso de la malversación, el servidor público con competencia en tanto que poseedor.

Esta concepción conlleva dos consecuencias: que las meras disposiciones de bienes también podrían calificarse conforme al art. 432 CP, dejando vacíos de contenido los art. 432 *bis* y 433 CP, y que, aunque la redacción típica del art. 433 CP no conlleve referencia expresa al ánimo de lucro, si estaría presente el mismo, al menos en su modalidad de disposición temporal de los bienes. Precisamente, por ello, señala Gonzalez Cussac¹⁹ que lo adecuado sería restringir la exigencia de ánimo de lucro a la estricta apropiación definitiva, con un contenido equivalente al lucro personal. El problema sería cómo llevar a cabo esta restricción interpretativa.

Una posible opción sería combinarla con la exigencia de un elemento adicional, es decir, que conlleve una notoria gravedad, que se vería concretada en el daño o entorpecimiento grave del servicio al que estuviere consignado. Junto a ello, para posibilitar la diferenciación respecto de la infracción administrativa podría exigirse la lesión del patrimonio público y que la modificación o desviación presupuestaria se realice de forma *absolutamente arbitraria*²⁰ sin que exista causa, motivo o justificación alguna de importancia para realizar la misma, salvo la mera discrecionalidad del sujeto que se encuentra al cargo de los fondos públicos.

¹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 158; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Thomson Reuters Civitas, 2015, p. 95.

¹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 157.

¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., pp. 159 y 160.

²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

3. La cláusula de «daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado» como criterio delimitador de la tipicidad del art. 433 CP

La fórmula mencionada parece tener como función directa la determinación de la pena en concreto, de modo que el daño o entorpecimiento grave llevará una pena, y si no resulta ese daño o entorpecimiento se impondrá una pena inferior. La regulación penal permite, en mi opinión, una interpretación restrictiva pero en un único sentido, en el de entender necesaria la constatación de un daño o entorpecimiento del servicio público, que llevaría distinta pena si es grave o si no lo es; pero, y aunque ello fuera lo deseable en aras del respeto al principio de intervención mínima, no veo la posibilidad de poder excluir *lege data* los supuestos en los que existe un daño o entorpecimiento leve, y, con ello, se elevaría a la categoría de delito lo que no debiera ser sino una infracción administrativa por no conllevar el desvalor suficiente como para legitimar la intervención penal, pero la regulación actual no permite una interpretación diversa.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿TIENE ÁMBITO DE APLICACIÓN EL ART. 433 CP?

Existen casos de desviaciones presupuestarias o destino del patrimonio público a otros fines distintos de aquellos para los que habían sido inicialmente presupuestados que han conllevado una importante y notoria gravedad tanto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública como para el propio patrimonio público y el concreto servicio público al que estaban destinados. La cuestión es qué respuesta debe darse a los mismos: mediante el Derecho Penal o del Derecho administrativo. El recurso al primero de ellos, convierte en imprescindible, ex principio de intervención mínima, la concurrencia de un *plus de desvalor* que lo diferencie del Derecho administrativo.

La figura recogida en el actual art. 433 CP es innegable que simplemente hace referencia a que el sujeto diere al patrimonio público *una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviese destinado*, y ello implica que, al menos *ab initio*, no puede realizarse ninguna restricción de cual fuera la aplicación o fin público al que se refiere, ni si este debería ser ilícito o también se incluirían los lícitos. Sin embargo, salvo que toleremos una interpretación absolutamente expansiva que convertiría en delito de malversación cualquier

desviación del gasto público²¹, resulta necesario establecer algunos criterios o límites que permitan una restricción del ámbito de aplicación de este confuso tipo penal, remitiendo bien al Derecho administrativo²², o, en casos de mayor gravedad y desvalor a Derecho Penal²³.

Sobre la base de estas posibles restricciones, podría llegarse a distintas combinaciones de calificación y sanción de los comportamientos consistentes en la desviación de fondos públicos. Para ello es preciso partir de dos premisas: la existencia de una desviación real y objetiva del gasto respecto de la previsión presupuestaria que se hubiera determinado en virtud de la correspondiente normativa administrativa, y, en segundo lugar, la combinación de dos variables que nos permitan apreciar o excluir la posible apreciación de esta figura típica: la naturaleza y la finalidad de la desviación presupuestaria²⁴.

Estas variables encontrarán solución recurriendo a dos criterios básicos: la existencia o no de un interés general y la apreciación de arbitrariedad de manera que no exista justificación legítima, necesaria o urgente para el desvío de fondos a un destino diverso. Ello permitirá sostener la posibilidad de apreciar una exclusión de la tipicidad o una eximente completa o incompleta de estado de necesidad en ciertos casos de motivos urgentes. Desde esta perspectiva, y atendiendo a si concurre o no un grave entorpecimiento del servicio público y/o un constatable perjuicio para el patrimonio público, podrían llegar a plantearse tres posibles soluciones.

La primera de ellas determinaría sostener la exclusión de la tipicidad en los casos en que el desvío de fondos conlleva exclusivamente una infracción de la normativa presupuestaria hacia otros fines públicos, sin que ello provoque ni un entorpecimiento del servicio ni tampoco una afección del patrimonio público. En mi opinión, ello encontraría perfecta respuesta en el Derecho administrativo.

La segunda opción es la que se refiere a los supuestos en los que el desvío de los fondos hacia otros fines públicos sí provoca un daño o entorpecimiento del servicio, generalmente grave, y/o supone la afección del patrimonio público, pero ello se lleva a cabo por motivos de urgencia a fin de atender a otros

²¹ Planteamiento que sostiene el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 25 de enero de 2023, Apartado 7.4.

²² GARCÍA GONZÁLEZ, «Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público», en *Documentación Administrativa*, n.º 10, junio 2023, pp. 68 y 69.

²³ ROCA DE AGAPITO, «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», cit., p. 12.

²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 160.

intereses o fines públicos más urgentes o perentorios. Probablemente podría apreciarse el art. 433 CP, pero lo que, a mi juicio, también resulta claro es que podría apreciarse una causa de justificación completa o incompleta dependiendo de los casos y que, atendiendo a cada supuesto concreto podría ser estado de necesidad del art. 20. 5 o bien obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo del art. 20.7 CP cuando sea absolutamente necesario aportar una respuesta y solución a otro interés público diverso²⁵.

Y, por último, en aquellos casos en los que en el desvío de fondos pueda identificarse la presencia de ánimo de lucro podrían derivarse a las modalidades previstas en los arts. 432 y 432 bis CP, dependiendo de cada comportamiento. En relación con esta posibilidad, en aquellos hechos en los que el fin al que se dirigen los fondos sea constitutivo de delito podría apreciarse, de alguna manera, la existencia de un ánimo de beneficiarse por parte del servidor público en relación con el delito que se pretende cometer. Es la postura que se mantiene en relación con los hechos del Proceso, en los Autos del Tribunal Supremo de 12 de enero y de 13 de febrero de 2023, entendiendo que una actividad orientada a un proceso secesionistas *«nunca podrá considerarse una aplicación pública diferente de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos. Y lo que es más evidente, nunca podrá entenderse que se trató de una actuación ausente de ánimo de lucro»* (la negrita es mía).

Sobre la base de lo que se acaba de exponer, el ámbito de aplicación del art. 433 CP podría quedar claramente restringido a supuestos de cambios de destino absolutamente arbitrarios e injustificados que provocan, incluso sin perjuicio económico constatable, un grave daño o entorpecimiento de la gestión de los servicios públicos. Así podríamos considerar que entraría en la calificación del art. 433 CP el desvío de fondos públicos a la construcción de una obra no prevista presupuestariamente, por ejemplo, un parque de juegos para niños, en lugar de construir otra que estaba presupuestada y se queda sin ejecutar, como pudiera ser la reforma de una plaza que presentaba graves desperfectos y cierto peligro para los ciudadanos, de modo que tuvo que ser cerrada para evitar consecuencias más graves. Son evidentes dos aspectos claros: el primero es que la decisión del desvío del patrimonio público carece, en ese caso, de fundamento y justificación y es, por tanto, arbitrario; y el segundo, es que se produce un daño y entorpecimiento del servicio público por cuando la

²⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., p. 161. En el mismo sentido de la posibilidad de aplicar la figura del Estado de necesidad justificante se pronuncia ROCA DE AGAPITO, *ibidem*.

plaza que debía reformarse queda inhabilitada para su finalidad principal que es el disfrute de los ciudadanos. Ciertamente, la construcción de un parque infantil constituye también una construcción de interés y naturaleza pública y lícita, pero diversa a aquella para la que había sido prevista. ¿Cuál es la razón final del desvío del presupuesto? Pueden ser dos las respuestas, dado que no puede alegarse urgente necesidad, que sea para beneficiar a la empresa que construye el parque infantil en detrimento de aquella que tenía la concesión para la reforma de la plaza, o bien que responda a motivos de interés (personal, político, electoral) de la autoridad que determina la desviación patrimonial. En ambos casos se trata, en realidad, de una liberalidad por parte del servidor público que redunde en beneficio de un tercero (el primero de los casos) o propio (el segundo de los casos), y probablemente fuera reconducible a otras modalidades diversas de malversación al poder apreciarse la concurrencia de ánimo de lucro.

A ello se une otra restricción más del ámbito de aplicación de este precepto y es el hecho de que la propia descripción típica sanciona exclusivamente los comportamientos dolosos sin hacer referencia expresa a la posibilidad de castigar los comportamientos imprudentes²⁶. En consecuencia, es necesario que el servidor público sea consciente y quiera vulnerar la normativa que regula la ordenación del gasto público y con ello realizar el desvío del patrimonio de los fines para los que estaba previsto. Si no existe una expresa previsión de la sanción del comportamiento imprudente, es imposible la sanción penal del mismo; y ello implica que sigan quedando al margen de la intervención penal comportamientos como «negocios arriesgados, inversiones desacertadas, previsiones equivocadas de costes de ejecución, es decir, todo aquello que pueda reconducirse a comportamientos imprudentes»²⁷, los denominados *despilfarros presupuestarios*²⁸.

Desde este planteamiento, no podemos sino terminar este trabajo con una pregunta que probablemente tenga respuesta mirando hacia el pasado, ¿tiene en realidad ámbito de aplicación el art. 433 CP? ¿No habrán sido todas estas cuestiones que se han puesto de relieve las auténticas razones que, en su momento, Código Penal de 1995, conllevaron la derogación del precedente de

²⁶ MORALES HERNÁNDEZ, «La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español», cit., p. 32.

²⁷ DE LA MATA BARRANCO, «La reforma de la malversación: ¿para qué?», cit., p. 8; GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., pp. 144 y 145.

²⁸ DE LA MATA BARRANCO, «La reforma de la malversación: ¿para qué?», cit., p. 8; GONZÁLEZ CUSSAC, «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)», cit., pp. 144 y 145; MUÑOZ CUESTA, «Delito de despilfarro de dinero», en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 147.

este delito contenido en el art. 397 CP/TR73? En definitiva, probablemente el nuevo precepto sirva para dar respuesta a algunas, creo que pocas, situaciones de desvíos presupuestarios que se planteen, pero probablemente tengan mejor acomodo bien en otra rama del ordenamiento jurídico penal, bien en otras modalidades típicas del delito de malversación. Quizás no cualquier tiempo pasado fue mejor, o quizás sí.

86. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DIRECTIVA 2018/1673 Y SUS APORTACIONES EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE DINERO¹. LA TRADUCCIÓN EN EL AUMENTO *DESMEDIDO* DE SUPUESTOS AGRAVADOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

I

El marco normativo europeo ha experimentado en años recientes una proliferación regulatoria de considerable magnitud que, como ya hemos puesto de manifiesto en estudios previos², plantea serias dudas en términos de seguridad jurídica. Entre las referencias más recientes y relevantes destaca la Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo (V Directiva antiblanqueo)³, que modifica la Directiva (UE) 2015/849. Este instrumento no solo introduce novedades relacionadas con los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y con los prestadores de servicios de custodia de

¹ Para un estudio más específico sobre el tema, *Vid.* NÚÑEZ PAZ, «Reforma, punitivismo y cualificaciones del blanqueo de dinero al hilo de los tipos agravados procedentes de trata, prostitución y explotación sexual, delitos contra los ciudadanos extranjeros y corrupción de menores». En *Revista General de Derecho Penal*, n.º 40, noviembre 2023.

² *Vid.* NÚÑEZ PAZ, «El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica», *Revista penal*, núm. 46, 2020, pp. 157-168; el mismo, «Relaciones entre lavado de activos y delitos relativos al urbanismo. Orígenes de la perspectiva española», año 5, núm. 9 (julio-diciembre 2021), *Rev. CAP Jurídica Central*, Quito, pp. 77 y ss.

³ *Vid.* Abel Souto, *Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018*, en Sanz Hermida (coord.), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1-32. Existe versión inglesa: «Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives», *Journal of Applied Business & Economics*, n. 22, 2020, pp. 205-222.

monederos electrónicos⁴, sino que refuerza además la exigencia de adoptar medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras, de las sociedades y demás entidades jurídicas, así como de los fideicomisos («trusts») e instrumentos jurídicos de estructura o funciones análogas⁵. Su contenido fue incorporado al ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

En el ámbito específico del Derecho Penal, reviste especial trascendencia la aprobación de la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 (VI Directiva)⁶, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal. Tras diversos intentos previos de armonización, la convergencia de las legislaciones nacionales en esta materia parecía una tarea particularmente compleja debido a las profundas diferencias existentes entre los ordenamientos de los Estados miembros.

No obstante, aun cuando su valoración no pueda ser totalmente elogiosa –como se verá más adelante–, lo cierto es que esta norma, junto con las transposiciones nacionales correspondientes, ha permitido aproximar en mayor medida los tipos penales de blanqueo a un marco común mínimo definido a nivel europeo⁷. De este modo, se ha avanzado en la homogeneización de aspectos tan relevantes como la determinación de las penas aplicables, la delimitación de las conductas típicas, el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los mecanismos de cooperación y coordinación entre los Estados miembros.

Antes de esta evolución normativa, el único precedente europeo en el ámbito penal era la Decisión Marco del Consejo de 2001, cuyo impacto resultó limitado y claramente insuficiente para hacer frente a un fenómeno como el blanqueo de capitales, caracterizado hoy por su marcada dimensión transnacional y por la creciente influencia criminógena de las nuevas tecnologías.

⁴ Vid. NAVARRO CARDOSO, «Criptomonedas (en especial, *bitcoin*) y blanqueo de dinero», *RECPC*, n. 21-14, 2019, pp. 1 y ss.

⁵ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, Diario Oficial de la Unión Europea, L 156, 19 de junio de 2018, considerando 2.

⁶ Vid. LORENZO SALGADO, quien se refiere los «amplios considerandos» en: El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coord.), VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, 2020, p. 459.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ QUINZÁN, Y., «Transposición de la Directiva (UE) 2018/1673 y reforma de los tipos penales de blanqueo en España», *Cartapacio de Derecho*, vol. 42, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2022, p. 20.

II

De las múltiples reformas, resulta trascendente la que suscitó la LO 6/2021, de 28 de abril, en vigor desde el 30 de abril de 2021, con base en la exigencia formulada por la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal⁸, modificando una vez más los arts. 301 y 302 del CP.

Como gran parte de las previsiones de dicha Directiva ya estaban recogidas en la regulación del delito del blanqueo de nuestro Código Penal, la reforma supuso básicamente incluir dos nuevas agravantes para el delito, de manera que, como novedad, se impondrá desde entonces la pena de prisión de 3 años y 3 meses a 6 años más multa del tanto al triplo del valor de los bienes, en los siguientes casos:

1. Si los bienes objeto de blanqueo proceden de los delitos ya citados anteriormente. Incorporando así de modo permanente nuevas figuras delictivas al catálogo de delitos primarios ya contemplados en el art. 301.1 del Código Penal que daban lugar a la agravación, que son: el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o aquellos especialmente relacionados con la corrupción, trata, prostitución, y otros negocios fraudulentos, etc.

2. Si el sujeto activo del delito es sujeto obligado por la normativa de prevención del blanqueo de dinero y financiación del terrorismo.

No debemos olvidar, aunque más tarde lo recordaremos nuevamente, que respecto de los delitos que generan el blanqueo, muchos entre el resto de las modalidades agravadas no han venido representando una cifra exageradamente alta si se compara con el blanqueo procedente de algunas formas de corrupción, ordenación del territorio, fraude fiscal o narcotráfico, incluso si el análisis es realizado en términos jurisprudenciales.

La LO 6/2021 de 28 de abril agrava la pena a los sujetos obligados por la normativa de prevención si blanquean en el ejercicio de su actividad profesional. Sin embargo, la misma LO incrementa también el castigo del blanqueo cuando los bienes procedan vg. de supuestos de corrupción, trata de seres humanos, delitos contra los ciudadanos extranjeros, relativos a la prostitución y a la explotación sexual, corrupción de menores y en los negocios, y estas son

⁸ Vid. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.

agravaciones que no resultaban obligatorias según la VI Directiva 2018/1673; aunque ésta sí se ocupa, por cierto, de la responsabilidad de las personas jurídicas⁹.

Lo cierto es que simplemente se dispuso desde Europa que, en relación a las agravaciones del blanqueo, los países de la Unión «podrían prever» como agravantes¹⁰ las referidas a los bienes que «proviengan de uno de los delitos a que se refiere el artículo 2, punto 1, letras a) a e) y h)»¹¹.

La Directiva UE 2018/1673, tendría realmente por objeto establecer normas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones en el ámbito del blanqueo de capitales.

Se excluye expresamente de su ámbito de aplicación el blanqueo de capitales referido a bienes provenientes de delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión, que se halla sujeto a las normas específicas establecidas en la Directiva (UE) 2017/1371.

Su finalidad responde pues, a tipificar el delito el blanqueo de capitales cuando se haya cometido intencionadamente y a sabiendas de que los bienes provenían de una actividad delictiva.

Sobre el contenido de la Directiva, en primer lugar, esta define las actividades delictivas¹² que constituyen los delitos antecedentes a efectos del blanqueo de capitales, señalando como tales cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de cualquier delito que, de conformidad con el Derecho nacional, lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en aquellos

⁹ Vid. ABEL SOUTO, «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español», *RGDP*, n. 35, 2021, pp. 1-62; el mismo, «Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos por la ley orgánica 6/2021, de 28 de abril», en *Una perspectiva global del Derecho Penal (Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez)*, Atelier, 2021, pp. 383 ss.

¹⁰ Vid. ABEL SOUTO, «Los nuevos tipos agravados ...», cit., p. 389.

¹¹ Letra b) del art. 6.2. Directiva (UE) 2018/1673, de 23 de octubre. Vid. NÚÑEZ PAZ, «Blanqueo, corrupción política y función pública: Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea», *Revista penal*, núm. 49, 2022, pp. 101-115.

¹² Cfr. La nueva Directiva europea contra el blanqueo de capitales contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal (D.O.U.E.L. de 12 de noviembre de 2018)*, en *Diario La Ley*, n.º 9303, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 21 de noviembre de 2018, Ed. Wolters Kluwer. También se refieren en el texto Conexiones normativas: La Directiva (UE) 2018/1673, de 23 de octubre de 2018 (La Ley 17832/2018), sustituye, por lo que respecta a los Estados miembros vinculados por ella, a lo dispuesto en el artículo 1, letra b), y el artículo 2 de la Decisión marco 2001/500/JAI (La Ley 8667/2001), sin perjuicio de las obligaciones de dichos Estados miembros relativas a la fecha de transposición de dicha Decisión marco al Derecho nacional. En el caso de los Estados miembros vinculados por la Directiva, las referencias a las disposiciones de la Decisión marco 2001/500/JAI (La Ley 8667/2001) mencionadas en el párrafo primero se entenderán hechas a la nueva Directiva.

Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, cualquier delito que lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses. Asimismo, incluye un listado de delitos que se consideran actividad delictiva en cualquier caso, entre ellos la participación en una organización o en un grupo criminal, a través del chantaje, la intimidación u otros medios (*racketeering*); el terrorismo; la trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes; la explotación sexual; el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; el tráfico ilícito de armas; el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes; la corrupción, falsificación de moneda, falsificación y piratería de productos; los delitos contra el medio ambiente; el homicidio y lesiones graves; el secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; el robo o hurto; el contrabando; los delitos fiscales relacionados con impuestos directos e indirectos; la extorsión; el uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercados y la ciberdelincuencia.

La norma dispone que los Estados miembros deben garantizar que todos los delitos castigados con una pena de prisión conforme a lo establecido en la Directiva sean considerados delitos antecedentes al blanqueo de capitales, y deben incluir un catálogo de delitos dentro de cada una de las categorías de delitos que enumera. A estos efectos, los Estados miembros han de poder decidir la forma de delimitar el conjunto de delitos dentro de cada categoría.

Concretamente se impone a los Estados miembros adoptar medidas para garantizar que sean castigadas como delito las siguientes conductas cuando se cometan intencionadamente:

a) la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto.

b) la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva.

c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva.

Asimismo, se pide a los Estados la adopción de las medidas necesarias para garantizar que estas conductas sean castigadas con penas *efectivas, pro-*

porcionadas y disuasorias, así como sanciones o medidas adicionales en caso de intervenir personas físicas.

Los Estados miembros deben garantizar que sean punibles determinados tipos de actividades de blanqueo de capitales cuando las cometa el autor de la actividad delictiva que haya generado los bienes («*autoblanqueo*»). En tales casos, cuando la actividad de blanqueo de capitales no consista simplemente en la mera posesión o utilización de bienes, sino que también implique la transferencia, la conversión, la ocultación o el encubrimiento de bienes y dé lugar a daños adicionales a los ya causados por la actividad delictiva, por ejemplo, poniendo en circulación los bienes provenientes de la actividad delictiva y, con ello, ocultando su origen ilícito, dicha actividad de blanqueo de capitales debe ser punible.

Además, debe ser posible condenar por blanqueo sin tener que determinar con precisión la actividad delictiva que generó los bienes, ni exigir una condena previa o simultánea por dicha actividad delictiva, siempre que se tengan en cuenta todas las circunstancias y pruebas pertinentes.

Sin perjuicio de la determinación a título individual y de la aplicación de sanciones y ejecución de condenas de conformidad con las circunstancias concretas de cada caso individual, el blanqueo de capitales deberá ser punible con una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años.

Por otra parte, la Directiva incluye aquellas circunstancias que considera agravantes, dependiendo de la conducta constitutiva de delito. Dichas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al condenar a los autores del delito, aunque no se impone a los Estados miembros la obligación de aumentar las penas.

Por lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, los Estados miembros deben poder considerar la posibilidad de prever sanciones más severas para los titulares de cargos públicos según sus respectivos marcos nacionales y de conformidad con sus tradiciones jurídicas.

Así, el texto dispone que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de las conductas que cometa en beneficio de ellas cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en cualquiera de los siguientes elementos: un poder de representación de la persona jurídica, la facultad de adoptar decisiones por cuenta de la persona jurídica o la facultad de ejercer control en el seno de la persona jurídica.

Dichas personas jurídicas deben ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal y otras sanciones, tales como la inhabilitación para obtener beneficios o ayudas públicas, la exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación públi-

ca, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones, la inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades mercantiles, el sometimiento a intervención judicial, la orden judicial de disolución o la clausura temporal o definitiva de los establecimientos que se hayan utilizado para cometer el delito.

Por su parte, la norma se ocupa del embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito con el fin de eliminar los incentivos financieros que fomentan los actos delictivos.

El texto se refiere también a la adopción de medidas para establecer la jurisdicción de los Estados miembros cuando el delito se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio o el autor del mismo sea uno de sus nacionales. Asimismo, deben informar a la Comisión cuando decidan ampliar su jurisdicción cuando las conductas se cometan fuera de su territorio si el autor del delito tiene su residencia habitual en su territorio o si el delito se ha cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio.

En torno a la Cooperación internacional, cabe señalar asimismo que la norma dispone que, en los procesos penales sobre blanqueo de capitales, los Estados miembros deben prestarse mutuamente asistencia de la forma más amplia posible y garantizar que la información se intercambie de manera eficaz y en el momento oportuno con arreglo al Derecho nacional y al marco jurídico de la Unión vigente. Esta cooperación con terceros países debe intensificarse, en particular alentando y apoyando el establecimiento de medidas efectivas y de mecanismos para luchar contra el blanqueo de capitales y velando por una mejor cooperación internacional en este ámbito.

Y dispone la Directiva que los responsables de investigar o perseguir los delitos de blanqueo de capitales deben tener la posibilidad de utilizar herramientas de investigación eficaces, a utilizar de forma selectiva y proporcionada, como las que se emplean en la lucha contra la delincuencia organizada u otros delitos graves, por lo que es preciso que se ponga a su disposición suficiente personal y formación específica, recursos y capacidades tecnológicas actualizadas¹³.

III

Los casos de denuncias y procesamientos, que afectan específicamente a los supuestos agravados que se han ido desbordando en número en nuestro CP,

¹³ Cfr. ob. ult. cit: *Diario La Ley*, n.º 9303, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 21 de noviembre de 2018.

todos ellos han estado y están a menudo directamente relacionados con el blanqueo, y se ven unidos por la deriva que la actual deriva económico-social parece incrementar y que ha venido vinculando tradicionalmente el blanqueo con muy diversas formas de delincuencia.

Así pues, lo relacionado con estas modalidades criminales que nos ocupan, ha sido unido a lo delictivo en general, y más recientemente al blanqueo con muchos supuestos de corrupción y/o explotación en particular.

Aparte de esta valoración inicial, es cierto que evidentemente, como ya hemos tenido ocasión de analizar en este y en otros estudios anteriores¹⁴, el blanqueo de dinero puede tener su origen en muchos delitos (tráfico de personas, de armas, redes organizadas de compraventa, etc.). Sin embargo, conviene no olvidar tampoco que la preocupación al respecto no representa una cifra significativamente alta si se compara con las que refieren delitos de blanqueo con origen en la corrupción o el narcotráfico.

A pesar de ello, los grupos de delitos antecedentes al blanqueo que hoy nos ocupan, resultan un asunto de notable importancia en la opinión pública y la inquietud social y ponen de manifiesto la necesidad de la lucha contra este tipo de delincuencia que no queremos excusar en ningún caso, si bien discrepamos en que la expansión en las cualificaciones del blanqueo sea una óptima forma de llevar tal tarea a cabo.

Pero si estos delitos vinculados a las agravaciones del blanqueo de dinero generan ganancias, es decir, un incremento del patrimonio de los responsables, entonces –como ya señalaba Blanco Cordero durante los años de la crisis pre-Covid¹⁵– tales ganancias constituirían bien idóneo para ser blanqueado. Resulta muy acertada la conclusión del autor, cuando señalaba que eso ocurriría con cualquier delito que generase ganancias, desde el tráfico de drogas hasta un asesinato por precio; únicamente sucedería es que el legislador ha seguido creyendo óptimo ofrecer un distinto tratamiento específico –en su relación con el blanqueo– a los que afectan, entre otros muchos aspectos delictivos, por ejemplo y más recientemente, al ámbito de la trata y la explotación.

Sin embargo, no parece que esta fórmula legislativa recurrente haya demostrado ser la mejor; más bien resulta una de las materias más problemáticas, como ya señalamos, en la regulación del blanqueo de dinero en nuestro Código, que el legislador haya decidido continuar ampliando este dilatado y difuso

¹⁴ Vid. sobre el tema, NÚÑEZ PAZ, ob. ult. cit.; y el mismo, *El tipo agravado de blanqueo procedente de delitos urbanísticos*, en III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo, en Abel Souto (dir.), Tirant lo Blanch, 2013, pp. 267 y ss.

¹⁵ Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters /Aranzadi, 2012, quien desarrolla extensamente el argumento.

párrafo tercero al art. 301.1, agravando el castigo de quienes legalizan bienes derivados de multiplicidad de delitos, del mismo modo que ya se hizo con motivo de la redacción original del Código Penal en 1995 respecto del tráfico de drogas y subsecuentes ampliaciones ya citadas. Resultando, como criticamos en otros estudios complementarios a este¹⁶, una medida «incoherente y comparativamente injusta»¹⁷.

Parte de la doctrina hemos valorado estos calificativos indicando que se trata sin duda de una fórmula confusa pues no tiene sentido que se fortalezca la autonomía del delito de blanqueo de dinero con algunas medidas y, a un tiempo, se vuelva permanentemente la mirada atrás escudriñando referencias para el castigo en la infracción determinante; e injusta, porque el legislador vuelve a acudir a motivaciones, algunas de ellas claramente fundamentadas en motivos de crisis, con referencias a la supuesta obligatoriedad supranacional europea o a la alarma social, olvidando que existe un importante catálogo de delitos que protegen bienes jurídicos de extraordinaria importancia y que, sin embargo, no disfrutan de protección adicional¹⁸.

En definitiva, la indiscutible gravedad de los vínculos entre blanqueo y trata/prostitución... como los que existen con otros delitos precedentes, no creía y no creo que pueda por sí misma volver a justificar este agravamiento específico del castigo¹⁹.

Sin una justificación (que solo pretendió responder a una preocupación/tolerancia/ recomendación internacional), se añadió este párrafo tercero al art. 301.1, destinado a agravar la pena en estos casos hasta la mitad superior. Resultando innegable que, *crípticamente* (como critica Abel Souto)²⁰, y sin ofrecer ninguna pista que vincule las agravaciones a un elemento esencialmente corruptor, el legislador ha optado por responder también con mayor dureza al blanqueo de bienes provenientes del ámbito de la trata/explotación/prostitución/extranjería.

¹⁶ Vid. NÚÑEZ PAZ, *El tipo agravado de blanqueo procedente de delitos urbanísticos*, cit., pp. 328 y ss.

¹⁷ Así lo precisaban a tenor de la reforma de 2010, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FABIÁN CAPARRÓS, «La "emancipación" del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Penal español», en Núñez Paz (Ed.), *Un Derecho Penal comprometido, LH a Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 117 y ss.

¹⁸ Vid. BERDUGO-FABIÁN, ob. cit., p. cit.; en el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ, *El tipo agravado de blanqueo procedente de delitos urbanísticos*, cit., pp. 327 y ss.

¹⁹ Vid. NÚÑEZ PAZ, *El tipo agravado de blanqueo procedente de delitos urbanísticos*, cit., pp. 328 y ss. Cfr., para el caso del narcotráfico en 2010, BERDUGO-FABIÁN, ob. cit., pp. 120 y ss.

²⁰ ABEL SOUTO, ob. cit. pp. cit.

Sin embargo, como se vaticinaba para otros casos tras la reforma de 2010²¹, estos delitos, en sus modalidades agravadas, no parece que vayan a ir prosperando cuantiosamente en los tribunales de justicia, que no en la prensa, al gran protagonista de los antecedentes de delitos de blanqueo de dinero: el que se deriva del tráfico de drogas ni, en todo caso, al de la corrupción.

Es indubitable que la creciente amplitud del listado de delitos que permiten acudir al tipo agravado hace que el ámbito de aplicación del tipo básico se siga reduciendo considerablemente a favor del agravado; dado que, con excepción del tráfico de drogas y de precursores, que ya integraban el tipo agravado (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la reforma de 2010), son «precisamente los delitos añadidos en las últimas reformas al tipo agravado los que de ordinario generan bienes ilícitos que blanquear»²².

En cuanto al problema ya advertido de la aplicación práctica de la agravación, esta supone la fijación de un marco de pena privativa de libertad de 3 años y 3 meses a 6 años más multa del tanto al triplo del valor de los bienes y la posibilidad de imponer una inhabilitación especial y consecuencias accesorias. Para poder aplicarlas, es necesario, naturalmente, que el autor del blanqueo conozca el origen ilícito de los bienes y que estos proceden de la comisión de uno de los delitos de trata, prostitución, corrupción de menores o contra los ciudadanos extranjeros enumerados en la cláusula agravatoria del art. 301.1.

Pero estamos hablando de cualificaciones del delito blanqueo de dinero, no podemos olvidarlo; y lo recordamos en el sentido de que parece que lo que realmente puede determinar el mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado y, por tanto, sobre él debería operarse para agravar la pena. Sin embargo, dado que el fundamento de la agravación radicaría en el mayor volumen de bienes ilícitos puestos en circulación, el tipo cualificado habría de centrarse en estas características del objeto material, es decir, en la importancia de la cantidad blanqueada pero nunca en la naturaleza del delito previo.

Soy de la opinión de no estimar como legítimo un incremento de la punición penal en este u otros ámbitos, conforme al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, cuando no se ha llevado a cabo en tantos años un suficiente ni solvente esfuerzo por implementar elementos de prevención. En todo caso, por si hubiera duda, para los tipos cualificados introducidos, existe además una dramática presunción de que las sumas blanqueadas procedentes de cualquiera

²¹ Vid. FARALDO CABANA, «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010, en *Revista de Inteligencia*, núm. 0, primer trimestre 2012, pp. 30-33.

²² Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)», en Álvarez García/ González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 337-344.

de estas infracciones prevalecen ante las derivadas de otros delitos no incluidos allí, resultando esta una hipótesis inadmisibles desde el punto de vista político criminal.

Incluso si tratáramos de buscar justificación al tipo agravado en atención a los bienes jurídicos protegidos, no observaremos valores tutelados disímiles a los que se defienden mediante el tipo básico ya que, como señala importante parte de la doctrina²³, el orden socioeconómico no resulta más lesionado por el blanqueo de dinero procedente de estos grupos concretos delitos.

A partir de estos argumentos, resulta aún más curioso que, hasta la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, se hayan seguido incluyendo más figuras en este párrafo tercero del art. 301.1, en el que, con similar técnica, se agravan aún más las consecuencias penales.

En definitiva, la regulación agravatoria introducida en el art. 301 desde 2010 hasta 2021, resulta, como se deduce de todo lo desarrollado, tanto técnica como político-criminalmente desafortunada.

IV

En cuanto al art. 302.1 CP, la Directiva (UE) 2018/1673 sí que estableció como inexcusable la tipificación de la agravante por ser «sujeto obligado» conforme a la normativa de prevención, considerándose que tales personas ostentan una especial responsabilidad por razón de su actividad²⁴.

De este modo, en el segundo párrafo del art. 302.1 CP se ha incorporado una circunstancia agravatoria que atiende a dos aspectos fundamentales: en primer lugar, a la especial condición del sujeto activo como obligado por la normativa de prevención; y, en segundo lugar, a la realización de las conductas dolosas e imprudentes del art. 301 CP en el ejercicio de la actividad profesional.

Inicialmente, señalar que el art. 2.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de dinero y de la financiación del terrorismo, y que involucra a una cantidad ingente de profesionales en la lucha contra el blanqueo, fue modificado por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que transpuso, entre otras, la V Directiva (2018/843), y supuso también la incorporación como nuevos sujetos obligados de los proveedores de servicios de cambio

²³ Por todos, NÚÑEZ PAZ, ob. cit. p.cit. y BERDUGO-FABIÁN, ob. y pp. cit. y ABEL SOUTO, ob. y p. cit.

²⁴ LEÓN ALAPONT, J., «Una reforma más del delito de blanqueo de dinero en España: La Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril», en M. Abel Souto, J. M. Lorenzo Salgado y N. Sánchez Stewart (coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 867-873.

de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de moneda electrónica (como muy bien puso de manifiesto Abel Souto, 2022).

Pues bien, atendiendo al listado de sujetos obligados, existe la posibilidad de que las personas responsables penalmente sean personas jurídicas. Sobre ello, la norma de prevención del blanqueo dispone que cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios (permanentes o esporádicos), las obligaciones recaerán sobre dicha persona jurídica.

De tal forma que, si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 31 bis CP, y las personas físicas actúan en su ámbito funcional cumpliendo los deberes propios para la prevención del blanqueo, resultará penalmente responsable la persona jurídica de que se trate.

Conviene reseñar la dudosa compatibilidad de este tipo agravado con la modalidad imprudente del blanqueo.

El art. 301.3 CP castiga a quienes, por imprudencia grave, realicen las conductas antes descritas; y, a su vez, la LO 6/2021, de 28 de abril, conforme a la VI Directiva (UE) 2018/1673, atiende al especial deber de cuidado sobre el blanqueo que recae sobre las personas enumeradas en el art. 2.1 de la Ley 10/2010 para configurar la nueva agravación.

Sin embargo, el incumplimiento del citado deber por parte de alguno de los sujetos obligados por la normativa de prevención, ya justifica *per se* la aplicación de la modalidad imprudente, de forma que, atender a este deber para aplicar el tipo agravado, vulneraría a mi entender el principio *ne bis in idem*.

Y resulta que el diligente legislador español señala que ha cumplido así con el mandato comunitario y ha realizado, a su juicio, una «mejora técnica» en la regulación del delito de blanqueo de dinero. Incluso aunque la incorporación de esta agravante hubiera respondido a la exigencia europea, subsistirían *objeciones técnicas*:

En primer lugar, como ya señalé antes, el incumplimiento del plazo para la transposición de la norma comunitaria, pues el término máximo para ello se fijó en el 3 de diciembre de 2020.

En segundo lugar, la aludida mejora técnica no es tan impecable cuando se observa que, al estar ante un tipo agravado que se centra en el perfil del sujeto activo y en que la conducta delictiva se realice con ocasión de su actividad, tal elemento tal vez debería –puesto que resultaba posible– haberse incorporado en el art. 303 CP (Abel Souto, recientemente).

Y, en tercer lugar, porque respecto a este último precepto se debió haber aprovechado la reforma para suprimir de la redacción las profesiones de facultativo, trabajador social, docente o educador, muy criticadas por la generalidad

de la doctrina, al responder su previsión a la misma redacción del art. 372 CP y al caso no contemplado de que el blanqueo tenga por objeto bienes procedentes del narcotráfico.

En lo que respecta al tipo cualificado incorporado en el artículo 302.1, segundo párrafo CP, dicho precepto se dirige a los sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales que ejecutan alguna de las conductas tipificadas en el artículo 301 CP en el marco de su actividad profesional.

Si bien esta circunstancia agravante parece responder estrictamente al mandato establecido por la VI Directiva (UE) 2018/1673, su configuración legislativa no debe estar exenta de objeciones. Entre ellas destaca su ubicación sistemática –pues habría resultado más coherente insertar esta agravación en el artículo 303 CP–, así como las dudas que suscita su articulación con la modalidad imprudente del delito.

Finalmente, cabe considerar que el legislador aprovechó la reforma para ampliar nuevamente el elenco de delitos precedentes recogido en el artículo 301.1, tercer párrafo, que habilitan la aplicación de tipos agravados. Esta expansión, sin respaldo imperativo en la normativa europea, evidencia una oportunidad perdida para haber delimitado como delitos antecedentes agravatorios aquellos que, por su naturaleza, generan un volumen económico significativamente elevado y, por tanto, un potencial blanqueo de mayor entidad.

87. THE CRIMINAL CONTENT OF ITALIAN LAW ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE

LORENZO PICOTTI

I. INTRODUCTION: A TRIBUTE TO A FRIEND

It is a great honor for me to contribute to this volume of writings in tribute to José Luis de la Cuesta, given the importance of his figure and his work for criminal law not only in Spain and Europe, but also internationally. His studies, his academic activity, his role as President of the International Association of Penal Law (AIDP), of which he has also been a member and supporter for so many years, and continues to be as an ever-active and present Honorary President, demonstrate not only his high and recognized scientific qualifications, but also his deep passion and generous dedication to our Association, of which I too am honored to be a member, as well as to our important field of study.

My contribution to the volume in his honor is also an opportunity to express my cordial and heartfelt personal gratitude to my friend, having known and frequented each other since the 1980s during long research stays at the *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* in Freiburg im Breisgau, which was an unparalleled environment for conducting research and an irreplaceable place for meeting and exchanging ideas with many criminal lawyers from all over the world, especially young people, as we were at the time. We shared our respective experiences, including the anxieties and uncertainties that the academic path we had just embarked upon aroused in each of us. Paths that then unfolded successfully in our respective countries. But that bond of friendship and mutual trust never faltered, and has in fact been strengthened by sharing increasingly important initiatives and responsibilities, from

the *Curso de verano* in San Sebastian to conferences and seminars in Italy, and above all by actively participating in the life of the AIDP and its various activities: in particular, international congresses and conferences, with related preparatory colloquiums. During his Presidency, I became a member of the *Comité Scientifique* and then of the *Conseil de Direction*, and I was appointed *rapporteur général* for the preparatory colloquium in A Coruña ahead of the 2009 Congress in Istanbul on forms of anticipation and participation in crime. More recently, I was again *rapporteur général*, again for the first section dedicated to general criminal law, in view of the last Congress, known as the Centenary Congress, held in Paris in 2024, preceded by the International Colloquium in Syracuse in 2022, where the final resolution on the challenges of artificial intelligence to the criminal justice system was presented, discussed, and approved¹.

For this reason, I have chosen as the topic of my contribution the criminal law content of the Italian law on artificial intelligence, which recently came into force², the year after the final approval of the European Union regulation on Artificial Intelligence (hereinafter referred to as the *AI Act*)³, with which there are important points of intersection, but also significant discrepancies.

II. AN OVERVIEW OF THE NEW PROVISIONS CONCERNING CRIMINAL LAW

As stated in Article 1, the law in question aims to bring the domestic legal system into line with the framework defined by the aforementioned European regulation, to which, therefore, due to the principle of the primacy of EU law, the interpretation and application of domestic rules must also comply.

¹ See the Recommendations contained in the Resolution on Traditional Criminal Law Categories and AI, approved at the end of the International Colloquium held in Syracuse on September 16-17, 2022, at the conclusion of the preparatory work for the First Section of the 21st International Congress of the Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), dedicated to the general theme of 'Artificial Intelligence and Criminal Law', held in Paris on June 25-28, 2024.

In addition to the Final Resolution, the monographic volume of the *Revue Internationale de Droit Pénal* (RIDP), 1/2023, edited by Picotti and Panattoni, also includes the *Rapport général* edited by the undersigned and a selection of national reports.

² Law No. 132 of September 23, 2025, in Official Gazette No. 233 of September 25, 2025, in force since October 10, 2025. Unless otherwise specified, each article referred to in the text refers to this source.

³ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of June 13, 2024, in relation to which the European Commission proposed significant amendments, including on the timing of actual implementation, with the so-called Digital Omnibus of November 19, 2025 - COM (2025) 837 final, and in particular with the accompanying Digital Omnibus on AI (COM(2025) 836 final).

The following text will highlight certain points on which these proposed amendments could have an impact, with respect to the criminal content of the law in question.

In fact, the ‘definitions’ contained in Article 2, concerning the fundamental extra-criminal concept of ‘*artificial intelligence system*’ (letter a), a so-called normative element of most of the criminal provisions to be examined, as well as that of ‘*artificial intelligence models*’ (letter c), which is also relevant in certain cases, are not provided by national law, but by the corresponding definitions contained in the *AI Act*⁴, to which express reference is made.

This is followed by provisions relating to specific sectors, such as health-care and scientific research, which may also be indirectly relevant to the application of criminal offenses⁵. However, those that are directly relevant here are found in Chapter V, consisting solely of Article 26, which introduces two new offenses: Article 612-*quater* of the Criminal Code, which punishes the «*unlawful dissemination of content generated or altered by artificial intelligence systems*» (*infra*, para. 3), and the new letter a-*ter*) of Article 171, paragraph 1, Law No. 633 of April 22, 1941, on copyright, which punishes violations committed in the extraction of data for artificial intelligence systems (so-called *text data mining*: TDM, *infra*, para. 4).

In addition, four new aggravating circumstances are created and, finally, Article 24 contains provisions delegating legislative power to the Government to issue further provisions, including in criminal matters (*infra*, para. 5).

III. THE NEW CRIME OF UNLAWFUL DISSEMINATION OF CONTENT GENERATED OR ALTERED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS

The crime referred to in Article 612-*quater* of the Criminal Code, located in Title XII of the special part of the code, dedicated to ‘*crimes against the person*’, plays a prominent role.

This location is significant in defining the protected legal interest, as it expresses a new need to protect the ‘*individual freedom*’ and ‘*moral*’ rights of

⁴ See respectively Article 3, point 1 (reported *infra* in note 11) and Article 3, point 63 (reported *infra* in note 24) of the *AI Act*.

⁵ For example, in the case of negligent personal injury or manslaughter caused by artificial intelligence or robotic systems, or in the case of privacy violations. On this subject, please refer to Picotti, Impiego di sistemi d’intelligenza artificiale in medicina e digitalizzazione dei dati sanitari: possibili profili di rilevanza penale (Use of artificial intelligence systems in medicine and digitization of health data: possible criminal relevance), in Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona, 2025, 120 s., and to the bibliographical and regulatory references contained therein. The Digital Omnibus now intends to address certain aspects, providing for significant changes to the *AI Act* and privacy regulations, in particular by reducing the scope of the basic concept of ‘personal data’ to exclude ‘pseudonymized’ data. See also *infra*, note 27.

the ‘*person*’, exposed to new dangers created by modern information and communication technologies (ICT)⁶, which today allow the production ‘*through the use of artificial intelligence systems*’ of non-genuine content, such as ‘*images, videos or voices*’ that do not originate from or express what would appear to be attributable to the subject or reality that appears.

This is a new legal right, which goes beyond the traditional rights of honor, reputation, or confidentiality, to which the first comments referred⁷, and which can be summarized as the interest in not being deceived or unfavorably influenced by artificial intelligence, given the primacy to be recognized to humans and their autonomy, from a so-called anthropocentric perspective, which is certainly worthy of protection, including criminal protection.

A clear supranational basis for such criminalization can be found in Section 5(a) of the *AI Act*, which absolutely prohibits both AI system that deploys «subliminal techniques beyond a person’s consciousness» and «purposefully manipulative or deceptive techniques, with the objective, or the effect of materially distorting the behaviour of a person or a group of persons by appreciably impairing their ability to make an informed decision, thereby causing them to take a decision that they would not have otherwise taken in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person, another person or group of persons significant harm».

These are considered unlawful practices in themselves because they involve unacceptable risks for fundamental rights and are therefore already punishable by the most severe administrative penalties established by Article 99, paragraph 3, of the *AI Act*, which also apply to legal persons⁸.

This is, therefore, a new right, which applies to any «*person*,» who remains free to consent or not, since the element of *lack of consent* is constitutive of the Italian criminal offense in question, alongside the additional element of

⁶ For an overview of this issue prior to the advent of artificial intelligence, see the various contributions collected in the volume I edited, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie. Quaderni per la riforma del codice penale* (Criminal Protection of the Person and New Technologies. Notebooks for the Reform of the Criminal Code), Padua, 2013.

⁷ Fragasso, *Profili penalistici della legge sull’intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura* (Criminal aspects of the law on artificial intelligence: observations at first reading), in *Sistema penale* (16.10.2025), in particular paragraph 5.1, which discusses offenses against reputation, privacy, confidentiality, and even self-determination in the sexual sphere.

⁸ On the advisability of also enforcing, with criminal sanctions to be introduced at the national level, violations of the prohibition of illegal practices listed in the aforementioned Article 5 of the *AI Act*, I have already expressed my opinion in my contribution *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?* (Traditional categories of criminal law and artificial intelligence: crisis or palingenesis?) in *Sistema penale* (July 31, 2024), par. 3.3.2.1, 11

actual «*unjust harm*», which represents the consummative event, as opposed to the mere danger of harm, to which the European standard refers.

There is also a significant difference with respect to the crime introduced in 2019 in the Italian Penal Code, which in Article 612-*ter* punishes the «unlawful dissemination of sexually explicit images or videos» (improperly defined as *revenge porn*). Although there are some common elements, including the lack of consent, the protected legal interest in this crime is attributable solely to the sphere of privacy and self-determination in the field of sexuality, even in the face of similar conduct of transfer, publication, or dissemination, equally facilitated by new technologies.

Instead, in the new crime under consideration, which highlights the expansion, since then, of the risks to personal rights in today's technological society, *any content* is emphasized, not only «videos» and «images» but also «voices», now protected from any 'falsification' or 'alteration' carried out «using artificial intelligence systems» provided that they are capable of «misleading as to their authenticity». Therefore, these are qualifying elements with respect to the other offense, which affect the peculiarity of the new legal interest, certainly not inferior in rank to the generic 'reputation' or 'self-determination' in the sexual sphere alone: therefore, the reason for a lower penalty⁹ is not clear, even if it is the so-called 'deep fake porn' that appears today to be the most widespread criminologically and the most subject to media attention¹⁰.

Among the new objective requirements, the one that stands out is that the *means* must strictly be an «artificial intelligence system», as defined in Article 3, point 1 of the *AI Act*¹¹, to which Article 2(a) of the Italian law, as anticipated, expressly refers.

This is a very broad extra-criminal concept, which has also been criticized on legal and scientific grounds, above all because of the inevitable multiplicity, complexity, and changeability of the various applicable techniques, which are constantly evolving, compared to those referred to.

However, I believe that it must be accepted, at least today, not only on a strictly legal level due to the primacy of EU law, but also because it captures the essential distinctive characteristics compared to the traditional concept of

⁹ The penalty for the new offense is imprisonment for 1 to 5 years, while that for Article 612-*ter* of the Criminal Code is imprisonment for 1 to 6 years combined with a fine of €5,000 to €15,000.

¹⁰ See Caletti, Digital Habeas Corpus. The Criminal Status of Body Image between Privacy and Confidentiality, Turin, 2024, in particular 160 ff.

¹¹ As defined in Article 3, point 1 of the *AI Act*: «an automated system designed to operate with varying levels of autonomy and which may exhibit adaptability after deployment and which, for explicit or implicit purposes, infers from the input it receives how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that may influence physical or virtual environments.»

«computer system» as defined in Article 1(a) of the Council of Europe's *Cybercrime* Convention (CETS No. 185), opened for signature in Budapest on November 23, 2001, which still focuses on the physical structure of a «device» or even a group of interconnected or related devices, one or more of which «pursuant a program» performs «automatic processing of data»¹².

An artificial intelligence system, on the other hand, although it can be traced back –under certain conditions– to this general category, is specifically characterized on an exclusively *functional* level by its «autonomy» and «adaptability,» which qualify its special ability «to generate» an *output* in accordance with certain «purposes» and thus «may influence physical or virtual environments', its content consisting of «predictions, recommendations, or decisions'» which even terminologically allude to intellectual activities, of a cognitive or even volitional nature, specific to humans¹³.

Without certainly supporting the thesis that this is actual «intelligence» comparable to that of humans, to which it can only be metaphorically compared¹⁴, it is clear that the *generation of* content is related to the ability not only to communicate it, but also to *create* it and, therefore, to *influence* the external environment in an innovative way.

Attention should therefore be focused on the notions of 'alteration' and 'falsification' that characterize the offense in question, and which already traditionally appear in many crimes of forgery, especially document forgery, referred to in Chapter III, Title VII of the special part of the Italian Criminal Code.

However, only with caution can conceptual reference be made, *mutatis mutandis*, to the dogmatic elaboration developed in this regard, as the object, which is not a document, and the purpose of protection, which is not public trust, must be distinguished.

¹² However, this definition has not been incorporated into our legal system, where the elaboration of the concept, although an integral part of many criminal offenses, remains entrusted to case law (and doctrine). For a general, partly critical assessment of the implementation of the Convention in question and its First Additional Protocol, please refer to Picotti, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia* (The first twenty years of the Budapest Convention from a substantive perspective and the failure to ratify and implement the First Additional Protocol against racism and xenophobia), in *Diritto penale e processo*, 2022, no. 8, 1028 ff.

¹³ On this subject, in the now vast criminal law literature, see Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia «imprevedibile»* (Artificial Intelligence and Criminal Liability. Principles and Categories Put to the Test of an 'Unpredictable' Technology), Turin, 2025, in particular Part I, Chapter I, 17 ff.; on this point, for reasons of brevity, I would also refer to my contribution Ente, in *Scritti in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III, Milan, 2023, as well as in *Sistema penale* (July 10, 2023).

¹⁴ On this subject, I refer to the fundamental contributions of Floridi, most recently (in Italian), *La differenza fondamentale. Artificial Agency: una nuova filosofia dell'intelligenza artificiale*, Milan 2025.

‘Alteration’ can therefore be understood as the unauthorized modification of genuine content, with respect to that created or originating from its author, at least apparently, while ‘falsification’ –which traditionally includes the more radical concept of ‘counterfeiting’– is to be understood as the creation, not only partial but also integral, of content that differs from the original or, indeed, from objective truth, or so-called external reality, and may therefore consist of content entirely *generated* by an artificial intelligence system, completely independent of any objective reality.

Such alterations or falsifications may also concern political figures, for example, to attribute false statements or positions to them that may influence public opinion, discrediting opponents or distorting political or electoral competition: phenomena that the Italian legislator intends to combat with the new special aggravating circumstance added by the law in question to Article 294 of the Criminal Code, which punishes «Attacks against the political rights of citizens» (see *infra*, para. 5).

The fundamental selective requirement common to the cases examined is that such manipulations are «likely to mislead» as to the authenticity of the content. «Suitability» to deceive must be objectively verifiable and must refer to the output produced by the artificial intelligence system, with the common discernment of the recipients of the communication being taken as the assessment parameter¹⁵.

However, the additional objective element, consisting of the causation of «unlawful harm,» which represents the consummative event of the crime, does not appear appropriate.

In fact, not only must it be *caused* by the agent’s conduct –which is mediated by the autonomous intervention of the artificial intelligence system, with the consequent need to demonstrate the relative causal link¹⁶– but it must also be consciously represented and *intended*, as it must fall within the object of the intent.

This is a limitation of the criminal offense, which appears to be inconsistent not only with the aforementioned European regulation, which requires only

¹⁵ An interpretative reference can be found in the definition of ‘virtual’ child pornography in Article 600-quater.1 of the Italian Criminal Code, which requires that the images be created ‘using images of minors under the age of eighteen or parts thereof’ by means of ‘graphic processing techniques not associated in whole or in part with real situations’ but whose «quality of representation makes unreal situations appear real». On this subject, see Caletti, *Habeas corpus digitale*, cit., 157 s. with further indications, as well as, if desired, also for considerations of criminal policy, already Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, Naples, 2007, 1267 s.

¹⁶ On the difficulties that could arise in establishing the causal link between the man’s ‘upstream’ conduct and the event that, in the final link, is produced by the intervention of the artificial intelligence system, see Giannini, *Criminal Behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Maastricht 2023, in particular p. 170 ff.; for a summary, see also Picotti, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale*, cit., par. 3.3.1, 9.

a risk of damage, but also with the provisions of other crimes, which are committed through the dissemination, publication, transfer, or even simple access to illegal content on the Internet, as in the case of child pornography offenses. This creates problems of ascertainment in identifying the victims as well as in circumscribing the ‘autonomous’ contribution of the artificial intelligence system, whose intervention is typified as a necessary means of committing the crime, but which can make the output subjectively ‘unpredictable’¹⁷.

However, since the «harm» cannot be considered *in re ipsa*, even though the characteristics of such conduct in *cyberspace* allow for the immediate and global dissemination and availability of data on Internet in real time, an axillary interpretation can only be suggested, certainly not limited to concrete damage of a financial nature, it being sufficient –as well as necessary– that it be «unlawful».

This latter qualification must, however, be added to the objective unlawfulness of the alteration or falsification, as well as to that of dissemination without consent, since there must be a contravention or, rather, a violation of any legal rule that deprives the event *in itself* of any objective justification¹⁸.

A further problem arises when considering the rules of admissibility, which are based on a complaint by the party concerned in the basic case, whereby the person entitled to bring the action is the person who has suffered such «unlawful harm,» which is not easy to identify and cannot be limited to what may appear from an image or voice that is by definition manipulated.

However, prosecution *ex officio* is also provided for, as well as in cases connected with another crime for which proceedings are brought *ex officio* (in this regard, one can think of cases involving criminal associations or online extortion¹⁹ or aggravated stalking²⁰), in the case of persons who are incapable

¹⁷ On the prerequisites and limits of attribution, including from a subjective point of view, of criminal liability to human beings (natural and legal persons) who ‘stand behind’ such systems, see the AIDP Recommendations cited *supra*, note 1; in doctrine D’Amico, La misura della (im)prevedibilità. Modelli di imputazione della responsabilità al tempo dell’intelligenza artificiale (The measure of (un)predictability. Models of attribution of liability in the age of artificial intelligence), Napoli, 2025, in particular Part II, Chapter 2, 219 ff. This complex issue could (and should) be addressed by the ‘criteria for attributing liability’ which, pursuant to Article 24(5)(c), should be ‘specified’ in criminal law (on this point, however, see critically *infra* paragraph 5).

¹⁸ As is the case in other instances of so-called double injustice, where a similar expression appears alongside conduct that is already unlawful, it is necessary to distinguish between injustice of the means and injustice of the result, since the latter cannot coincide with or be absorbed by the former.

¹⁹ A case now specifically punished, as an aggravating circumstance, by the third paragraph of Article 629 of the Criminal Code, added by Article 16, paragraph 1, letter m), no. 2), Law No. 90 of June 28, 2024, on which see Crescioli, Cybercrime and Criminal Protection of Property. A comparative investigation, Milan, 2024, in particular 155 s.

²⁰ Article 612-bis, paragraph 2, of the Italian Criminal Code, as replaced by Article 1, paragraph 3, letter a), of Decree-Law No. 93 of August 14, 2013, converted, with amendments, by Law No. 119 of October 15, 2013.

due to age or absolute incapacity, and finally if a «public authority is offended because of the functions exercised».

This last provision extends the very notion of «person» offended by this crime beyond the scope of natural persons to include public bodies and branches of the public administration, with the uncertainty as to whether in such cases it is still necessary to identify *also* one or more natural persons within the body or public administration who have suffered «unlawful harm»²¹; or whether, on the contrary, the «unlawful harm» must or can only be attributed to the body or administration itself, thus extending the crime beyond the scope of those «against human the person.»

Finally, it should be noted that, in order to implement the recent European Union Directive 2024/1385 of May 14, 2024, on combating violence against women and domestic violence, the «*intentional*» act referred to in Article 5(b) should also be expressly criminalized, consisting of «producing, manipulating, or altering and subsequently making available to the public, via ICT, images, videos or similar material in such a way as to make it appear that a person is participating in sexually explicit acts, without the consent of the person concerned, where such conduct is likely to cause serious harm to that person.»

This offense is punishable only if there is a concrete *danger*, not actual harm²²; with the consequence that the most restrictive provision that can be derived from the national case in question could be considered non-compliant with the requirements for full implementation of the aforementioned directive, thus making corrective action by the legislator necessary.

IV. COPYRIGHT INFRINGEMENT IN THE EXTRACTION OF DATA FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS

The second new offense introduced by the law in question concerns the criminal protection of copyright, with the addition to Article 171, paragraph 1, of Law 633/1941 on copyright of a new criminal offense identified by the letter a - *ter*), to punish those who «reproduce or extract text or data from works or other materials available on the internet or in databases in violation of Articles 70-ter and 74-quater, including through artificial intelligence systems.»

²¹ For example, politicians or individuals with administrative responsibilities, against whom the use of deep fakes was intended to stir up disinformation propaganda, to the extent of possibly affecting the proper conduct of elections.

²² See also Fragasso, *Profili penalistici*, cit., par. 5.1.

This is a purely punitive provision of the extra-criminal precepts to which it expressly refers, and in particular those established by the articles introduced in Italy by Legislative Decree No. 177 of November 8, 2021, implementing Directive (EU) 2019/ 790²³, which had laid down rules to regulate, but at the same time also allow, under the conditions indicated, the activity of ‘*text and data mining*’ (so-called TDM) on the internet: an activity defined –pursuant to paragraph 2 of Article 70-ter of Law 633/1941– as «any automated technique designed to analyze large amounts of text, sound, images, data, or metadata in digital format with the aim of generating information, including patterns, trends, and correlations».

The regulation is now more precisely modeled by the new Article 70-septies of Law 633/1941, introduced by Article 25 (entitled: «Protection of copyright of works generated with the aid of artificial intelligence»), which occupies the entire Chapter IV of the law in question, pursuant to which «reproductions and extractions from works or other materials contained on the internet or in databases to which one has legitimate access, for the purpose of extracting text and data through models and systems of artificial intelligence, including generative artificial intelligence, are permitted in accordance with the provisions of Articles 70-ter and 70-quater» of Law 633/1941.

While the concept of «models [...] of artificial intelligence» is derived from Article 1(63) of the *AI Act*²⁴, to which Article 1(c) of the law expressly refers (see *supra*, paragraph 2), Article 25(a) of the first paragraph introduces a supplementary provision to the definition of ‘protected works’, referred to in Article 1, paragraph 1, of Law 633/1941, whose criminal protection must now be supplemented by the complex regulations under consideration, in that within the scope of ‘intellectual works’ - to which the distinctive qualifier ‘human’ is added - also includes those «created with the aid of artificial intelligence tools, provided that they are the result of the intellectual work of the author».

However, the penalty is laughable when considering the interests at stake, consisting solely of a fine ranging from €51 to €2,065. Yet these new provisions reflect the awareness that the development of artificial intelligence systems and related general models requires, on the one hand, increasing global availability

²³ This directive, too, will have to be revised by 2026, according to the Commission’s proposal COM(2025) 837 (known as the Digital Omnibus), referred to *supra*, note 3.

²⁴ This is the complex definition of ‘general-purpose AI model’: «an AI model, including where such an AI model is trained with a large amount of data using self-supervision at scale, that displays significant generality and is capable of competently performing a wide range of distinct tasks regardless of the way the model is placed on the market and that can be integrated into a variety of downstream systems or applications, except AI models that are used for research, development or prototyping activities before they are placed on the market».

of everything available on the internet, with the compression of the subjective rights of authors (and others); on the other hand, an extensive adaptation of the very notion of ‘*intellectual work*’, which can *also* be achieved with the help of these systems and models (summarily referred to as the inadequate concept of ‘*tools*’), which do not, however, exclude the *creative* contribution of human intelligence, with the consequent recognition of the need to guarantee its criminal protection in the new conditions determined by technological development.

The profound interaction established (and recognized) between human intellectual activity and activity related to artificial intelligence systems, despite all the uncertainties that arise in this context, shows that they are by no means mere ‘*auxiliary tools*’ for creative activity attributable solely to humans, given their relatively autonomous operation, expressed in their very definition (see *supra* par. 3, note 11), which is reflected in the fact that they are *themselves* ‘authorized’ to find data and materials on the internet with which they ‘train’ and develop further.

As a final note, it should be emphasized that the amendment under consideration deals only with aspects of copyright protection, while the question of possible violations of personal data protection regulations, which has already been raised, remains open. In fact, there is currently no clear legal basis legitimizing the extraction of data and texts, in view of the guarantees established in Regulation (EU) 2016/679 (the so-called GDPR)²⁵, as well as in our *Privacy Code*: so much so that in two cases our Data Protection Authority has already declared such conduct to be unlawful²⁶.

It would therefore have been desirable, at least within the scope of the legislative delegation provided for in Article 24, for there to have been a provision to fill this serious gap, as a primary source on the matter is necessary, given the legal reserve that must be respected, both for any limitation of fundamental rights and for the regulation of normative elements on which the application of criminal law depends²⁷.

²⁵ In this regard, the reforms proposed by the European Commission in the Digital Omnibus package COM(2025) 837, referred to above in note 3, could be relevant, expanding the possibilities for the use of personal data. These reforms specifically address, in addition to the relevant definition, the regulation of ‘special categories of personal data’ referred to in Article 9 of the GDPR, and the use of such data for ‘scientific research’ purposes, referred to in Article 5 of the GDPR.

²⁶ Please refer to the statements made by the Italian Data Protection Authority on February 10, 2022, and May 17, 2023, available on the Authority’s website (www.gdpr.it), as appropriately reported by Fragasso, *Profili penalistici*, cit., par. 6.2., note 34.

²⁷ I had already developed these critical observations with reference to Articles 7, 8, and especially 9 of the text of the bill presented by the Government on April 23, 2024 (A.S. 1146 Senate of the Republic), which was then definitively approved with a few amendments: whereby a simple decree of the Ministry of Health is responsible for the specific regulation of the processing of data, including ‘special categories of

V. REFERENCES TO NEW AGGRAVATING CIRCUMSTANCES AND LEGISLATIVE DELEGATION RULES IN CRIMINAL MATTERS

Among the new aggravating circumstances that are introduced, the first to emerge is the ‘common’ circumstance referred to in the new paragraph 11-*undecies* of Article 61 of the Criminal Code, applicable to any crime, which entails an increase in the statutory penalty of up to one third, and is formulated in relatively complex terms. In fact, it is not limited to requiring that «the act be committed using artificial intelligence systems» –so it does not apply if the offense is committed to their detriment²⁸– but includes additional alternative requirements, in particular that «by their nature or manner of use» they constituted «an insidious means»; or that they «hindered public or private defense»; or, finally, that they have «aggravated the consequences of the crime». All these additional conditions are in fact already recognizable in other common circumstances or in the constituent elements of individual crimes.

Three special aggravating circumstances are also introduced, which determine the statutory penalty independently: in addition to the one already mentioned for the crime of «Attacks against the political rights of citizens» referred to in Article 294 of the Criminal Code, aimed at strengthening the punishment of *deep fakes* of political content (*supra*, par. 3), the other two concern cases of market manipulation, respectively corporate (pursuant to Article 2637 of the Civil Code) and financial (market manipulation pursuant to Article 185, paragraph 1, of Legislative Decree No. 58 of February 24, 1998, containing the Consolidated Law on Financial Intermediation), given the use of high-frequency algorithms in stock market trading, which can give rise to abuse.

However, criminal law is also affected by further provisions, in particular by some of the ‘Legislative Delegations to the Government’ provided for in Article 24, for the enactment –within 12 months of the entry into force of the law– of provisions having the force of law, a significant part of which also concern criminal matters.

The first concerns the introduction of ‘autonomous offences punishable as intentional or negligent’ focusing on omissions, for failure to adopt or adapt security measures to be observed for the production, circulation, and profes-

personal data’ (within the meaning of Article 9 of the GDPR) «for research and experimentation purposes, including through artificial intelligence and machine learning systems». (see Picotti, *Impiego di sistemi d’intelligenza artificiale in medicina*, cit., par. 2.1, 122 ff., and on criminal relevance, par. 3.3, 128 ff.).

²⁸ The AIDP Recommendations, contained in the Resolution on Traditional Criminal Law Categories and AI, mentioned *supra* in note 1, suggest strengthening the criminal protection of artificial intelligence systems from attacks they may suffer, given the importance of their function, as they should not be considered merely as an insidious means of committing crimes.

sional use of artificial intelligence systems, which may result in a «concrete danger to public or individual life or safety or to the security of the State».

The other delegation has an even more generic subject matter, concerning the «clarification of the criteria for attributing criminal liability to natural persons,» as well as «administrative liability to entities for offenses relating to artificial intelligence systems.»

While, on the one hand, the provision recognizes that legislative action is needed to establish in general terms the conditions and criteria for attributing criminal liability for crimes committed through artificial intelligence systems, with respect to which it is necessary to trace back to the human beings, natural or legal persons, who ‘are behind’ them, from the conception phase to those of production, marketing, provision, and final use, on the other hand, there is no mention whatsoever of the parameters that the delegated legislator must follow –as would be required by Article 76 of the Constitution in the case of legislative delegation to the Government²⁹– to establish which crimes should be introduced and which rules should govern criminal liability, which must necessarily be ‘personal’ and, therefore, also subjectively culpable (*pursuant to* Article 27(1) and (3) of the Constitution)³⁰, for acts in which artificial intelligence systems assume significant ‘decision-making’ functions, with increasing autonomy. This is a highly controversial issue and the subject of extensive debate in legal doctrine, not only at the national level, where the AIDP has prepared important resolutions at the international level³¹.

A central element is certainly linked to the principle of human oversight, also contained in Article 14 of the AI Act: but this must be precisely defined, also in relation to other significant founding parameters, attributable to the different competences and functions of the ‘value chain’ of the various responsible parties ‘behind’ artificial intelligence, also referred to in Article 25 of the AI Act.

²⁹ In this regard, it is highly reprehensible that the specific critical remarks made by both the ‘Legislation Committee’ and the ‘First Standing Committee (Constitutional Affairs)’ during the examination of Bill 1146 submitted by the Senate on March 20, 2025, which later became A.C. 2316-A Chamber of Deputies. These clearly and reasonably pointed out the need, especially in criminal matters, for legislative delegations to the Government to contain ‘guiding criteria and principles formulated in a very precise manner’, with specific references to compliance with the numerous rulings of the Constitutional Court in this regard. However, Parliament proceeded with approval in both chambers, including by the Senate itself on second reading, without complying with the constitutional requirements already clearly highlighted. This is regardless of the more radical position of the doctrine, which excludes the legitimacy of the use of legislative delegations in criminal matters: see Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, 1972, 10 ff.; as well as Marinucci - Dolcini, *Corso di diritto penale*. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, 3rd ed., Milan 2001, § 4.1.5.6, in specie 50.

³⁰ For this essential requirement, please refer to the aforementioned Recommendations drawn up following the work of the AIDP (*supra*, note 1).

³¹ On this subject, in addition to the work and Recommendations of the AIDP already cited in note 1, in the vast national and international literature, reference should be made to the framework outlined by Giannini, *Criminal Behavior*, cit., with extensive bibliographical references.

VI. CONCLUDING REMARKS

A brief provisional assessment of the criminal law content of the new law under discussion allows us to appreciate, on the one hand, the timeliness of the Italian legislator's intervention, aimed at offering a framework of greater certainty, and not just security, to citizens and entities, in the complex context of the rapid development of the subject and the related market.

On the other hand, however, there are a number of inconsistencies, starting with an approach that has already been criticized as 'pan-criminalistic', which focuses on the introduction of new offences and the aggravation of penalties, through new common and special circumstances, which have above all a symbolic value as a political message, whereas criminal law should remain the *ultima ratio* for the protection and governance of the matter, with other instruments being used upstream, starting with the detailed promotion of precautionary rules and safety standards in various sectors (from autonomous cars to the use of artificial intelligence and robotics in medicine, stock market trading, home automation, and so on).

Therefore, this first step, which is certainly important in terms of its structural dimension, still requires a long and thorough commitment, not only in view of the changes that could be introduced at European level in implementation of the Commission's latest proposals with the *Digital Omnibus* package, but also because of the need for more in-depth elaboration, especially from a criminal law perspective, both by the interpreter and, above all, by the delegated legislator, with a view to exercise of the powers conferred without sufficient indication of criteria and guiding principles.

Therefore, the necessary contributions of competent bodies and entities must be encouraged and valued, not least those already provided by the AIDP and legal scholars, who will certainly not cease to engage in this important new area involving criminal law in contemporary society, as the scientific and personal experience of our friend, whom we honor with these writings, has demonstrated and continues to demonstrate.

88. EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS, DIEZ AÑOS DESPUÉS

LUZ MARÍA PUENTE ABA
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN: EL «NUEVO» DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS

Con la reforma del Código penal aprobada en 2015, se introdujo por vez primera en nuestro ordenamiento el delito de financiación ilegal de partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter). Constituyó una novedad que fue bien recibida por el Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa (GRECO), tal y como señalaba en el 2.º Addendum al 2.º Informe de cumplimiento relativo a España (2016), dentro de su 3.ª Ronda de evaluación centrada en la transparencia y la financiación de los partidos políticos. No obstante, a pesar de esta demanda de criminalización de determinadas conductas irregulares en el ámbito de la financiación de los partidos, y de la indudable presencia de este tipo de comportamientos en nuestra historia reciente¹, hasta la fecha no existe ninguna condena por este delito. En cualquier caso, debe señalarse que ac-

¹ Vid. una exposición de diferentes episodios de financiación ilegal en la historia de los partidos políticos españoles en MAROTO CALATAYUD, M.: *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 21 ss. Para un examen de las vías de financiación de los partidos políticos vid. v.gr. GARRIGA ROSALES, A., *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un estudio sobre la intervención penal en la materia*, Universitat Pompeu Fabra, Tesis doctoral, 2022 (<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/687820/tagr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), pp. 203 ss.; MORALES HERNÁNDEZ, M.A.: *Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 41 ss.

tualmente hay una causa penal abierta en la que se investiga la posible comisión del delito del art. 304 bis CP². Diez años después de su entrada en vigor, y ante la perspectiva de su primera aplicación judicial, es interesante realizar una breve panorámica de estos dos preceptos³.

II. EL TIPO BÁSICO (ART. 304 BIS CP AP. 1 Y 4)

El art. 304 bis CP se configura como una ley penal en blanco, remitiéndose a una norma extrapenal para la definición de las conductas castigadas. Se sanciona tanto la recepción como la entrega de «donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos» (LOFPP).

De entrada, no hay por qué oponerse al empleo de esta técnica legislativa. De hecho, es propia de ámbitos en los que el Derecho Penal va a intervenir para sancionar conductas que son objeto de previa regulación administrativa. En el caso del art. 304 bis, justamente se respeta la vertiente formal del principio de legalidad: la norma a la que se remite este precepto es una Ley Orgánica (de hecho, es el único caso existente en el CP)⁴; por consiguiente, aquí no cabe plantear los posibles reparos relativos al rango de la norma objeto de la remisión.

Por el contrario, es la vertiente material la que plantea problemas: se produce una remisión en bloque al art. 5.1 LOFPP, sin añadir ningún elemento

² Vid. ATS 14-10-2025.

³ Por cuestiones de espacio, no se entra aquí en el análisis del bien jurídico protegido. Sobre ello vid. v.gr., resumiendo los diversos matices al respecto, BASSO, G.: «Consideraciones críticas sobre los delitos de financiación ilegal de partidos políticos del art. 304 bis del CP», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 36, 2021, pp. 8-9; JAVATO MARTÍN, A.: «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-26, 2017, pp. 22 ss.; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 74; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: «La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista Penal México*, n.º 11-12, 2017, pp. 174 ss.; PÉREZ RIVAS, N.: «Las lagunas punitivas del delito de financiación ilegal de partidos políticos: especial referencia a las condonaciones de deuda por las entidades de crédito», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 22, 2019, pp. 334 ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: «Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 661 ss.

⁴ Cfr. PUENTE ABA, L.M.: *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 75; REBOLLO VARGAS, R.: «La polémica en el delito de financiación de partidos políticos: las puertas continúan abiertas», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 2, 2018, pp. 9-10.

adicional que aporte singularidad y precisión al tipo penal⁵. El legislador penal ha llevado a cabo un calco de la norma administrativa, lo cual no solo va a generar reparos desde la perspectiva de la legitimidad de la intervención penal, sino que también va a crear problemas prácticos en el momento de aplicación de ambas normas sancionadoras.

En suma, la remisión al art. 5.1 LOFPP determina que serán delictivas las siguientes modalidades de donaciones⁶: las anónimas, finalistas o revocables; las procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales; y las procedentes de personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica.

Por otra parte, la remisión literal y en bloque a la LOFPP traslada al CP las problemáticas y arbitrarias limitaciones establecidas en la normativa sobre partidos políticos. El art. 5.1 LOFPP excluye expresamente las donaciones de bienes inmuebles del límite de 50.000 euros⁷; además, los partidos pueden obtener ventajas económicas a través de otras vías donde no está presente esta limitación, como por ejemplo la concesión de préstamos en condiciones muy favorables, la prestación gratuita de servicios profesionales o las adquisiciones a precios inferiores a los de mercado⁸. Asimismo cabe destacar que estos límites se han establecido para las donaciones, pero no para las «aportaciones» de personas afiliadas y de cargos públicos; como ha señalado el Tribunal de Cuentas⁹, no siempre resulta posible determinar con precisión si la cantidad

⁵ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 21-23; GARRIGA ROSALES: *La financiación*, pp. 663 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: «Sobre la legitimidad de la tipificación penal del delito de financiación ilegal de partidos políticos en el marco de la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción», en Gómez Rivero, M.C./Barrero Ortega, A. (dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 757; NÚÑEZ CASTAÑO: «La cuestionable», p. 178; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 75 ss.; REBOLLO VARGAS: «La polémica», pp. 10 ss.

⁶ Vid. al respecto v. gr. GARRIGA ROSALES: *La financiación*, pp. 649 ss.; NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad», p. 766; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 71 ss.

⁷ Vid. criticando esta exclusión del ámbito penal BASSO: «Consideraciones», pp. 18-19 y 31; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 28; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 274; REBOLLO VARGAS: «La polémica», p. 24.

⁸ Cfr. PUENTE ABA: *El delito*, pp. 72-73.

⁹ Vid. Tribunal de Cuentas: Moción n.º 1445 relativa a la financiación, la actividad económico - financiera y el control de las formaciones políticas y de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellas, 27-7-2021, pp. 11-12. Ante esta situación, este Tribunal recomienda clarificar los conceptos de donaciones y aportaciones, a fin de evitar dudas interpretativas sobre el contenido y las restricciones impuestas a cada una de estas tipologías de ingresos; vid. también Resolución de 22 de octubre de 2024, de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos políticos, ejercicio 2020 (BOE 27-12-2024).

En relación con esto vid. MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 93; MUÑOZ CUESTA, F.J.: «Delitos de financiación ilegal de partidos políticos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2015, pp. 1 ss.; abogando por considerar que el vocablo «aportación» está incluido en el tenor literal del precepto. Vid. también NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad», pp. 766-767, en esta línea, si bien considerando preferible que la norma penal mencione específicamente las aportaciones.

entregada por alguna de estas personas constituye una aportación o una donación.

El delito de financiación ilegal de partidos políticos tiene una estructura bilateral, puesto que se castiga a las dos partes intervinientes: quien entrega la donación y quien la recibe¹⁰. En este punto, el CP sí efectúa una restricción frente a la LOFPP: mientras esta ley sanciona en su art. 17 la aceptación de donaciones que infringen lo dispuesto en el art. 5.1, el art. 304 bis exige recibir la donación¹¹. Por otra parte, el CP castiga la entrega de donaciones, sin que resulte suficiente el mero ofrecimiento¹²; en este punto, no hay una conducta correlativa en la LOFPP, puesto que esta norma se centra únicamente en las infracciones que pueden cometer los partidos políticos.

III. LOS TIPOS «AGRAVADOS» (AP. 2 Y 3 DEL ART. 304 BIS Y ART. 304 TER CP)

1. La letra a) del art. 304 bis 2

Aquí se configura un tipo agravado centrado en la superación de un determinado umbral económico con respecto a las conductas prohibidas en el art. 304 bis 1.

En primer lugar, se castigan con pena más grave las donaciones anónimas, finalistas, revocables, o de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica, siempre que superen la cantidad de 500.000 euros. En segundo lugar, en cuanto a la modalidad de donaciones superiores a 50.000 euros anuales por parte de una persona física, el tipo agravado estará constituido por la realización de estas donaciones en cuantía superior a 550.000 euros¹³.

¹⁰ Cfr. BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: «La financiación ilegal de partidos políticos: de infracción administrativa a tipo penal. Un análisis dogmático y político-criminal», en Gómez Rivero, M.C./Barrero Ortega, A. (dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 862; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 29; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: «Sobre la legitimidad», p. 764.

¹¹ Vid. BOCANEGRA MÁRQUEZ: «La financiación», pp. 863-864; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 87-88; MUÑOZ CUESTA: *Delitos*, p. 3; NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad» p. 765; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 76-77; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Los delitos», pp. 668-669; SIERRA LÓPEZ, M.V.: «El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?», en Gómez Rivero, M.C./Barrero Ortega, A. (dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 806.

¹² Vid. BOCANEGRA MÁRQUEZ: «La financiación», p. 864; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 101-102; MUÑOZ CUESTA: *Delitos*, p. 6; PUENTE ABA: *El delito*, p. 77.

¹³ Vid. v.gr., PUENTE ABA: *El delito*, pp. 129-130.

2. El «tipo agravado» de la letra b) del art. 304 bis 2

Esta letra b) castiga las donaciones recogidas en el art. 7.2 LOFPP que superen el importe de 100.000 euros. En este último precepto se prohíbe la aceptación de financiación procedente de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras, o de empresas relacionadas directa o indirectamente con ellos. Sin embargo, esta conducta no se ha incorporado como delito al ap. 1 del art. 304 bis; de ahí que, en puridad, no puede afirmarse que esta letra b) del ap. 2 constituya un tipo agravado¹⁴. Esta deficiente técnica legislativa nos lleva a las siguientes conclusiones: por un lado, este tipo de financiación, cuando no sobrepasa tal cantidad, constituye únicamente una infracción de la LOFPP; por otro lado, la remisión expresa del ap. 2 letra b) al ap. 1, y la mención específica de donaciones en tal ap. 2, parece que solo debería permitir la sanción penal de aquellas formas de financiación que, infringiendo las previsiones del art. 7.2 LOFPP, puedan ser calificadas como «donaciones»¹⁵.

3. El art. 304 bis 3

El ap. 3 contiene un tipo agravado con respecto a las figuras del ap. 2; se establece una agravación de la pena cuando los hechos indicados «resultaran de especial gravedad». Estamos aquí ante un concepto indeterminado; vista la ausencia de pautas legales, tendrá que ser la jurisprudencia la que vaya concretando los criterios para la aplicación de este tipo penal¹⁶.

4. El art. 304 ter

De entrada, puede parecer que el art. 304 ter contiene la usual agravación por pertenencia a (o dirección de) una estructura u organización criminal, pre-

¹⁴ Vid. JAVATO MARTÍN: *El delito*, pp. 32-33; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 107.

¹⁵ Vid. así BOCANEGRA MÁRQUEZ: *La financiación*, pp. 869-871; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Los delitos», p. 673.

¹⁶ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 25-26; LEÓN ALAPONT, J.: «La reforma de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos: un debate desenfocado», en *Estudios penales y criminológicos*, 2019, p. 552; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 111-113; NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad», p. 773. Vid. también proponiendo criterios al respecto, GARRIGA ROSALES: *La financiación*, pp. 754-755; PÉREZ RIVAS: «Las lagunas», p. 341; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 131-132; SIERRA LÓPEZ: «El delito», pp. 809-810.

sente en otras categorías delictivas. No obstante, se plantean importantes dudas interpretativas al constatar la forma de redacción de este precepto.

El ap. 1 del art. 304 ter castiga al que «participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley». Estamos ante una configuración diferente de tal agravación, si la comparamos con otros delitos: tomando como ejemplo el blanqueo de capitales, el art. 302 dispone que «en los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados». Es decir, se impone pena más grave cuando la persona que comete el tipo básico pertenece a (o dirige) una organización criminal. Esto se deduce claramente de la redacción legal, pues el tipo agravado se configura por remisión a la figura básica correspondiente. Sin embargo, el art. 304 ter no sigue esta línea coherente, y según su dicción literal se castiga específicamente a quien participe en (o dirija) una organización cuya finalidad sea la financiación ilegal de los partidos políticos.

Por consiguiente, se intuye que el legislador quiso establecer la agravación por pertenencia a una organización en la misma línea de otras categorías delictivas, pero la redacción empleada en el art. 304 ter supone la configuración de un tipo autónomo, al sancionar el mero hecho de pertenecer a (o dirigir) una organización dedicada a la comisión del delito del art. 304 bis¹⁷. Siendo esto así, tal situación tendría que dar lugar a la aplicación conjunta de ambos tipos penales: el art. 304 bis, que castiga la actividad de financiación ilegal, y el art. 304 ter, que sanciona de forma autónoma la pertenencia a (o la dirección de) la concreta organización¹⁸.

Indudablemente, sería deseable que el legislador hubiera redactado el art. 304 ter en la misma línea que otros preceptos homólogos en el ámbito de otras familias delictivas. No obstante, aun siendo preferible esta configuración, todavía así subsistiría un problema adicional, que es común a esta clase de agravaciones prevista en relación con determinados delitos: el conflicto concursal entre la agravación singular y los tipos de los arts. 570 bis y siguientes del CP, que sancionan de forma autónoma la coordinación y la pertenencia a una organización criminal o a un grupo criminal. Por lo tanto, lo más adecuado hubiera sido prescindir de una agravación específica y, en el caso de cometerse el deli-

¹⁷ Vid. poniendo de relieve esta problemática, MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 123-124; NÚÑEZ CASTAÑO: «La cuestionable», p. 189; OLAIZOLA NOGALES, I.: «El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP», en *Diario La Ley*, 2015, p. 6; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 134-135.

¹⁸ Vid. sobre esta relación concursal MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 218-222.

to en el seno de una organización o grupo criminal, aplicar conjuntamente el art. 304 bis y alguno de los preceptos contenidos en los arts. 570 bis y siguientes del CP¹⁹.

IV. LAS CONDUCTAS EXCLUIDAS DEL ART. 304 BIS CP

1. La financiación electoral

El tipo básico del delito de financiación ilegal de partidos políticos se remite a la LOFPP; esto deja al margen del tipo penal la financiación de las campañas electorales²⁰, que se regula en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Ciertamente es que la LOFPP (art. 2), al enumerar los recursos económicos procedentes de la financiación pública, menciona las subvenciones públicas para gastos electorales, en los términos previstos en la LOREG. No obstante, el art. 304 bis CP efectúa una remisión expresa y específica al art. 5.1 LOFPP, con lo cual solo cabe considerar delictivas las formas de financiación descritas en el precepto indicado.

Es importante tener en cuenta que la LOREG contiene un catálogo de delitos electorales, pero ninguno de ellos centrado en la sanción de la financiación ilegal de los partidos en el ámbito electoral. La figura próxima sería la prevista en su art. 149, que castiga la conducta de falseamiento contabilidad electoral; de todas formas, no se sanciona el acto de financiación sino únicamente la acción de falsear las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente la realización de aportaciones o gastos, o empleando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

2. La financiación pública

El delito de financiación ilegal de partidos políticos se configura únicamente en torno a la financiación privada, puesto que el art. 5 LOFPP (al que remite el CP) dispone una serie de límites a las donaciones de origen privado.

No existe ninguna previsión referida a las irregularidades en la obtención de recursos de carácter público, a pesar de que constituye el grueso de la finan-

¹⁹ Vid. PUENTE ABA: *El delito*, pp. 135-137.

²⁰ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 20 y 31; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 280-281; NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad», p. 758; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 78-79.

ciación recibida por los partidos políticos²¹. Es cierto que en muchos supuestos podrían resultar de aplicación algunos de los preceptos que contienen los delitos contra la Administración pública, como por ejemplo el cohecho o el tráfico de influencias; no obstante, tales tipos penales no abarcan ni todos los comportamientos ni el desvalor global de todo el entramado de financiación ilegal de los partidos políticos²².

3. Conductas excluidas en el ámbito de la financiación privada

Aun centrándose únicamente en la financiación de origen privado, el art. 304 bis no abarca cualquier irregularidad en este ámbito, sino únicamente la infracción de las previsiones del art. 5.1 LOFPP, que se refieren a los límites en la recepción de donaciones. A continuación, se hará referencia a algunas de las conductas que quedan al margen del ámbito típico, y a su especial significación en el funcionamiento habitual de los partidos políticos.

a) LAS CONDONACIONES DE DEUDA POR PARTE DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El art. 4.4 LOFPP prohíbe a las entidades de crédito condonar parcial o totalmente las deudas de los partidos políticos. Esta prohibición fue introducida en 2012 para reaccionar frente a una práctica común que suponía una forma encubierta de otorgar financiación continua a los partidos políticos²³. Por ello, llama la atención no solo que el tipo penal no haya incorporado la sanción de

²¹ Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO: «Sobre la legitimidad», p. 759; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 79 ss. Vid. también críticamente sobre esta exclusión BASSO: «Consideraciones», pp. 20 y 31; BOCANEGRA MÁRQUEZ: «La financiación», pp. 881-882; GARRIGA ROSALES: *La financiación*, pp. 681 ss.; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 28; REBOLLO VARGAS: «La polémica», pp. 25-26; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Los delitos», p. 669.

Atendiendo al último Informe de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos políticos, publicado por el Tribunal de Cuentas en 2024 y referido al ejercicio 2020, el total de la financiación pública de los partidos asciende a 179 millones de euros, mientras que la financiación privada constituye un total de 66 millones de euros.

²² Vid. MAROTO CALATAYUD: *La financiación*, p. 65; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 278.

²³ El recurso a préstamos bancarios para financiar campañas electorales ha sido una estrategia usual, desde la formación del sistema español actual de partidos, para sufragar los gastos de las formaciones políticas: vid. MAROTO CALATAYUD, M.: «El fracaso del control de la financiación de partidos políticos en España: reflexiones sobre la vía penal de regulación», en Gómez Rivero, M.C./Barrero Ortega, A. (dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 830-831; PÉREZ RIVAS: «Las lagunas», pp. 342 ss. Esta situación también la ponía de relieve el GRECO, en su 1.º Informe de cumplimiento relativo a España (2011), dentro de la 3.ª Ronda de evaluación centrada en la financiación de los partidos políticos.

las condonaciones de deuda²⁴, sino también que ninguna de ambas normas (ni la LOFPP ni el CP) contemple otras conductas que pueden constituir un auténtico «fraude de ley», como podría ser la práctica, por parte de la entidad de crédito, de aplazar indefinidamente el cobro de la deuda. Este comportamiento no tendría encaje en el art. 304 bis CP (y dudosamente, en el art. 4 LOFPP)²⁵, pero cabría plantearse la posible comisión de un delito de administración desleal²⁶, puesto que un aplazamiento indefinido del cobro de la deuda, que podría venir acompañado de un aumento del capital objeto de préstamo, puede ser calificado como un exceso en las facultades de administración, generador de un perjuicio al patrimonio administrado.

Adicionalmente, cabe resaltar que el art. 4 LOFPP no hace referencia a préstamos concedidos por otras entidades (distintas de las de crédito), que por lo tanto podrían ser objeto de condonación o aplazamiento indefinido²⁷. De hecho, el Tribunal de Cuentas ha puesto de relieve la necesidad de regular estas situaciones, sobre todo atendiendo a nuevas fórmulas de financiación participativa como los «microcréditos» (definidos como «operaciones de préstamo o endeudamiento con particulares, puesto que estipulan la obligación de devolución del principal y, en su caso, de los intereses en el plazo y condiciones pactadas»); para esta forma de financiación, considera necesario regular su formalización y establecer algunos límites y prohibiciones²⁸.

b) LAS OPERACIONES ASIMILADAS

Las denominadas «operaciones asimiladas» se describen en el art. 4.3 LOFPP, que dispone que «los partidos políticos no podrán aceptar que, directa o indirectamente, terceras personas asuman de forma efectiva el coste de sus

²⁴ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 18 y 31; BOCANEGRA MÁRQUEZ, «La financiación», p. 881; GARRIGA ROSALES: *La financiación*, p. 691; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 27; LEÓN ALAPONT: «La reforma», p. 571; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 273; OLAIZOLA NOGALES, I.: «"Medidas de regeneración democrática". La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», en *Estudios de Deusto*, 2015, p. 350; PUENTE ABA: *El delito*, p. 85; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Los delitos», p. 670.

²⁵ El Tribunal de Cuentas recomienda (Resumen, p. 9) prohibir expresamente (como infracción sancionable) que la condonación de deuda con entidades de crédito pueda eludirse mediante la falta de pago de la deuda vencida de forma indefinida.

²⁶ Cfr. REBOLLO VARGAS: «La polémica», p. 24.

²⁷ Vid. Tribunal de Cuentas: Moción, p. 42, considerando que la prohibición de la condonación de deudas a los partidos políticos debería hacerse extensiva a cualquier acreedor, no solo a entidades de crédito. Vid. sobre esto PÉREZ RIVAS: «Las lagunas», p. 344.

²⁸ Vid. Tribunal de Cuentas: Moción, pp. 13-15. Lo mismo manifiesta en relación con las «microdonaciones» o «crowdfunding», específica forma de financiación participativa que necesitaría una regulación propia para responder a cuestiones como la forma de identificar al donante o las cuantías máximas para este particular tipo de donación.

adquisiciones de bienes, obras o servicios o de cualesquiera otros gastos que genere su actividad».

Estos comportamientos no están incluidos en el ámbito típico del art. 304 bis CP²⁹, si bien pueden constituir una vía indirecta para la financiación de los partidos. Un ejemplo de esta forma irregular de financiación lo encontramos en el denominado «caso Pallerols» (SAP Barcelona 53/2013, 21-1), en el que se condenó a los acusados por los delitos de malversación, fraude de subvenciones y falsedad documental: entre otras conductas, se constató que las empresas involucradas habían comprado equipamiento para las sedes del partido, y habían abonado nóminas de personas que desempeñaban su actividad laboral para el partido político³⁰.

c) LAS FALSEDADES CONTABLES

El art. 304 bis CP castiga la acción de financiar ilegalmente un partido político, pero no contempla la conducta de falsear las cuentas de los partidos³¹. Como ya se ha visto, la LOREG sí contiene un delito de falsedad en la contabilidad electoral (art. 149), que fue aplicado, por ejemplo, en el «caso Orange Market / Elecciones en Valencia» (Piezas separadas 1, 2 y 6) (SAN 3-6-2019); en cambio, en la STS 14-11-2024 (el denominado «caso de los papeles de Bárcenas»), al no existir ninguna figura específica que sancione la falsa contabilidad en el ámbito del funcionamiento habitual de los partidos políticos, el Tribunal condenó por delitos de falsedades documentales y contra la Hacienda pública.

4. El caso especial de las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos políticos

Merece una mención especial el régimen establecido para la financiación de fundaciones y entidades vinculadas a los partidos políticos o dependientes de ellos. La DA 7.^a LOFPP establece los presupuestos determinantes de la vinculación o dependencia de una entidad con respecto a un partido político.

²⁹ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 18 y 31; BOCANEGRA MÁRQUEZ, «La financiación», p. 881; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 28; LEÓN ALAPONT: «La reforma», p. 571; MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, pp. 273-274; PUENTE ABA: *El delito*, p. 86; REBOLLO VARGAS: «La polémica», p. 23; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Los delitos», p. 670.

³⁰ Cfr. PUENTE ABA: *El delito*, p. 86. Vid. asimismo, señalando que se verificó una dinámica similar en el «caso Filesa», MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 274.

³¹ Vid. v.gr. BASSO: «Consideraciones», pp. 19 y 31; BOCANEGRA MÁRQUEZ, «La financiación», pp. 879-880; JAVATO MARTÍN: *El delito*, p. 27; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 88 ss.

Asimismo, contiene algunas previsiones en cuanto a su régimen de financiación, que resulta mucho más laxo que el dispuesto para los partidos: a tales entidades no se les aplicarán los ap. b) y c) del art. 5.1 LOFPP, esto es, no habrá límite cuantitativo para las donaciones privadas recibidas, y podrán obtener donaciones otorgadas por personas jurídicas. A mayores, la DA 7.^a dispone que no serán consideradas donaciones aquellas contribuciones destinadas a financiar una actividad concreta de la entidad, en cuanto se realice como consecuencia de un interés común o derivado de las actividades propias del objeto de la entidad donante y la receptora.

Este régimen tan favorable de financiación constituye una vía para canalizar recursos indirectamente a los partidos políticos. De hecho, el Tribunal de Cuentas³² ha venido poniendo de manifiesto, en sucesivas fiscalizaciones contables, que la actividad de algunas de estas entidades se limita a la mera tenencia de inmuebles y, en general, a la obtención de recursos para ponerlos a disposición de los partidos políticos.

Resulta por lo tanto criticable que el CP haya dejado de lado estas entidades³³ ya que, al margen de la posibilidad de castigarlas como posibles donantes / intermediarias³⁴, si se dan las condiciones para ello, no aparecen mencionadas como posibles sujetos destinatarios de la donación (acompañando a partidos políticos, coaliciones, federaciones o agrupaciones de electores). No obstante, su mención expresa en el art. 304 bis no serviría de gran utilidad si continúa manteniéndose su régimen especialmente favorable en la LOFPP, ya que están sometidas a muchas menos restricciones de financiación que los partidos políticos. Por lo tanto, sería deseable que el legislador español adoptase el sistema del Reglamento 2025/2445 del Parlamento Europeo y del Consejo, 26-11-2025, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (reciente versión refundida del Reglamento 141/2014).

³² Vid. Tribunal de Cuentas: Moción, pp. 16-17.

³³ Vid. BASSO: «Consideraciones», pp. 20 y 31; GARRIGA ROSALES: *La financiación*, pp. 695 ss.; OLAIZOLA NOGALES: «Medidas», pp. 338 ss.; PUENTE ABA: *El delito*, pp. 95 ss.; REBOLLO VARGAS, «La polémica», pp. 21 ss.

³⁴ Vid. MORALES HERNÁNDEZ: *Los delitos*, p. 277.

89. ACTOS DE HABLA Y DELITOS DE MANIFESTACIÓN

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Prof. Dr. Dr. h. c. mult.

Universidad de Sevilla

A mi excelente amigo y admirado colega José Luis de la Cuesta Arzamendi, en recuerdo de la actividad académica en la Universidad de Huánuco (Perú), y rememoración de la curiosa indagación genealógica allí suscitada.

I. LA ACCIÓN COMO BASE DEL CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO

La acción constituye el *elemento fundamental* común a toda hipótesis delictiva, respecto del cual se predicán valorativamente todos los restantes caracteres constitutivos de la infracción penal, como esenciales atributos calificativos de la misma: revela un concepto sustantivo, que integra el primer elemento esencial del delito: *sin acción, no hay delito posible*.

En certera expresión, se ha resumido la importancia de la acción en la teoría del delito, de conformidad con las exigencias del Derecho Penal de acto, en contraposición al de autor o de ánimo o voluntad, al proclamarse que el «concepto de acción es central en la teoría del delito. El hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra»¹. Tal reivindicación del papel del acto en el sistema punitivo² encierra todo un *programa filosófico-jurídico*, al expresar

¹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 159.

² ANTÓN ONECA, *l.u.c.*

certeramente que el fundamento básico del delito, y por tanto del Derecho Penal, reside en el básico concepto de acción.

La exigencia del acto como elemento substantivo central del delito fue ya recogida en el brocardo latino *nullum crimen sine actione* (o *sine conducta*), el cual a veces recibió –aun con manifiesto abuso del lenguaje– la calificación de «principio del hecho»³, si bien prevalentemente es designado –con mayor precisión terminológica y corrección conceptual– en la Dogmática penal como «principio de la acción» (o «principio de la conducta»), al tiempo que en las Codificaciones penales ha alcanzado la máxima consagración positiva.

El principio de la acción –proclamado positivamente en la CE de 1978 (art. 25,1) y en el CP de 1995 (art. 10)– es consecuencia de exigencias normativas del Derecho Penal de acto, frente al Derecho Penal de la voluntad o del ánimo, y presupone la externa manifestación de una conducta humana portadora de una relevancia social de tal índole que la hace acreedora de imputación penal.

II. PLANTEAMIENTO DE LOS DELITOS DE MANIFESTACIÓN

Entre los tipos de delito de singular elemento cognitivo del autor, cuya manifestación por el sujeto alcanza una relevancia social de tal significación que hace acreedor de tipificación al acto comunicativo, figuran las hipótesis de los delitos de especial «manifestación» [«*Aussagedelikte*»].

Los tipos delictivos de «manifestación» (o de «singular forma de manifestación») constituyen una categoría de delitos subjetivamente configurados⁴, junto a las modalidades de los delitos de «intención» (de «resultado cortado» y «mutilados de dos actos»), delitos de «tendencia» (de «especial impulso criminal» y de «habitualidad») y las singulares hipótesis típicas de los delitos «de emprender o emprendimiento», de «tentativa autónoma», y «actos preparatorios» autónomamente inculpativos.

³ Tal designación a nuestro juicio no es correcta y puede inducir a error por su escasa precisión terminológica. En ocasiones se ha presentado como si fuera versión literal del axioma latino «*nullum crimen sine actione*» (o «*sine conducta*»), pero éste reza como reza y no dice «*sine factum*». Según los postulados de la «teoría de los hechos», el concepto de «hecho» no es sin más identificable en sentido jurídico-penal al estricto de «acción», la cual constituye una singular categoría de aquél. Al respecto, *in extenso*, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, cap. 6.

⁴ Al respecto, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en la Dogmática y en el Código penal*, Colección: Panoramas de Derecho, 17, Thomson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2022.

La genérica categoría de los delitos de «manifestación»⁵ comprende diversas modalidades típicas: a) los delitos de «exteriorización» [«Äusserungsdelikte»], b) los delitos de «expresión» [«Ausdrucksdelikte»], y c) los delitos de especial «conocimiento» del autor [«Kenntnisdelikte»].

En los delitos de «exteriorización» [«Äusserungsdelikte»] y en los delitos de «expresión» [«Ausdrucksdelikte»] la acción típica puede realizarse por la palabra u otro acto comunicativo: de índole positiva o negativa, verbal o factual, expresa o tácita, espontánea o motivada, directa o mediata, natural o artificial, mecánica o personal.

Por tales medios comisivos se efectúa una manifestación de la voluntad subjetiva del autor que requiere, bien una finalidad intencionalmente pretendida, bien un singular presupuesto cognitivo que es traicionado mediante la falsa expresión del mismo.

En los delitos de especial «conocimiento» del autor [«Kenntnisdelikte»] la conducta típica incorpora la exigencia de un singular presupuesto de índole cognitiva del sujeto, sobre el que se hace recaer el carácter antijurídico del comportamiento objetivo descrito en el tipo legal.

En suma, en el conjunto de los delitos de singular forma de *manifestación*, el particular elemento subjetivo exigido en el autor estriba fundamentaen un específico componente intelectual de carácter cognitivo, que es fundamntador del injusto típico, cuya previsión normativa constituye característico factor configurador de esta categoría de delitos subjetivamente configurados.

III. DELITOS DE EXTERIORIZACIÓN INTENCIONAL DE UN JUICIO DE VALOR SUBJETIVO

Esta modalidad de tipos delictivos subjetivamente configurados de singular manifestación se caracteriza por una especial forma de emisión del pensamiento del autor, como estructura cognitivo-psíquica cuya puesta en conocimiento social requiere revelar un determinado juicio de valor del sujeto con una orientación de sentido intencional que en sí es jurídicamente desaprobada.

Los «delitos de exteriorización» [«Äusserungsdelikte»] consisten en una singular forma de manifestación de un juicio de valor, efectuada por el sujeto activo con una específica finalidad, que opera como característica intencional

⁵ Estas hipótesis fueron designadas en la terminología alemana «Delitos de manifestación» [«Aus-sagedelikte»] con un sentido equivalente al de la externa *emisión* de un determinado conocimiento subjetivo que posee el autor.

relativa a un particular objetivo pretendido por el agente en el tipo de delito que incorpora su exigencia⁶.

En estos delitos, el *juicio de valor* del autor integra un componente fundamental del injusto integrante de una exigencia objetiva en la acción típica; y el *fin* pretendido por el agente constituye el elemento anímico determinante de la configuración subjetiva de estas hipótesis delictivas.

La particular *intención* subjetivamente pretendida por el autor confiere carácter delictivo a un singular acto comunicativo del sujeto activo que lleva a cabo la «exteriorización» de un «presupuesto cognitivo» que el mismo posee, y que es incluido en la descripción legal como genuino elemento subjetivo esencial del injusto típico.

Como hipótesis legales que incorporan la exigencia positiva de este elemento subjetivo del injusto, nuestro CP describe los siguientes tipos delictivos de exteriorización intencional:

– El art. 524 del CP tipifica actos de profanación «en ofensa» de sentimientos religiosos. El núcleo fáctico del comportamiento típico es integrado por la ejecución de actos de profanación, que implican manifiesta falta de respeto a los objetos materiales que de una confesión religiosa o a los dogmas o ritos que corresponden a la misma⁷. El ánimo de ofensa que inspira el comportamiento del autor trasciende más allá del dolo sobre los actos objetivos de profanación e implica la exigencia de «propósito de ofender» equivalente a *animus injuriandi* a una confesionalidad religiosa.

– El art. 525 del CP incrimina el hacer escarnio o vejación de miembros de una confesión «para ofender» sus sentimientos religiosos⁸: a) hacer *escarnio* es hacer burla tenaz con la intención de afrentar, herir u ofender: b) hacer *vejación* es maltratar, molestar, perseguir o hacer padecer a alguien por cualquier medio (verbal, escrito o documental), y su objeto material son los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de confesión religiosa, atentando pública-

⁶ La incorporación de la categoría dogmática de los «Delitos de exteriorización» [«Äusserungsdelikte»] se remonta a la conocida investigación monográfica de KERN, E., *Die Äusserungsdelikte*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1919.

⁷ Art. 524 CP: «El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación "en ofensa de los sentimientos religiosos" legalmente tutelados será castigado (...)».

⁸ Art. 525 CP: «1. Incurrirán en la (...) los que, "para ofender los sentimientos" de los miembros de una confesión religiosa, *hagan públicamente*, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, *escarnio* de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o *vejen, también públicamente*, a quienes los profanan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que *hagan públicamente escarnio*, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

mente contra la libertad de conciencia de quienes profesan una confesión religiosa⁹.

– El art. 526, inciso tercero, del CP tipifica conductas de *daño* faltando al respeto debido a la memoria de los difuntos con «*ánimo de ultrajar*» que singulariza el acto comunicativo descrito¹⁰. El tipo describe tres acciones: destruir, alterar o dañar algún elemento *funerario* especificado en la descripción legal: urnas, panteones, lápidas o nichos. El «*ánimo de ultraje*» requiere que se actúe «para despreciar o causar humillación» con relación a símbolos de preterita existencia personal, afectando a un valor social de índole espiritual: el debido respeto a la memoria de los difuntos.

IV. DELITOS DE *EXPRESIÓN FALSARIA* DE UN *CONOCIMIENTO SUBJETIVO* DEL AUTOR

1. La verdad y la falsedad en los delitos de expresión

Entre los delitos subjetivamente configurados de especiales formas de manifestación de la voluntad subjetiva del autor, se encuentran los «delitos de *expresión*» [*Ausdrucksdelikte*], que son constitutivos de una subcategoría de aquéllos¹¹.

Las perspectivas desde las que la doctrina penalista ha afrontado el examen sistemático de la presente hipótesis típica concitan básicas cuestiones fundamentales, entre las que son de resaltar las que aluden a la exigencia de «especial conocimiento» del sujeto y de singulares «formas de expresión» con sentido social de relevancia jurídica.

⁹ SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, esp. pp. 24 ss.; ID., *Der Unrechtstatbestand*, en «Festschrift für Karl ENGISCH, Vittorio Klossermann, Frankfurt am Main, 1969, pp. 443 ss. El tipo legal de escarnio o vejación de confesión religiosa se adapta cabalmente a la triple dimensión de categorías dogmáticas que sobre el objeto en el injusto típico delimita la sugerente formulación *schmidhäuseriana*:

a) *objeto material* de acción: son las personas contra las que se materializa la ejecución de la acción vejatoria;

b) *bien jurídico* protegido: es la libertad de conciencia protegida en el tipo que incrimina la acción vejatoria;

c) *objeto del bien jurídico*: son las concretas personas en cuanto titulares de la confesión religiosa afectada.

¹⁰ Art. 526, inciso tercero, del CP: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o "*con ánimo de ultraje*" *destruyere, alterare o dañare* las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena (...)».

¹¹ Los «delitos de *expresión*» [*Ausdrucksdelikte*] y los «delitos de *exteriorización*» [*Äusserungsdelikte*], en su delimitación conceptual, fueron así designados por Eduard Kern, introductor de tales categorías en la Dogmática penal.

Las singulares formas de externa manifestación de un determinado presupuesto cognitivo del autor abarcan: actos comunicativos de signo positivo (divergencia entre declaración externa y situación cognitiva interior) y actos de signo negativo (omisión exigible del real conocimiento del sujeto), estimadas ambas formas de emisión como supuestos ejecutivos de delitos de expresión¹².

A tenor de exigencias sistemáticas, los delitos de expresión estructuralmente se caracterizan por una «contradicción» entre el «conocimiento» (real) que el autor posee y la «manifestación» (falsa) que del mismo hace el agente, incurriendo en la falsedad subjetiva que alcanza relevancia en este ámbito típico, con independencia de la veracidad o no de la manifestación en sentido objetivo.

2. Noción genérica de falsedad como negación de la verdad

En prístino sentido genérico, la *verdad* es conformidad con la percepción que de la realidad un sujeto posee y con lo que éste siente o piensa; y la *falsedad* es la falta de conformidad con ese presupuesto cognitivo del autor, por alterar o simular la verdad subjetiva de la que es titular.

La falsedad «burda» o «grosera» y la falsedad «inocua» no son susceptibles de concretar los tipos de manifestación falsaria, esencialmente por adolecer de inidoneidad instrumental, lo que la hace determinante de su ineficacia valorativa en el ámbito jurídico.

Con frecuencia se pondera prevalentemente la faceta teleológica de la falsedad, al destacarse la intrínseca capacidad instrumental para conseguir un *fin* ulterior, empleada como medio para alcanzar el objetivo pretendido; pero la falsedad no siempre se caracteriza por la propensión hacia un fin ulterior, sino que también puede agotarse en sí misma.

La falsedad posee un significativo carácter *medial* revelador de la capacidad de incidir en ulteriores instrumentos para la consecución de un objetivo posterior; y en este sentido, comprende un efecto «inmediato»: la alteración de la verdad, y un efecto «ulterior»: su intrínseca potencialidad de alcanzar un determinado objetivo.

En el ámbito de la expresión típica, el pretendido presupuesto de la verdad *real* no muestra relevancia en orden a la incriminación del acto comunica-

¹² SCHUDT, R., *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung*, Institut für Straf- rechtswissenschaften der Universität München, München, 1952, p. 34.

tivo: en rigor, no existe un derecho a exigir a nadie decir la verdad, salvo en singulares situaciones de deberes jurídicos especiales.

En su lugar, se reconoce relevancia a la verdad *formal* o *nominal*, cuya contradicción por la expresión falsaria atenta contra la genuinidad de conocimiento, al tratarse de presentar en la esfera social como legítimo lo que es ilegítimo.

Es expresión *falsa* típicamente relevante aquella manifestación que no resulta conforme con la verdad *subjetiva* que en su fuero interno posee el autor, y a la que el mismo contraría incurriendo en mendacidad al efectuar una «manifestación diversa» a su concepción de los hechos, y susceptible de producir engaño en otro o de inducir a error ajeno en el contexto social.

3. Tipos delictivos de expresión falsa de un conocimiento subjetivo

Los delitos de «expresión» requieren en la manifestación de una voluntad personal una singular contradicción: la que media entre un determinado *conocimiento* subjetivo (interno) que posee el autor y la *declaración* (externa) del mismo, efectuada en términos de comunicación que se desvían del presupuesto cognitivo que el comunicante posee.

Tal característica de la ejecución de la acción típica no exige una real divergencia entre la declaración efectuada por el sujeto y la realidad objetiva existente, sino que afecta al ámbito cognitivo interno del autor, revelando la contradicción entre lo que el sujeto conoce y lo que manifiesta, configurando así una modalidad de expresión falsa de índole subjetiva.

La declaración «objetiva» falsa (no ajustada a la verdad histórica) pero coherente con el personal conocimiento del autor sobre el objeto de aquélla, de manera que el sujeto manifiesta en el mundo externo «su verdad» con la expresión del objeto de conocimiento que personalmente posee, no cumple el tipo, por ausencia de la contradicción entre el conocimiento y la expresión del mismo.

La contrariedad *subjetiva* del acto de comunicación conecta con la orientación teleológica de la manifestación de la voluntad del sujeto, y en base al contraste entre conocimiento (subjetivo) personal y (externa) expresión del mismo alcanza relevancia típica la manifestación del sujeto.

Carece de trascendencia típica el hecho de la coincidencia o no de la expresión comunicativa del sujeto con la verdad objetiva, pues la falsedad de la conducta típica en los delitos de expresión se aprecia en sentido subjetivo y es objeto de desvaloración sólo en la perspectiva de la disidencia entre momento cognitivo personal y externa manifestación del mismo.

Dentro de los delitos subjetivamente configurados, los delitos de expresión se caracterizan por requerir en la concreta manifestación de la voluntad personal del agente una singular contradicción: la que media entre el «conocimiento» del autor (situación interior) y la (externa) «comunicación» del mismo en términos que se desvían del presupuesto cognitivo del sujeto.

La declaración objetivamente falsa (no ajustada a la verdad histórica) pero coherente con el personal conocimiento del autor sobre el objeto de aquélla, al manifestar el sujeto en el mundo externo «su verdad» con la expresión del presupuesto cognitivo que personalmente posee, no cumple el tipo de esta categoría dogmática de delitos subjetivamente configurados, por ausencia de la contradicción entre el conocimiento y la expresión del mismo.

En base a la contradicción entre el conocimiento personal y su expresión, la manifestación subjetiva alcanza relevancia típica. Es irrelevante la coincidencia o no de la expresión subjetiva con la verdad objetiva. La falsedad propia de estos delitos exige la disidencia entre momento cognitivo personal y su manifestación. Una tal configuración típica sustenta los siguientes supuestos legales:

– El art. 282 del CP describe la conducta relativa al mercado y los consumidores consistente en la ejecución de publicidad engañosa «*con alegaciones falsas*»¹³, en el contexto de configuración de un delito especial de fabricantes o comerciantes, que lleven a efecto en concreto la realización de sus ofertas o la ejecución de la publicidad de sus productos o servicios. La esencia de la acción falsaria estriba en la contrariedad entre lo que se conoce y lo que se expresa en las ofertas de productos o servicios. La «veracidad» de publicidad frente a la «falsedad» de la expresión de quien efectúa las alegaciones trasciende a la confiabilidad razonable del consumidor en los fabricantes y comerciantes, incompatible con la actitud falsaria y fraudulenta expresada por éstos.

– El art. 282 bis del CP tipifica la conducta de «*falsear información económico-financiera*» con el «*propósito de alcanzar*» la realización de operaciones¹⁴ que comporten alteración en el mercado de valores: información económico-financiera en folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros,

¹³ Art. 282 CP: «Serán castigados con la pena (...) los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan *alegaciones "falsas"* o manifiesten *características "inciertas"* sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (...)».

¹⁴ Art. 282 bis CP: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, *"falsearan" la información* económico financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones (...), *con el propósito de captar* inversores o depositantes, *colocar* cualquier tipo de activo financiero, u *obtener* financiación (...) serán castigados con la pena (...)».

o informaciones de la sociedad sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros. El quebrantamiento de la veracidad de la información por el sujeto que la posee y expresa haciéndola objeto de tergiversación es típicamente relevante. La descripción legal no atiende a una actitud objetiva formal de administración, sino que pondera la salvaguarda de un deber de veracidad en que tiene asignada la administración societaria.

– El art. 362 ter CP describe la falsificación documental sobre medicamentos o sustancias de uso sanitario¹⁵. El comportamiento típico se sustancia en la elaboración de un documento falso o de contenido mendaz en materia sanitaria, esto es, en la falsedad personal de alterar el documento que el sujeto presenta al público conocimiento. En el sentido de la interpretación subjetiva abunda la asignación de contenido mendaz a la actitud de la persona que tiene hábito o costumbre de mentir. La falsedad subjetiva sobre elementos del documento que recoge el tipo es congruente con la finalidad del autor de cometer o facilitar la comisión de delitos farmacológicos (*ex art. 362 CP*).

– El art. 390.1.4.º del CP tipifica la falsedad efectuada en documento público por autoridad o funcionario faltando a la verdad en la narración de los hechos¹⁶. El tipo destaca no el aspecto objetivo de la alteración de la realidad sino la subjetiva falta a la verdad que se posee. La esencia de configuración del delito de expresión estriba en la contradicción entre el contenido de conocimiento «subjetivo» que el autor posee y la «externa» manifestación que efectúa, con quebrantamiento del deber de veracidad jurídicamente exigido en el correcto desempeño de la función por parte de autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

– El art. 458 del CP incrimina el falso testimonio del testigo que «*faltare a la verdad*» en causa judicial¹⁷ configurando como prototípico supuesto de

¹⁵ Art. 362 ter CP: «El que *elabore* cualquier documento "falso" o de contenido "mendaz" referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, *para cometer* o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, será castigado (...)».

¹⁶ Art. 390.1.4.º CP: «1. Será castigado con las penas (...) la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, *cometa "falsedad"*: (...)».

4.º «*Faltando a la verdad*» en la narración de los hechos».

¹⁷ Art. 458 CP: «1. El testigo que «*faltare a la verdad*» en su *testimonio en causa judicial*, será castigado (...)».

2. Si el «*falso*» *testimonio* se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán (...). Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el «*falso*» *testimonio* tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero».

delito de expresión falsaria el falso testimonio, que en algunos sistemas es conformado como delito de perjurio, contra un esencial deber jurisdiccional del ciudadano para con la propia administración de Justicia¹⁸ y los derechos fundamentales del justiciable en el Estado de Derecho¹⁹. En un proceso judicial que tiene como objetivo la «búsqueda de la verdad» a efectos de aplicar la legislación vigente, no se requiere una pretensión de verdad objetiva absoluta: la norma exige al que depone como testigo declarar la realidad de lo que conoce, la verdad subjetiva que posee, la versión de «verdad subjetiva» acorde a su leal saber y entender, no una verdad objetiva e histórica que no está a su personal alcance. Existe sólo un deber subjetivo de decir la verdad por el testigo sobre el conocimiento «personal» que posee, pues sería ilusoria la pretensión de exigencia de una verdad «objetiva» absoluta²⁰.

– El art. 459 tipifica el comportamiento de dictamen o traducción de peritos o intérpretes que faltaren maliciosamente a la verdad²¹. El tipo de falsa declaración en causa criminal es paralelo al de falso testimonio, circunscrito a la intervención del perito o intérprete respecto de su dictamen o traducción. Exacerba el deber jurisdiccional de colaboración con la administración de justicia respecto de perito o intérprete que, por la cualificación de su contribución profesional, pues no quebranta el deber jurisdiccional genérico del ciudadano sino un deber especial institucional en función del desempeño del cargo.

– El art. 471 bis.1 del CP describe el falso testimonio de testigo que intencionadamente faltare a la verdad ante la Corte Penal Internacional²². Se hace expresa extensión de la tipificación de la conducta de falso testimo-

¹⁸ En el sentido de la concepción subjetiva, MILLÁN GARRIDO, A., «El delito de acusación y denuncia falsas», en *Información Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, núm. 317, Madrid., ab.-jun., 1973, pp. 13-70; *Id.*, «El delito de información militar falsa (art. 353.1.º CJM)», en *Revista Española de Derecho Militar*, publicación de la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria, núms. 31-32, Madrid, en.-dic., 1976, pp. 78 ss.; *Id.*, «El delito de falso testimonio», en *Documentación Jurídica*, núms. 21-22-23, pp. 143 ss.; *Id.*, «El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho*, núm. 415, Valencia, abril, 1979; *Id.*, «Falso testimonio y retractación», en *Revista General de Derecho*, núm. 423, Valencia, dic., 1979.

¹⁹ BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

²⁰ Nos desviamos aquí de los esenciales argumentos propuestos, en una concepción objetiva del tipo de delito de falso testimonio, sustentada con base en una sólida construcción dogmática, por TORIO LÓPEZ, A., «Introducción al falso testimonio», en *Revista de Derecho procesal*, 1.ª época (cont.), n.º 1, Madrid, en.-mar., 1965, pp. 37 ss., 54 ss.

²¹ Art. 459 CP: «Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que "faltaren a la verdad" maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán castigados (...)».

²² Art. 471 bis.1 CP: «1. El testigo que, intencionadamente, "faltare a la verdad" en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado (...). Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena (...). Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena (...)».

nio en causa judicial en el ámbito de actuación y competencia de este tribunal penal internacional, que simboliza la directa aplicación espacial del principio de la justicia penal universal, que protege a las víctimas de delitos de genocidio, terrorismo, lesa humanidad y agresión, y salvaguarda el estatus jurídico de las mismas respecto de los deberes jurisdiccionales de colaboración con la administración de justicia en la declaración judicial de ciudadanos.

– El art. 502.3 del CP tipifica la conducta de faltar a la verdad en la testificación ante Comisión parlamentaria de investigación²³, como un específico supuesto de falso testimonio en función del órgano ante el que procede la realización del acto de la declaración testifical, que en lugar de sede judicial es la sede legislativa en actividad de comisión parlamentaria de investigación.

– El art. 561, inciso primero, del CP describe el acto de afirmar falsamente una situación de peligro para la comunidad o de producción de un siniestro provocando movilización de servicios de salvamento. El tipo se ubica entre los delitos de desórdenes públicos, por la trascendencia social de los efectos que se prevén. El núcleo de la acción típica radica en la afirmación falsa de una situación de peligro o su simulación, que convergen en la falsa expresión de una situación de peligro que no existe sino en la imaginación del autor. Se incrimina la mendaz actitud de quien falsamente expresa una situación social de peligro a la comunidad o de producción de un siniestro²⁴.

V. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

1. Delimitación entre dolo y elemento subjetivo del injusto

Particular relevancia alcanza la diferenciación de los elementos subjetivos del injusto, como particulares características típicas esenciales de determinadas figuras legales de delito, respecto del dolo, como conciencia y voluntad de realización de los caracteres objetivos del tipo.

²³ Art. 502.3 CP: «3. El que convocado ante una comisión parlamentaria de investigación "*faltare a la verdad*" en su testimonio será castigado con la pena (...)».

²⁴ Art. 561, inciso primero, CP: «Quien "*afirme falsamente*" o "*simule*" una situación de *peligro* para la comunidad o la producción de un *siniestro* a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, será castigado con la pena (...)».

Tanto el dolo como los singulares elementos subjetivos del injusto pertenecen al tipo legal y, aunque compartan naturaleza psicológica, poseen un contenido dogmático propio y son categorías conceptuales diferentes que no se pueden solapar, identificar ni confundir en la teoría del delito.

El dolo afecta de modo exclusivo a los elementos objetivos del tipo, los cuales conforme a su naturaleza han de ser radicalmente diferenciados de los elementos subjetivos del injusto, cuya esencia típica reside en una singular característica anímica del autor, según la cual éste no se limita a realizar los elementos objetivos del tipo (*v.gr.*, conocer y querer desplazar la cosa ajena), sino que ha de ejecutar el acto exactamente con las exigencias subjetivas requeridas en el tipo (*v.gr.*, con ánimo de lucro, o con ánimo de apropiación, beneficio, enriquecimiento, perjuicio...).

El singular componente subjetivo exigido al autor ha de estar presente, en la actitud anímica del sujeto que realiza la acción objetiva, para la fundamentación del injusto en todos los tipos legales en los que se incorpora la exigencia de tal elemento subjetivo.

No cabe negar la existencia de cierta concatenación entre el dolo del autor y el singular elemento subjetivo del injusto que por definición va más allá del mismo: si el autor yerra sobre la ajenidad de la cosa que toma como propia o sobre su libre disponibilidad de la misma, no existirá dolo, por falta de la conciencia sobre un esencial elemento objetivo del tipo; y ciertamente tampoco cabrá apreciar el elemento subjetivo de la intención lucrativa, pues no es posible acreditar ánimo de lucro de cosa ajena en la acción de quien cree hacer disposición de su propia cosa.

Pero en cualquier caso en modo alguno pueden identificarse ni confundirse, en los delitos de singular manifestación, el dolo y el elemento subjetivo del injusto, pues el primero constituye conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, y el segundo integra un específico momento psicológico que, presuponiendo la ejecución dolosa de la acción básica objetiva, trasciende de ésta y, conforme a su naturaleza, va más allá del ámbito propio del dolo.

Es obvio que incurren en una evidente confusión de dolo y elemento subjetivo del injusto las posiciones doctrinales o jurisprudenciales que identifican elemento subjetivo del injusto y dolo, invocando una inexacta categoría de dolo específico, por adolecer de una concepción que es por entero errónea, pues el elemento subjetivo del injusto sólo puede llegar a manifestarse y alcanzar relevancia típica allí donde termina la esfera propia del dolo.

El elemento subjetivo del injusto no es integrado por un mero deseo, ni una mala intención, ni una resolución subjetiva perversa, y su consignación

positiva se enmarca inexorablemente en el Derecho Penal de acto. La exigencia normativa del elemento subjetivo del injusto requiere la previa ejecución dolosa de la conducta típica básica, referida a los elementos objetivos abarcables por la conciencia y voluntad constitutivas del dolo del autor.

En un tipo de delito subjetivamente configurado, el elemento subjetivo del injusto –categoría trascendente más allá del dolo– «comienza» donde la categoría básica del dolo «termina» con la realización consciente y voluntaria de todos los elementos exclusivamente objetivos del tipo legal.

El dolo posee una naturaleza subjetiva que radica en la conciencia y voluntad de ejecución de los elementos objetivos de un acto típico, y esencialmente se sustancia en un título de imputación subjetiva. Los elementos subjetivos del injusto poseen un alcance dogmático autónomo y diferente, prescinden de los elementos típicos objetivos, y trascienden más allá del ámbito propio del dolo. Ambas categorías jurídicas no pueden bajo ningún concepto equipararse ni confundirse entre sí.

2. Funciones dogmáticas de los elementos subjetivos del injusto

La categoría conceptual y el alcance normativo de los elementos subjetivos del injusto, con base en el presupuesto de ciertos precedentes²⁵ esporádicos y puntuales²⁶, desde el propio momento de su genuina formulación doctrinal²⁷ han experimentado un amplio y polifacético desarrollo en la Dogmática penal, permitiendo delimitar relevantes aspectos en la configuración delictiva.

Entre las principales funciones de los elementos subjetivos del injusto, son susceptibles de resaltar: la diferenciación entre el carácter injusto de la acción o la justificación de la conducta típica en el contexto de una norma in-

²⁵ BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, 2. Auflage, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, Bd. I, 1902, Bd. II, 1904, Bd. III, 1905; *Id.*, *Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung*, en «Der GerS.», Bd. 76, 1910.

²⁶ NAGLER, J., «Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit», en *Festschrift für Karl Binding*, Bd. II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, pp. 273 ss.

²⁷ FISCHER, H.A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, (Lizenzausgabe mit freundl. Genehmigung unveränderter Nachdruck der Ausgabe München 1911), Frankfurt am Main, 1966, esp. pp. 95, 115 ss., 137 ss., 288 ss. Paradigmático es su planteamiento sobre la fundamentación del injusto o justificación del acto:

a) El que *lesiona* la propiedad ajena [el derecho de otro] actúa *antijurídicamente*.

b) El que *lesiona* la propiedad ajena [el derecho de otro] en el ejercicio de un *derecho* actúa *no antijurídicamente*.

c) El que *lesiona* la propiedad ajena [el derecho de otro] en el ejercicio de un derecho teniendo por *fin* ocasionar *perjuicio* a otro actúa *antijurídicamente*.

criminadora acorde con las exigencias de las normas de cultura²⁸; la delimitación de la autoría en sentido estricto en el marco de los intervinientes en la ejecución de los delitos subjetivamente configurados²⁹; la configuración subjetiva de numerosos tipos de delito³⁰; la estructuración de la tipicidad en el concepto jurídico de delito³¹; la exégesis normativa de los tipos penales³²; y el sistema legislativo de integración de los elementos subjetivos en el ordenamiento punitivo³³.

El argumento de la teoría de la acción final de que el dolo (en su noción de *dolus naturalis*), siendo un elemento subjetivo del tipo en la tentativa, ha de seguir siendo elemento subjetivo del tipo en la consumación, no obsta a la exigencia de distinguir en todo caso entre el dolo, referido sólo a los componentes objetivos del tipo, y los singulares elementos subjetivos del injusto, que integran trascendentes momentos anímicos del sujeto plenamente autónomos e independientes del dolo.

El elemento subjetivo del injusto revela una singular exigencia legal según la cual ciertas conductas típicas dolosas, por expreso imperativo del tipo legal, hayan de ser realizadas además con la concurrencia de una determinada actitud psicológica del autor (consistente en una explícita intención, tendencia, manifestación), completamente distinta del dolo y trascendente del mismo.

En el ámbito de los delitos subjetivamente configurados, según el sentido dogmático de la categoría de los elementos subjetivos del injusto, solamente la efectiva presencia en el ánimo del autor de la singular característica subjetiva exigida en el tipo legal decidirá la tipicidad de la acción y fundamentará la antijuricidad de la misma, en los términos de la incriminación penal respectiva.

²⁸ MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, pp. 51 ss.

²⁹ HEGLER, A., «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*, Bd. 36, 1914, pp. 19 ss.; *Id.*, «Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft», en *Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsberichts (1. Oktober 1929)*, Bd. V, Berlin und Leipzig, 1929, pp. 304 ss.; *Id.*, «Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs», en *Frank-Festgabe*, 1930, Bd. I, pp. 251 ss.

³⁰ MEZGER, E., «Die subjektiven Unrechtselemente», en *Der GerS.*, Bd. 89, 1924, pp. 207 ss.; *Id.*, «Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände», en *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, 1926, pp. 187 ss.; *Id.*, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage (1949)*, Berlin und München, 1950, pp. 20 ss.

³¹ WOLF, E., *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, Sonderdruck aus der «Festschrift für Max Pappenheim», Breslau, 1931, pp. 7, 20 ss.; *Id.*, *Vom Wesen des Täters*, Freiburger Antrittsvorlesung, C.J.B. Mohr, Tübingen, 1932, pp. 13 ss.

³² FRANK, R.V., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar*, 18. Aufl., Tübingen, 1931.

³³ SIEVERTS, R., *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburger Rechtsstudien, Heft 19, Hamburg, 1934, pp. 14 ss.

3. Delitos de habla y tipos subjetivamente configurados

Los *delitos de habla* básicamente se caracterizan por el hecho de que la ejecución de la acción típica muestra una intrínseca vinculación con la teoría de los actos del lenguaje, por virtud de la cual se reconoce y proclama como irrefutable la posibilidad de cometer delitos con palabras.

El *acto fonético* se perfecciona por activación de determinados y complejos procesos de los órganos que intervienen en la fonación para formar y emitir sonidos exteriormente perceptibles, portadores de un sentido socialmente relevante³⁴, habiéndose de efectuar el *enunciado lingüístico* para poderse apreciar el sentido de un *acto locucionario*³⁵ en un determinado contexto social.

Sobre la teoría de los actos del lenguaje, sin género de dudas se reconocen en la Dogmática penal³⁶ delitos que pueden ser cometidos con *palabras* y mediante el *silencio*, en atención a su valor comunicativo en los sistemas sociales, mostrando singular relevancia en el Funcionalismo jurídico-penal, que considera la norma, el delito y la pena como tres vehículos idóneos de expresión de sentido de signo contrario entre sí, conformándose la palabra jurídica como una expresión de razón que pretende enfrentarse a la irracionalidad de la palabra teñida de sentido delictivo³⁷.

Se ha estimado la *palabra* como la expresión primera de la existencia, y más concretamente de la existencia consciente de sí misma³⁸, ahondándose en la vinculación entre norma y lenguaje en base al entendimiento de que el *lenguaje* es, hacia dentro, ante todo *norma*, y deriva, hacia fuera y desde fuera, de una normatividad substancial al ser humano, que a través de ella puede transformar su vivencia en convivencia: su sentir individual en un coexistir, elevado a un plano colectivo³⁹.

³⁴ RUIZ ANTÓN, L.F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», en Cerezo Mir / Suárez Montes / Beristain Ipiña / Romeo Casabona (ed.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 483 ss.

³⁵ RUIZ ANTÓN, o.u.c., p. 495.

³⁶ POLAINO NAVARRETE, M. / POLAINO-ORTS, M., *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y Funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004; EID., o.u.c., 2.ª edición corregida y aumentada, Colección: Dogmática Penal, núm. 11, Ara Editores, Lima, 2014.

³⁷ POLAINO NAVARRETE / POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras y mediante el silencio. Teoría de los actos de habla y Funcionalismo jurídico-penal*, Cevallos, Editora Jurídica, Quito - Ecuador, 2017, p. 38.

³⁸ CASTRO SÁENZ, A., *Un pasado de Europa. Elementos para una historia de la Ciencia jurídica europea: de Roma a nuestros días*, tomo I, El Giraltillo Librería Universitaria, Sevilla, 2009, p. 29.

³⁹ CASTRO SÁENZ, o.u.c., p. 29.

El *lenguaje* es, desde la óptica constitucionalista, un elemento del Estado que provee de un específico significado a la comunidad estatal⁴⁰, y hace posible la comunicación y la libertad, de tal forma que, en la medida en que el lenguaje es realización de la libertad, es un medio del Derecho⁴¹.

El Derecho habla siempre [*Ius semper loquitur*] es un emblemático apotegma universitario mexicano, que revela con lucidez académica la propia capacidad locucionaria de la palabra *jurídica*, vinculando de una manera tan profunda como sugerente la palabra con el pensamiento humano⁴².

La relación entre la Literatura y el Derecho, y más concretamente entre las letras y los letrados, entre la *lingua* y los juristas, así como la específica vinculación entre el lenguaje y el Derecho, son cuestiones destacadas desde diversas perspectivas por distinguidos maestros en la Ciencia jurídica, tanto en el ámbito penal⁴³ como en el de otras disciplinas normativas⁴⁴.

En los delitos de *habla* la ejecución del acto locucionario descrito en la norma incriminadora representa la propia realización de la conducta típica⁴⁵, y en los delitos subjetivamente configurados la concurrencia del singular elemento subjetivo exigido por el tipo legal fundamenta el *injusto* típico en el concepto jurídico de delito⁴⁶ y delimita normativamente la noción de *autor* en sentido estricto excluyendo de tal cualidad a los demás intervinientes en la ejecución delictiva⁴⁷.

⁴⁰ ISENSEE, J., *Staat im Wort*, Karl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München, 1995, pp. 3 ss.

⁴¹ ISENSEE, o.u.c., pp. 9 ss.

⁴² CARRANCÁ Y RIVAS, R., *El Derecho y la Palabra (Ius semper loquitur)*, Editorial Porrúa, México, 1998.

⁴³ POLAINO ORTEGA, L., *La delincuencia en la picaresca*, Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras, leído el 19 de abril de 1964, contestación en nombre de la Academia del Prof. Dr. F. Gutiérrez-Alviz y Armario, Minervae Baetica, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sevilla, 1964.

⁴⁴ OLIVENCIA RUIZ, M., *Letras y Letrados (Discurso sobre el lenguaje y los juristas)*, Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras, y contestación a cargo de J.F. Acedo Castilla, Sevilla, 1983; *Id.*, «Sobre una perspectiva del lenguaje jurídico. Conferencia inaugural del curso académico 1998-1999», *Boletín de la Real Academia Sevillana de Buenas Letras*, 2.ª época, vol. 27, Sevilla, 1999, pp. 7-23.

⁴⁵ RUIZ ANTÓN, o.u.c., p. 495.

⁴⁶ FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, o.u.c., esp. pp. 95 ss.

⁴⁷ HEGLER, *Wesen*, o.u.c., pp. 304 ss.

90. VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL

BÁRBARA ROMO SABANDO

Oficina de Asistencia a las Víctimas del Delito de La Rioja

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Universidad de La Rioja

I. VIOLENCIA DE GÉNERO COMO FENÓMENO DIGITAL

La mediación tecnológica del mundo ¹ concierne también a las estrategias de dominación y control por razón de género. En el entorno de las nuevas modalidades comunicativas se genera, así, un nuevo tipo de víctima: mujeres amenazadas o intimidadas por la persistencia de mensajes no deseados y difíciles de evitar; acosadas por la proliferación de señales comunicativas sutiles en alguna de las muchas redes sociales y aplicaciones con las que se ordenan las rutinas; angustiadas por el riesgo de exposición de material digital que deja copia en servidores recónditos; y decepcionadas, en muchos casos, por la ausencia de tutela ante comportamientos tan esquivos, tan vaporosos, tan formalmente distintos de la violencia de género cuerpo a cuerpo, pero tan dañosa o más ².

La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer en 2024 dimensiona el problema en su justa medida, visibilizando, por tanto, un número insostenible

¹ Y de España: el 95,5% de la población española de entre 16 y 74 ha usado internet en los últimos meses antes de la encuesta. Instituto Nacional de Estadística (28 de noviembre de 2023), recuperado en https://www.ine.es/prensa/tich_2023.pdf (Consulta de 29 de diciembre de 2025).

² DE LEÓN VARGAS, G. I., SALGADO VIVERO, D.A.: «Violencia de género en la era digital». *Legem*, 8(2), 61-72. p. 63. LLORIA GARCÍA, P.: *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, Sexting y Stalking*, Iustel, 2020, p. 19.

de víctimas potenciales de delitos: «El 12,2% de las mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido acoso digital (con o sin connotaciones sexuales) en algún momento de sus vidas. Son 2.606.612 mujeres. En concreto: el 9,0% han padecido acoso sexual digital y el 8,4% acoso digital sin connotaciones sexuales. Las mujeres más jóvenes son las que más lo han sufrido (28,0% de las que tienen 16-17 años; 34,5% de quienes tienen entre 18 y 24 años; 30,6% de las mujeres de 25 a 34 años)»³.

Otros estudios recientes sobre victimización sexual en la adolescencia revelan que, en el ámbito relacionado con las TIC, esta afecta a un 12,1% de la población de estudio y tiene un impacto netamente superior sobre la población adolescente femenina. Por ejemplo, en el caso de contacto de adultos con adolescentes para obtener material de contenido sexual con engaño (*grooming*), el porcentaje de adolescentes mujeres afectadas es del 4,5% y de adolescentes hombres es del 1,8%⁴.

El incremento de la interacción digital se está mostrando como un intensificador de las estrategias o pulsiones de control y dominación atávicas por asimetría de género⁵, de modo que Internet se ha convertido en un territorio menos fiscalizado y, por tanto, criminógeno, para el ejercicio de violencias y discriminaciones contra la mujer⁶. La adecuación de la respuesta jurídica es, de este modo, clave. Tanto desde una correcta conceptualización y alcance jurídicos en la creación de normas como en su aplicación jurisprudencial.

II. CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA

La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* tiene como uno de sus objetivos presentar un análisis más exhaustivo de las deficiencias en cuanto a la aplicación del Convenio de Estambul por parte de

³ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2024 en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Macroencuesta-2024.pdf>, especialmente pp. 315 y ss. (fecha de consulta 29 de diciembre de 2025).

⁴ PEREDA, N., GUILERA, G., ÁGUILA-OTERO, A., ANDREU, L., CODINA, M., y DÍAZ-FAES, D.A.: «La victimización sexual en la adolescencia: un estudio nacional desde la perspectiva de la juventud española», *Resumen ejecutivo del Grup de Recerca en Victimització infantil i adolescent*, 2024, Universitat de Barcelona, p. 20.

⁵ CHRISTIAN MONGE-OLIVARRÍA, C., GUERRA-CORRALES, J., BRINGAS CASTRO, F.: «Violencia de género en Twitter: Feminización como forma de insulto en la conversación digital», *Orkopata Revista de Lingüística, Literatura y Arte*, vol. 2, n.º 2, 2023, pp. 7-16, Instituto Universitario de Innovación Ciencia y Tecnología Inudi Perú, p. 9.

⁶ ARANGUREN SÁNCHEZ, T. «La cuarta ola feminista, contra el sexismo digital» en ARANGUREN SÁNCHEZ, T., y OLARIU, O. *Feminismo digital. Violencia contra las mujeres y brecha sexista en Internet*, Dykinson, 2021, pp. 381-397, pp. 390 y 391.

los Estados miembros y de la falta de adaptación a la evolución derivada de los cambios en el ámbito digital, especialmente ante su acelerado avance y el incremento de la ciberviolencia. Entre otros aspectos, la Directiva propone establecer estándares mínimos para ciertos delitos informáticos⁷. El primer reto, así, parece pasar por encontrar una definición para el concepto de violencia de género digital, labor compleja, teniendo en cuenta que no existe para el término ciberviolencia una definición consensuada en el nivel internacional⁸.

El informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres presentado al Consejo de Derechos Humanos en junio de 2017 recuerda que «la terminología aún está en desarrollo y no es unívoca». La Relatora Especial utiliza la definición de «violencia contra las mujeres facilitada por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)», pero también emplea los términos «violencia contra las mujeres en línea», «ciberviolencia» y «violencia facilitada por la tecnología». La violencia en línea contra las mujeres se define en el informe como «violencia de género contra las mujeres cometida, asistida o agravada parcial o totalmente por el uso de las TIC, como teléfonos móviles y teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de redes sociales o correo electrónico contra una mujer por el hecho de ser mujer, o afecta a las mujeres de manera desproporcionada». Sin embargo, no se definen todas las formas de violencia en línea contra las mujeres y las niñas, reconociendo que el rápido desarrollo de los espacios y tecnologías digitales, incluida la inteligencia artificial, dará inevitablemente lugar a diferentes y nuevas manifestaciones de violencia en línea contra las mujeres⁹. La violencia de género en línea es una extensión o aun una variación cualitativa de la violencia cotidiana, donde las experiencias violentas adquieren nuevas formas de opresión, expresión y discriminación. La reproducción de la violencia real y su conversión en violencia simbólica se observa con las agresiones más frecuentes: pornografía, acoso sexual, violación de la privacidad y mensajes ofensivos, principalmente¹⁰.

En relación con el concepto ciberespacio, podemos definirlo en términos generales como «un ámbito caracterizado por el uso de la electrónica y el es-

⁷ Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

⁸ Parlamento Europeo (2021). «Report with recommendations to the Commission on combating gender-based violence: cyberviolence» en Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (2022). *Políticas públicas contra la violencia de género 2022* (informe: Violencia digital de género: una realidad invisible. Policy brief para abordar su impacto en la sociedad) Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Recuperado en https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2022-07/_violenciadigitalgenero_unarealidad-invisible_2022.pdf. (Consulta de 12 de diciembre de 2025)

⁹ VAN DER MILK A.: «Cyber violence and hate speech online against women», *European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality*, 2018, p.12.

¹⁰ SERRANO-BARQUÍN, R., y RUIZ-SERRANO, E.: «Violencia simbólica en internet», *Ra-Ximhai*, vol. 9, núm. 3, Ed. Especial, septiembre, 2013, p.135.

pectro electromagnético para almacenar, modificar e intercambiar datos a través de sistemas en red e infraestructuras físicas asociadas». El «ciberdelito», por tanto, abarca una amplia variedad de actividad criminal por o a través de Internet¹¹. Desde un punto de vista criminológico, se trata de un espacio no geográfico que puede adoptar múltiples formas, tantas como medios o plataformas se alojen en él, variando en función de la interacción de los usuarios, que puede o no ser a tiempo real¹².

Sucede, además, que se altera el *iter criminis* clásico¹³, de modo que la comisión de delitos a través de las TIC tiende a asegurar el resultado y limita la relación personal con la víctima. Se optimiza, así, en términos exponenciales, la eficacia del esfuerzo criminal y se generan estrategias de impunidad, a través de mecanismos de ocultación de autoría o de sensación subjetiva en la víctima de dificultades de perseguibilidad. Como consecuencia del uso de elementos digitales, la acción comunicativa, aun siendo instantánea en su comisión, puede perdurar en el tiempo, indeleble, de modo que el mensaje, aun fuera del control del autor, puede repetirse para la víctima. Esto genera una nueva forma de vulnerabilidad. El Código Penal ya prevé en otros preceptos la situación de vulnerabilidad para agravar la pena¹⁴, sin embargo, en este caso, la característica de vulnerabilidad que pueda presentar la víctima no proviene de sus características biológicas o sociales, sino del elemento situacional.

Sin perjuicio del esfuerzo de la doctrina científica por diferenciar conceptos como «delitos informáticos», «ciberdelincuencia», «delitos tecnológicos», que no serán objeto de análisis en este trabajo, debe señalarse que el elemento común que aquí nos interesa radica en el medio de comisión de delitos a través del elemento tecnológico¹⁵. El elemento situacional digital queda, entonces, caracterizado objetivamente, ya que son los medios digitales y/o telemáticos a través de los que se llevan a cabo las conductas tipificadas como delito los que marcan la

¹¹ AMBOS, K.: «Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio», *InDret* 2/2015, p. 2.

¹² ESTEVE BAÑÓN, Z.: «Micro-espacios de odio en Twitter. Análisis de las características ambientales del ciberlugar para la detección y prevención de la comunicación violenta y el discurso de odio», Tesis doctoral, Universidad Miguel Hernández de Elche, 2022, pp. 145 y 146. BERTOMEU MARTÍNEZ, M.A.: «La violencia en las tecnologías de la información y de la comunicación» en *Medios de Comunicación y Violencia contra las mujeres*, Sevilla, 2006, Junta de Andalucía. p. 196. VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y competencia penal en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 37.

¹³ MESTRE DELGADO, E.: «Tiempos de cibercrimen», *La Ley Penal*, n.º37, abril, 2007, p.3

¹⁴ DE LA MATA BARRANCO, N., y PÉREZ GONZÁLEZ, S.: «Diferencia, vulnerabilidad y racionalidad penal», en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, 2023, pp. 305-316.

¹⁵ MESTRE DELGADO, E.: «Nuevas respuestas legales y jurisprudenciales frente a nuevas formas de criminalidad» en Sanz Delgado, E., y Fernández Bermejo, D. (coord.), *Tratado de delincuencia cibernética*, Aranzadi, 2021, p. 50.

situación vulnerable del sujeto pasivo. Pero esta vulnerabilidad puede ser, por un lado, causa de una agravación de una situación paralela en el mundo físico o, por otro lado, puede configurarse como un nuevo espacio en el que tienen lugar formas de violencia sobre las mujeres inéditas en un contexto no digital¹⁶.

A su vez, en este ámbito, merece nuestra atención la distinción entre dos vías principales de causación del daño: la violencia de género digital directa y la violencia de género digital indirecta, ya que tiene una proyección práctica relevante. Se entiende por violencia de género digital directa aquella que se lleva a cabo por el agresor a través de los medios que conectan sin intermediarios con la víctima, buscando producir un daño a través de la intimidación y la amenaza con mensajes directos, utilizando las diferentes plataformas a su alcance; por otro lado, la violencia de género digital indirecta amplía a un número indeterminado los destinatarios, que pueden ser familiares o grupos de referencia de la víctima, procurando el daño a ésta a través de difusión de contenido que busque su vergüenza y humillación¹⁷. Ambas vías se englobarían en lo que la doctrina ha llamado ciberdelincuencia intrusiva, como una de las formas de ciberdelincuencia, junto a la ciberdelincuencia económica y el ciberterrorismo, conforme a la sistemática propuesta en el Código Penal¹⁸.

III. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

La última jurisprudencia penal parece, paulatinamente, asumir esta realidad criminológica y adecuar sus interpretaciones. Debe entenderse que la violencia de género puede ejercerse sin presencia física directa y que el elemento digital, lejos de ser un mero canal neutro, puede operar como un multiplicador del daño por su capacidad de acceso, permanencia y difusión. No debe entenderse, sin embargo, que los apuntes siguientes marcan un camino uniforme de sensibilización jurisprudencial a las formas digitales de la violencia de género, pero las resoluciones reseñadas aquí sí parecen referir una cierta tendencia de fondo en este sentido, más allá de las tensiones interpretativas que se siguen produciendo al respecto.

En el ámbito de las amenazas y coacciones, por ejemplo, se detecta esta tensión interpretativa cuando, con frecuencia, se da un tratamiento atenuado a

¹⁶ PRADOS GARCÍA, C.: *Adolescencia, redes sociales y violencia de género digital*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 58.

¹⁷ HEARN, J., HALL, M., LEWIS, R., NIEMISTÖ, C.: «The Spread of Digital Intimate Partner Violence: Ethical Challenges for Business, Workplaces, Employers and Management», *Journal of Business Ethics*, Springer, 2023, p. 3.

¹⁸ VELASCO NUÑEZ, E.: «Delitos cometidos a través de internet. Cuestiones procesales». *La Ley*, 2010, p. 43.

conductas de violencia de género si el vínculo es de pareja y la conducta se materializa por redes sociales o mensajería instantánea, como evidencian las condenas de la Audiencia Provincial de Cádiz y la Audiencia Provincial de Almería por mensajes vejatorios y audios intimidatorios encuadrados en amenazas leves del art. 171.4 CP, y la de la Audiencia Provincial de Castellón por coacciones leves del art. 172.2 CP pese a la intensidad del control y la presión ejercida, lo que sugiere cierto automatismo hacia la modalidad leve cuando el medio es digital y el contexto es de relación afectiva¹⁹. Frente a esta tendencia, hay decisiones que enfatizan la gravedad cuando el control telemático es estructural y limita libertades básicas: la Audiencia Provincial de Cáceres rechaza la calificación leve al comprobar un control integral de cuentas, mensajería y llamadas, imposición de contenidos y suplantación de la víctima, con la consiguiente afectación de aspectos esenciales de sus relaciones interpersonales²⁰. Ese contraste marca dos líneas de lectura: una que modera el reproche por el canal digital y otra que lo agrava cuando la finalidad es sostener una dominación constante.

En los delitos de quebrantamiento de penas o medidas de seguridad, el medio digital se desvela como una vía recurrente de realización de la conducta. Hay sobre ello una tensión interpretativa centrada en el alcance de la acción de comunicar, así como en el del dolo específico. Por un lado, hay decisiones judiciales que consideran que cualquier interacción es un modo de comunicar: la Audiencia Provincial de Pontevedra entiende que reaccionar con un «me gusta» o solicitar seguimiento por TikTok son actos voluntarios dirigidos a la víctima que quiebran la prohibición (y que incluso pueden ser aún más intrusivos que una interacción clásica, ya que la víctima resulta especialmente pasiva ante tal conducta); asimismo, la Audiencia Provincial de Guadalajara confirma el quebrantamiento por comentarios en Instagram y Facebook desde perfiles diversos²¹. En el polo opuesto, el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Pamplona –cuya postura es confirmada por la Audiencia Provincial de Navarra– sostiene que la solicitud de seguimiento en TikTok no garantiza una comunicación bilateral y que el envío aleatorio o masivo debilita la intencionalidad hacia la persona protegida, con lo que procede la absolución²². Esta fricción interpretativa podría evitarse si, para mayor seguridad jurídica, las medidas cautelares prohibieran de forma expresa toda interacción digital con la víctima, incluyendo reacciones, solicitudes de seguimiento, visitas de perfil, etiquetados

¹⁹ Stc. AP Cádiz, Sección 3.ª, 70/2020; Stc. AP Almería, Sección 3.ª, 414/2023; Stc. AP Castellón, Sección 2.ª, 193/2022

²⁰ Stc. AP Cáceres, Sección 2.ª, 279/2020

²¹ Stc. AP Pontevedra, Sección 4.ª, 43/2023; Stc. AP Guadalajara, Sección 1.ª, 167/2019

²² Stc. JP n.º 4 Pamplona, 120/2023; Stc. AP Navarra, Sección 1.ª, 191/2023

y comentarios, para evitar, en su caso, lecturas restrictivas de la acción de «comunicar».

La protección de la intimidad en el entorno de relaciones asimétricas por razón de género parece, en la última tendencia jurisprudencial, cada vez mejor tutelada en relación con las injerencias por medios digitales. Así, a propósito del art. 197.7 CP, la Audiencia Provincial de Álava sanciona la difusión continuada de fotografías íntimas –envío a familiares por WhatsApp y publicación en Instagram– y rechaza la atenuante de reparación por la retirada de las fotografías minutos después de difundidas, ya que el perjuicio estaría consumado²³. El Tribunal Supremo precisó en 2023 que una sola fotografía satisface el tipo, aunque el texto legal emplee el plural, y la Audiencia Provincial de Albacete recuerda que revelar o ceder puede producirse frente a una única persona, sin exigir pluralidad de destinatarios²⁴. La potencial exposición a una pluralidad de destinatarios, por tanto, no es un elemento esencial vinculado a la difusión digital. Además, la Audiencia Provincial de Madrid aclara que no es imprescindible exhibir partes pudendas: el desnudo constituye una manifestación inequívoca de la intimidad cuya difusión a terceros ajenos al ámbito de privacidad consume el delito²⁵. Y el desvalor añadido a la intimidad generado por el medio digital lo recoge expresamente el Juzgado de lo Penal n.º2 de Cartagena, que condena por afectación a la integridad moral en concurso ideal con descubrimiento y revelación de secretos al director de un medio digital que publicó datos personales e imágenes especialmente degradantes de una víctima de delito sexual, destacando la lesividad aumentada por la difusión en plataformas²⁶.

La libertad sexual, que podría implicar, de suyo, violencia de género, también está siendo tutelada en su dimensión digital sin necesidad de contacto físico. El Tribunal Supremo sostiene que la intimidación ejercida a través de redes, con obtención y amenaza de difusión de imágenes sexuales, puede constituir agresión sexual: la ciberintimidación no rebaja el reproche típico, y la distancia física no desnaturaliza la acción; al contrario, el riesgo ampliado de circulación y permanencia de imágenes incrementa la gravedad del daño y justifica la subsunción en el art. 178 CP²⁷. En la misma línea, la Audiencia Provincial de A Coruña y la propia jurisprudencia del Supremo ponen el foco en la captación de menores por redes y páginas de contactos, de modo que es necesaria la implementación de filtros eficaces y una reacción judicial propor-

²³ Stc. AP Álava, Sección 2.ª, 27/2019

²⁴ STS 767/2023; Stc. AP Albacete, Sección 2.ª, 38/2022

²⁵ Stc. AP Madrid, Sección 27.ª, 476/2022

²⁶ Stc. JP n.º2 Cartagena, 97/2022

²⁷ STS 447/2021

cional al riesgo de cosificación y explotación²⁸. Complementariamente, la Audiencia Provincial de Valladolid en 2024 desecha como argumento de defensa el hecho de que mensajes genéricos no iban dirigidos a la víctima, subrayando que el dolo se satisface cuando el autor conoce –aunque de modo eventual– que el mensaje puede alcanzar a la persona aludida en el entorno de redes, donde el impacto psicológico es difícilmente evitable por la persistencia del mensaje²⁹. La Audiencia Provincial de Guadalajara en 2024, por su parte, señala la confluencia de tipos penales en estas situaciones: maltrato, coacciones, amenazas y descubrimiento y revelación de secretos se acumulan cuando el agresor presiona por WhatsApp para mantener relaciones bajo advertencia de difusión de audios y remite imágenes íntimas a terceros; el tribunal enfatiza la «vis psíquica» de la sextorsión como quiebra de la libertad de obrar y la suficiencia de una sola remisión para colmar la intimidación³⁰.

Casi transversal a la protección de los bienes jurídicos referidos puede localizarse la integridad moral. En el espacio digital, su tutela parece especialmente necesaria frente a conductas de cosificación y banalización del sufrimiento. El Juzgado de lo Penal n.º 1 de Pamplona condena la creación de una web que mercantiliza el caso de La Manada –con un «tour» por escenarios del delito y *merchandising* asociado– al entender que convertir la victimización en producto atenta gravemente contra la dignidad de la afectada³¹. En supuestos de difusión de insultos sexistas, la condena por lesión a la dignidad se acompaña de órdenes de retirada y destrucción del material en redes, lo que toma sentido en la lógica del bloqueo de contenidos ilícitos prevista en el CP para cortar la persistencia del daño³². Incluso ante vías digitales más encubiertas, la jurisprudencia ha reaccionado con solvencia: se sancionan vejaciones e injurias leves cometidas mediante el «concepto» de una transferencia bancaria en el que el autor encriptaba un mensaje de menosprecio y control³³.

También la incitación al odio por razón de género ha sido apreciada en nuestra jurisprudencia: el Juzgado de lo Penal n.º 7 de Palma de Mallorca condena por la exhibición de una animación con «20 formas de matar a una mujer» en la web de un partido político, y, lo que resulta más novedoso, abre el camino a la responsabilidad penal de persona jurídica³⁴.

²⁸ STS 916/2021; Stc. AP A Coruña, Sección 2.ª, 250/2021

²⁹ Stc. AP Valladolid, Auto 72/2024

³⁰ Stc. AP Guadalajara, Sentencia 17/2024

³¹ Stc. JP n.º1 Pamplona, 269/2019; Stc. AP Navarra, Sección 2.ª, 38/2018; STS 344/2019

³² Stc. JP n.º1 Sevilla, PA 63/2019; Stc. AP A Coruña, Sección 2.ª, 250/2022

³³ Stc. JVM n.º1 Logroño, 112/2023

³⁴ Stc. JP n.º7 Palma, 419/2012

La prueba digital es, en este contexto, un elemento decisivo y exige rigor técnico. Algunos tribunales dan validez al cotejo del Letrado de la Administración de Justicia y al testimonio de la perjudicada cuando no hay impugnación formal y concurren corroboraciones periféricas; otros subrayan la necesidad de pericial que acredite el origen (IPs), titularidad de perfiles y, si procede, comisiones rogatorias a plataformas extranjeras, advirtiendo que la ausencia de estas diligencias puede conducir a absoluciones por falta de acreditación técnica³⁵. La Audiencia Provincial de Burgos reprocha la falta de verificación del dispositivo de la víctima y la no exhibición en sede policial y judicial, de modo que recomienda el cotejo formal con identificación de números, fechas y horas; la Audiencia Provincial de Alicante revoca el sobreseimiento para ordenar la averiguación de IPs asociadas a publicaciones injuriosas, estimando la pertinencia y proporcionalidad de esa diligencia³⁶. El Juzgado de lo Penal de Córdoba avala la licitud de prueba videográfica y mensajes de WhatsApp hallados durante un análisis forense por otro hecho, descartando vulneración del secreto de las comunicaciones o de la intimidad, mientras la Audiencia Provincial de Guipúzcoa ilustra buenas prácticas de cadena de custodia y pericia especializada, complementadas por herramientas OSINT (WHOIS para identificar administradores de dominios: *Wayback Machine* para reconstruir versiones históricas) y certificaciones de contenido con sellos de tiempo cualificados (eGarante), que robustecen la acreditación de existencia, temporalidad y modificaciones³⁷.

IV. CONCLUSIONES

La violencia de género digital no es solo, que también, una traslación al ámbito tecnológico de conductas clásicas: la tecnología no es neutra, sino que amplifica las asimetrías de poder y las estrategias de control en muchos ámbitos, también en el ejercicio de dominación por razón de género. La agresividad comunicativa en el entorno digital, su capacidad de permanencia, viralidad y anonimato eleva el riesgo de interacciones con efectos lesivos. Esta constatación obliga a abandonar la idea de que la violencia sin contacto físico es menos grave: la jurisprudencia más reciente, aunque todavía vacilante, empieza a reconocer que la intimidación telemática puede afectar a la libertad y a la integridad moral con igual o mayor intensidad que la violencia presencial.

³⁵ Stc. AP Madrid, Sección 27.ª, 53/2023 y 329/2022; Stc. AP Guadalajara, Sección 1.ª, 167/2019

³⁶ Stc. AP Burgos, Sección 1.ª, 226/2023; Auto AP Alicante, Sección 2.ª, 161/2022

³⁷ Stc. Juzgado Penal Córdoba, 98/2020; Stc. AP Guipúzcoa, Sección 1.ª, 16/06/2022

Desde el plano normativo, la Directiva europea de 2024 marca un punto de inflexión al exigir estándares mínimos frente a la ciberviolencia. Sin embargo, la falta de una definición consensuada de «violencia de género digital» sigue siendo un obstáculo. No se trata solo de tipificar conductas, sino de comprender que el elemento situacional –el uso del medio digital– genera una vulnerabilidad inédita, distinta de la biológica o social. El Código Penal español, aunque prevé mecanismos para proteger la intimidad y la libertad sexual, no siempre recoge la vulnerabilidad asociada a esta coyuntura: la interpretación restrictiva del verbo «comunicar» en quebrantamientos o la tendencia a calificar como leves las amenazas digitales son ejemplos de una respuesta insuficiente. Así, en el ámbito jurisprudencial, puede apreciarse una tensión entre dos tendencias resolutivas: una que minimiza el reproche por el canal digital y otra que lo agrava cuando el control es estructural. Esta disparidad compromete la seguridad jurídica y exige pautas claras: las medidas cautelares deben prohibir expresamente toda interacción digital, incluidas reacciones, solicitudes de seguimiento y etiquetados, para evitar interpretaciones laxas.

La dimensión probatoria constituye otro desafío crítico. La volatilidad del entorno digital y la facilidad para ocultar autorías demandan estándares técnicos sólidos: pericias forenses, trazabilidad de IPs, metadatos, cadena de custodia y herramientas OSINT. La prueba digital no puede seguir tratándose como un apéndice de la prueba clásica, ya que es el núcleo sobre el que se construye la imputación en estos delitos. Además, debe señalarse que la respuesta ante el fenómeno debe ser integral. La persistencia del daño en redes sociales y plataformas obliga a explorar la responsabilidad de terceros, incluidas las personas jurídicas, y a implementar mecanismos eficaces de retirada y bloqueo de contenidos ilícitos.

En definitiva, la violencia de género digital no puede abordarse como una variante sin relevancia penal específica. El impacto psicológico, la proyección expositiva, la permanencia en el tiempo o el riesgo de reaparición, la convierten en una forma agravada de violencia de género. Las últimas tendencias jurisprudenciales muestran ciertos avances, pero también vacíos que deben colmarse con reformas legislativas, criterios interpretativos uniformes y protocolos probatorios adaptados a las necesidades de certeza tecnológica. Solo así será posible garantizar una tutela efectiva de la libertad, la intimidad y la dignidad de las mujeres en el espacio digital.

91. DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES: ¿NECESIDAD DE INTRODUCIR UN SUBTIPO AGRAVADO?

M.^a BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El art. 225 bis CP, en su redacción actual se corresponde con la que le otorgó la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores¹. La propia Exposición de Motivos de la referida ley viene a determinar que «El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio, agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas

¹ BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2002.

de menores»². No obstante, hay que señalar que dicho precepto ha sido objeto de modificación respecto a su contenido por LO 8/2021, de 4 de junio³, de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁴.

El delito de sustracción de menores castiga, conforme a la última modificación operada, la sustracción de un menor por parte de uno de sus progenitores, lo que nos lleva a preciar la caracterización de este delito como delito especial propio⁵, en el que únicamente puede ser sujeto activo el propio progenitor del menor que no tiene atribuida, por resolución judicial o administrativa, la custodia plena del menor –progenitor no custodio–⁶. En este sentido,

² Antecedentes del delito de sustracción de menores se encontraban en el CP de 1822, en cuyo art. 664 se castigaba el rapto de un niño o niña que no hubiese llegado a la edad de pubertad. A su vez, en el art. 675 se tipificaba el robo de un menor de edad sometido a la patria potestad. A su vez, el CP de 1973, arts. 484 y 485, ubicados en el Título XII, «Delitos contra la libertad y seguridad de las personas», Capítulo II, «De la sustracción de menores», se castigaba, respectivamente, la sustracción de un menor de siete años con pena de presidio mayor y al que hallándose encargado de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores, o no diera explicación acerca de su desaparición, con la pena de reclusión mayor. Para un análisis más detenido sobre la evolución histórica de este delito nos remitimos, entre otros, a PARRILLA VERGARA, J., «Evolución histórica del delito de sustracción de menores», *La sustracción de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A. (dir.), Barcelona, Bosch, 2019, pp. 267-289.

A su vez, el CP de 1995, arts. 223, 224 y 225, se sancionan conductas relacionadas con la sustracción de menores; así, en el art. 223 CP. *Vid.* para más detalles, Díez Ripollés, J. L., «El nuevo delito de sustracción parental de menores», *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 289-290.

³ BOE 5 de junio de 2021, n.º 134.

⁴ La actual redacción del art. 225 bis es la siguiente: 1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 350; Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C.M. (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1200, p. 1201; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Capítulo 18. Delitos contra las relaciones familiares», en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (coord.), edit. Dykinson, 2011, p. 394; MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 2017, p. 56 y ss.; Si bien no es una posición pacífica en la doctrina al considerar otros autores que se trata de un delito especial impropio; *vid.* por todos, MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 36.

⁶ *Vid.* al respecto, MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción...*, *op. cit.*, p. 68.

la STS 340/2021, 23 de abril, afirmó la exclusión como sujeto activo del delito previsto en el art. 225 bis del CP al progenitor que tiene la custodia en exclusiva, aunque la patria potestad sea conjunta y con independencia del régimen de visitas establecido. Pero «... en casos de atribución conjunta como sucede ordinariamente por ministerio de ley, aunque no medie resolución judicial, quien traslada ilícitamente al menor, puede incurrir en delito, al igual que en caso de custodia compartida; lo relevante, es infringir el régimen de custodia».

Y ello con independencia de que el Código penal extienda, en el párrafo 5.º del art. 225 bis, la condición de sujeto activo a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁷.

El delito de sustracción de menores no ha sido ni es una figura pacífica en la doctrina penal, de ahí las sucesivas reformas operadas para tratar de disuadir a las parejas que, con hijos menores, se encuentran en crisis, castigando conductas que lesionan tanto los intereses de los hijos menores como los del otro progenitor, ya sea con la sustracción del hijo menor como con el traslado de su residencia habitual o retención, impidiendo al menor el derecho a tener contacto directo con ambos progenitores.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del legislador por tratar de regular y buscar soluciones a este tipo de conflictos familiares, cubriendo lagunas de punibilidad que se originaban con la anterior regulación, las reformas operadas no han surtido los efectos esperados. Con un simple repaso a la jurisprudencia se observa que no ha disminuido el número de sustracciones de menores⁸ ni tampoco se han producido los efectos preventivos-generales esperados. Ello se debe a que, en la mayoría de los casos, no ha sido posible solucionar los conflictos de pareja, de manera específica en lo referente al régimen de custodia obtenido de forma permanente por uno de sus progenitores o de derecho de visita establecido, ya que en ambas situaciones uno de los progenitores se ve privado ilícitamente de la relación paterno filial sobre el menor, así como del ejercicio de sus facultades de custodia⁹.

⁷ Indica MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Sobre la naturaleza y el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores», en *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Monge Fernández, A., (dir.), edit. Barcelona, Bosch, 2019, p. 328, que son razones sociológicas las que han llevado al legislador a equiparar punitivamente la realización de la sustracción de un menor a otros parientes del progenitor.

⁸ Para una visión más general sobre los elementos que han facilitado el incremento de la sustracción de menores nos remitimos a la monografía *La sustracción interparental de menores*, Asociación Española de Abogados de familia (autores varios), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 25 y ss.

⁹ TORRES ROSELL, N., «Capítulo III. De los delitos contra los derechos y deberes familiares», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Fermín Morales Prats, (coord.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 10.ª ed., 2016, p. 580.

Precisamente, en este contexto debemos situar el contenido del presente trabajo: la entrega por parte de la progenitora –Juana Rivas– de su hijo menor al otro progenitor al que se le otorgó la guarda y custodia provisional por el Tribunal de Cagliari. Tras diversos avatares procesales, con denuncia por malos tratos hacia el menor por parte del padre, y sin entrar en el contenido del proceso por razones de espacio, no procede un estudio más detallado¹⁰.

Sin embargo, lo que interesa destacar en las presentes líneas y, como consecuencia de la repercusión mediática que ha suscitado el caso de Juana Rivas, es analizar el acto de entrega por parte de la progenitora del menor de 11 años a su padre impuesta por las sucesivas resoluciones dictadas por el Tribunal de Cagliari, Juzgado de lo Penal de Granada¹¹, Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada¹² y por el Tribunal Supremo¹³, así como su regreso a Italia como lugar de residencia habitual.

El día en que se determinó la entrega del menor en el punto de encuentro determinado por el juzgado, el menor, acompañado de su madre con sus correspondientes asesores y abogado, quedó expuesto a una exhibición ante los numerosos medios de comunicación y público congregado en las inmediaciones del lugar en el que se concertó la entrega al padre que vino de Italia con la única finalidad de recogerlo y regresar con él por decisión judicial. La situación vivida por el menor ante el espectáculo protagonizado por los distintos actores con declaraciones a la prensa personada, pone de manifiesto la vulnerabilidad del menor víctima que contemplaba la situación ante una total indefensión, lo que pudo influir de forma negativa en el mismo y reafirmarse en su rechazo a ser entregado a su padre. Al final, la entrega del menor al padre no pudo realizarse ante el caos ocasionado, planificando el órgano juzgador dicha entrega otro día en un entorno más reservado y no permitiendo ninguna interferencia externa, preservando así la intimidad del menor, siendo asistido en todo momento por un equipo técnico de psicólogos y trabajadores sociales.

En este contexto nos interesa analizar si realmente la situación que tuvo que vivir el menor, provocada por la madre que insistía en la negativa de su

¹⁰ Para una visión más general de las diversas resoluciones dictadas en relación al caso así como de todo el proceso desarrollado, nos remitimos, entre otros autores: DOLZ LAGO, M. J., «Caso Juana Rivas: sustracción de menores», *Diario La Ley*, pp. 1-6; FRIEYRO ELÍCEGUI, S., «El delito de sustracción de menores», *Diario La Ley*, n.º 10686, 2025, pp. 1 y ss.; LÓPEZ MORENO, L., «Delito de sustracción de menores en la STS 339/2021, de 23 de abril», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 2/2022, pp. 73 y ss.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., «Comentario a la STS, Sala segunda, núm. 339/2021, de 23 de abril, sobre el delito de sustracción de menores, cuando la conducta consiste en sustraer una pluralidad de menores», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, n.º 1, 2022, pp. 48-60.

¹¹ S Juzgado de lo Penal 1 de Granada, 257/2018, de 18 de julio.

¹² SAP de Granada 98/2019, de 7 de marzo, Secc. 1.ª

¹³ STS 339/2021, de 23 de abril.

entrega al padre, debe ser objeto de reproche penal al quedar vulnerados derechos del menor. Para dar una respuesta a esta cuestión es indispensable determinar el bien jurídico protegido en el delito del art. 225 bis CP en función de los diversos intereses implicados, con la única finalidad de plantear la posibilidad de introducir un subtipo agravado en dicho precepto que proteja los derechos del menor ante situaciones como la descrita.

II. ¿QUÉ BIEN JURÍDICO PENAL SE PROTEGE EN EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES?

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores es una cuestión no exenta de debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Una primera posición doctrinal es la que mantiene que el objeto de protección es la libertad¹⁴, posición que se puede aceptar acorde a la anterior regulación del delito de sustracción de menores al estar ubicado en el Capítulo II, del Título XII, «Delitos contra la libertad y seguridad». El punto de vista expuesto es mantenido por Cortés Bechiarelli aunque con una matización: respecto a menores, si bien no se puede hablar realmente de una libertad inmediata, entiende que al menos debe tener derecho a que no se le prive de su libertad mediata¹⁵, posición que no es aceptaba por Cobo del Rosal al señalar que la libertad, ya sea libertad de movimiento –el menor carece de dicha libertad– o libertad en la formación de la voluntad –en cuyo caso la voluntad es inoperante– carece de relevancia a efectos del delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP¹⁶.

Otros autores optan por mantener que el objeto de protección en el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor. Así, Díez Ripollés afirma que el citado precepto protege la seguridad –personal– del menor¹⁷, que se ve

¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1995, 18.ª ed., pp. 315-316.

¹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 119-120.

¹⁶ COBO DEL ROSAL, M., «Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores», *ADPCP*, tomo XIV, fas. II, mayo-agosto, 1961, pp. 219 y ss.; Por su parte, Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1142, se aparta de la posición que inicialmente mantuvo acerca del objeto de tutela al afirmar que era la libertad de movimiento del menor, argumentando para su afirmación la ubicación sistemática del delito de sustracción de menores, lejos de los delitos contra la libertad ambulatoria, y su novedosa configuración típica.

¹⁷ Vid. Díez Ripollés, J.L., «El nuevo delito de sustracción parental de menores», *Estudios Homenaje al profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp.

lesionada por el hecho de que el menor es apartado del lugar de residencia en donde se encuentra «bajo la guarda y custodia de las personas o instituciones con que se convive habitualmente»¹⁸. Seguridad personal del menor que aparece vinculada a la presencia de éste dentro de «un determinado parámetro espacial, en concreto el área de convivencia»¹⁹. Seguridad que debe ser entendida, como ha afirmado algún autor, «no solamente en el sentido de falta de peligros, sino, fundamentalmente, en el del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor, lo que incluye su derecho a poder relacionarse regularmente con ambos progenitores»²⁰. La jurisprudencia, por su parte, ha mantenido esta línea en SAP Granada, Secc. 2.ª, 183/2020 al señalar que el bien jurídico es la seguridad del menor, el derecho del menor «a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido social, escolar, de recreo y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia».

Por último, Muñoz Conde considera que la sustracción de menores es un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la guardia de los hijos menores en caso de separación o arraigo de sus progenitores²¹. No obstante, no podemos compartir este tesis en el sentido de aceptar que sea un delito de desobediencia, pues tal y como ha manifestado la jurisprudencia «se protege no sólo la efectividad de las resoluciones judiciales que haya podido establecer cierto régimen de guarda y custodia, y el *status quo* familiar creado por ellas, sino también el derecho de los padres a relacionarse con los hijos y de estos con los padres»²². Además, la propia Exposición de motivos de la LO 9/2002, ha precisado que el delito va más allá de la simple desobediencia pues, aunque se quebrante una resolución judicial en el que se reconoce el derecho de custodia, es necesario que se lesionen otros derechos del menor, como el de verse privado de mantener un contacto directo y permanente con sus padres.

Vistas las distintas posiciones doctrinales, considero que el delito de sustracción de menores tiene carácter pluriofensivo en el que se lesionan el interés

¹⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal, M., (coord.), Madrid, Dykinson, 2.ª ed., 2005, pp. 432.

¹⁹ Díez RIPOLLÉS, J.L., El nuevo delito de sustracción..., *op. cit.*, p. 291.

²⁰ TORRES ROSELL, N., *Capítulo III...*, *op. cit.*, p. 580.

²¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 288; en el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción...* *op. cit.*, pp. 29 y ss. y GARCÍA PÉREZ, O., «El delito de sustracción de menores y su configuración», *Indret*, 4/2010, p. 9.

²² STS 1060/1996, de 20 de diciembre.

superior del menor, bien jurídico digno de especial atención²³, y la paz en las relaciones familiares. En relación con el interés superior del menor, la jurisprudencia del TS en sentencia 156/2023, de 8 de marzo ha precisado que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores es el interés superior del menor en la medida en que debe de relacionarse regularmente con ambos progenitores.

El interés superior del menor entendido, como reconoce la jurisprudencia del TC, como primordial en todas las decisiones que se adopten respecto a los menores, ya sea en el ámbito público o privado²⁴. En consecuencia, el interés superior del menor debe ser valorado como garantía de protección de sus derechos fundamentales, lo que implica el reconocimiento de su dignidad y desarrollo de su personalidad. Así, el AAP Tarragona, Secc. 4.^a, 126/2008, de 18 de marzo, señala que se protege «la dignidad de los menores, en particular cuando titulares del derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psicoafectivo, lo que incluye los colaterales derechos a la relación familiar y al armónico desarrollo de los mismos».

Si una de las funciones del bien jurídico es la de servir de guía para la sistematización de los tipos penales, en el delito de sustracción de menores el legislador lo ha respetado, al ubicar el delito en el Capítulo III, «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», Sección 2.^a, «De la sustracción de menores», del Título XIII, bajo la rúbrica «Delitos contra las relaciones familiares». El legislador al aludir a las relaciones familiares, viene a reconocer el derecho de los padres a relacionarse con los hijos y de estos con sus padres, derecho consagrado en el art. 34 de la CE. Línea señalada en las últimas resoluciones jurisprudenciales²⁵, en las que se señala que el objeto de protección en el delito de sustracción de menores es el interés superior del menor y el derecho a mantener de forma regular relaciones personales y contactos directos tanto con su padre como con su madre en un ambiente de convivencia familiar, sin desvincularle de su entorno familiar.

La posición expuesta es aceptada por un sector destacado de la doctrina penal. A juicio de Torres Fernández²⁶ y Monge Fernández, se tutela «la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias que, en el ejercicio de los derechos derivados de esas

²³ SAP Murcia, Secc. 3.^a, 969/2024, de 16 de octubre.

²⁴ STC 64/2019, de 9 de mayo.

²⁵ STS 176/2022 de 24 de febrero, al señalar que se protege el interés superior del menor y el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares.

²⁶ TORRES FERNÁNDEZ, E., *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal, M. (dir.), Tomo VII, Madrid, Edersa, 1999, pp. 856.

relaciones, puedan surgir»²⁷. En síntesis, se diría que el objeto de protección es el derecho de padres e hijos a relacionarse entre sí, inclusive en situaciones de crisis familiar, derecho que se ve lesionado al quebrantar uno de los progenitores el derecho de custodia, desestabilizando la paz familiar al no respetar las vías legales vigentes para solucionar las graves desavenencias que puedan producirse entre la pareja.

En las últimas resoluciones jurisprudenciales se sigue la línea señalada. Así, entre otras muchas, la SAP de Toledo²⁸ sostiene que lo que se protege es el «derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares», así como la STS 176/2022, de 24 de febrero, al señalar «debemos concretarlo en el genérico mantenimiento de la paz en las relaciones familiares, en el derecho de los menores a relacionarse regularmente con sus dos progenitores también en situaciones de crisis familiar, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos»²⁹. Sentencias que, en línea a lo indicado en diversos instrumentos internacionales vienen a indicar que el bien jurídico protegido es el derecho del niño menor de edad a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Así, el art. 24, apartado tercero de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁰, tras proclamar el interés superior del menor, señala que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses. Y en la Carta Europea de los Derechos del Niño³¹ donde el Parlamento en su apartado 7, pide a la instancia comunitaria, en el subapartado 14: En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, indicando que se deben adoptar las medidas necesarias para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegal.

En conclusión, puede afirmarse que el objeto de protección en el delito de sustracción de menores, de carácter pluriofensivo, está constituido por el interés superior del menor, interés que debe tenerse en consideración como garantía del reconocimiento de su dignidad y desarrollo de su personalidad, así como el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares que puede verse

²⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción...*, op. cit., p. 853.

²⁸ 267/2024, de 18 de diciembre. Igualmente, SAPGC 377/2023, de 30 de octubre.

²⁹ En el mismo sentido, STS 340/2021, de 23 de abril.

³⁰ DOCE n.º C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

³¹ DOCE n.º C 241, de 21 de septiembre de 1992.

alterada por el quebranto del derecho de custodia y guarda por parte de sus progenitores, con la consiguiente desestabilización de las relaciones familiares de los menores en cuanto que se les priva de su derecho a mantener un contacto directo con ambos progenitores, con la consiguiente repercusión en el ámbito familiar afectivo.

III. ¿NECESIDAD DE INTRODUCIR UN SUBTIPO AGRAVADO EN EL ART. 225 BIS CP? PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Retomando la situación vivida por el menor conforme se ha descrito en las líneas anteriores y, tomando como punto de partida de que uno de los intereses de tutela en el delito de sustracción de menores es la dignidad del menor, entiendo que la actuación vivida por el mismo en el acto de sustracción del menor debe tener una respuesta penal. Afirmación que se apoya en el hecho de considerar que el bien jurídico que se protege es de carácter pluriofensivo, donde además de aceptarse la paz en las relaciones familiares en la línea anteriormente sostenida, se ha lesionado igualmente la integridad moral del menor inherente a la dignidad como bien jurídico del cual es titular. El Tribunal Supremo ha definido la integridad moral, en sentencia 1725/2001 de 3 de octubre en los siguientes términos: «El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribe con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto»³². Como ha señalado el Profesor De la Cuesta Arzamendi, «la integridad moral constituye un nuevo bien jurídico susceptible de limitación (aunque no sin dificultades) de los bienes jurídicos tradicionales conceptualmente más próximos y dice relación con el derecho a la dignidad en cuanto fundamento y garantía de la libertad y personalidad del ser humano»³³.

³² Vid. igualmente, STS 28/2015, de 13 de enero.

³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», *Revista técnica del Ertzaina*, n.º 26, 1988, p. 75.

En nuestra opinión, no cabe la menor duda de que la situación vivida por el menor implica un verdadero ataque a su integridad moral, provocando en el mismo una situación gravemente perjudicial para su dignidad, en particular, por los efectos que pueda tener en la relación con su progenitor y en el desarrollo de su personalidad. El uso instrumental y oportunista del menor por parte de la madre, negándose a su entrega con su exposición pública, no solo afecta a derechos fundamentales del menor, sino que también perseguía otra finalidad como es dañar al otro progenitor causándole un sufrimiento psicológico ante la imposibilidad de que su hijo regrese a su lado y, a su vez, influir en el menor para no regresar con su padre³⁴.

En consecuencia, el legislador, de *lege ferenda*, debería incluir un plus de antijuridicidad en la conducta de sustracción de menores, con la creación de un subtipo agravado como respuesta a situaciones que puedan producirse como la expuesta en las presentes líneas. A este fin, la exasperación punitiva que conllevaría el mencionado subtipo cualificado se fundamentaría en el grave perjuicio del desarrollo de la personalidad del menor.

El contenido de la conducta del subtipo agravado podría ser la siguiente: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1, si la entrega del menor por el progenitor se llevare a cabo perjudicando gravemente el desarrollo de su personalidad».

Sirvan estas reflexiones como homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, a quien debo de agradecer su ayuda en mi carrera académica, su colaboración y, sobre todo, su amistad.

³⁴ Asimismo, se debe señalar que este uso instrumental del menor, si bien se ha referido al caso expuesto, también puede ser realizado tanto por su padre como por los sujetos mencionados en el apartado 5 del art. 225 bis CP.

92. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS (ART. 177 BIS 11 CP)

DULCE M. SANTANA VEGA

Profesora Titular de Universidad, acreditada a CU de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)

JOSÉ ANCOR VIERA GONZÁLEZ

Personal Investigador en Formación
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)

I. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

El ap. 11 del art. 177 bis CPE¹ no ha sufrido modificación alguna desde su redacción originaria dada por la LO 5/2010, y la causa específica de exención de responsabilidad penal que integra es consecuencia de la exigencia recogida en el art. 26 del Convenio de Varsovia². En similares términos, esta

¹ Establece el citado art. 177 bis.11 que: «Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

² *Cfr.* Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009), en cuyo art. 26 se señala que: «Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas».

exención viene también prevista en el art. 8 de la Directiva 2011/36/UE, que establece: «Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes «... *puedan optar por no enjuiciar, ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.º*».

Como se puede apreciar, la Directiva de 2011 deja abierta la posibilidad a que cada Estado miembro pueda elegir bien articular la exención por la vía procesal («no enjuiciar») o por una solución sustantiva («ni imponer penas»), según mejor se acomode a los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

La vía sustantiva o material de la Directiva 2011/36/UE está pensada para los ordenamientos procesales regidos por el principio de legalidad procesal, como el español, al menos en el ámbito del procedimiento penal para adultos, consistente en no «imponer penas», pese a la apertura del procedimiento o la del juicio oral, lo que conlleva recoger una causa de exención de la responsabilidad penal, como la que contiene el art. 177 bis.11.

1. **Ámbito de la aplicación de la causa de exención de responsabilidad penal**

Uno de los aspectos fundamentales a analizar con relación a esta causa especial de exención de la responsabilidad es la relativa a su ámbito de aplicación, lo que viene condicionado por su propia redacción.

a) LA CLÁUSULA «SIN PERJUICIO»

El apartado 11 del art. 177 bis CPE comienza estableciendo que la exención especial de la responsabilidad penal que prevé no excluye la aplicación de las reglas generales del CP en materia de exención de la responsabilidad penal («sin perjuicio»). Estas «reglas generales», *per se*, serían las contenidas en el art. 20 CPE. En consecuencia, la concurrencia de alguna de estas causas generales de exención de la responsabilidad penal excluye la aplicación de la causa de exención de responsabilidad penal aquí analizada sobre igual sujeto, cuyos

requisitos resultan más flexible o amplios que aquellos inherentes a las referidas causas generales de exención de responsabilidad³.

Ahora bien, como se desarrollará posteriormente, si la exención de responsabilidad penal del 177 bis.11 se considera una causa de justificación, en atención a las reglas de la participación, el partícipe en el delito cometido por la víctima de la trata en la situación de explotación no respondería. Pero, de sostenerse que es una excusa absolutoria o una causa de exclusión de la culpabilidad penal, la exención de responsabilidad no le será aplicable a los extraños que participaron en el delito. No obstante, en tales casos al *extraneus* se le podría eximir de responsabilidad penal por el delito cometido en la situación de la trata por la víctima, v. gr. por legítima defensa propia o de terceros o, incluso, actuando él mismo bajo miedo insuperable; si bien no parece claro que pudiera acordarse en fase de instrucción o intermedia (auto de sobreseimiento libre), sino que, en estos casos, parece requerirse la celebración del juicio oral.

b) SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN DE LA VÍCTIMA

Otra de las cuestiones a dilucidar, en el ámbito de aplicación de esta exención de la responsabilidad penal, es la de determinar qué se entiende por delito «cometido en la situación de explotación sufrida». La interpretación de este requisito vendrá condicionada por la categoría en la que se incardine el delito de trata dentro la clasificación de los tipos penales que atiende al exceso de la parte subjetiva del tipo con relación a la parte objetiva de este, al poseer la parte subjetiva elementos subjetivos distintos al dolo⁴. En concreto, desde este punto de vista, los delitos se clasifican en: delitos mutilados en dos actos, de resultado cortado y de tendencia interna intensificada.

En resumen, los tipos mutilados de dos actos se definen como aquellos en los que el sujeto realiza la acción típica para llevar a cabo por sí mismo una conducta delictiva posterior, mientras que los tipos de resultado cortado son aquellos en los que el sujeto activo realiza dicha acción con la finalidad de que esta sirva para la producción de una actividad ulterior que llevará a cabo otro sujeto activo. Por su

³ La Conclusión vigesimosegunda e la Circular 5/2011 de la FGE establece que la causa de exención de responsabilidad del ap. 11 del art. 177 bis CPE abarca «aquellos supuestos en que –sin que concurran todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable– se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima»

⁴ Ampliamente sobre el particular, LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch; 2025, pp. 228-229; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor; 2016, p. 235.

parte, en los delitos de tendencia interna intensificada, el sujeto activo no busca algo que esté más allá de la conducta típica que realiza, pero le da a esta un sentido subjetivo específico (v.gr. el ánimo lúbrico en los delitos contra la libertad sexual).

Un sector de la doctrina española⁵ califica al delito de trata de seres humanos como un delito de tendencia interna intensificada, si bien sin dar explicación alguna sobre ello. Sin embargo, a la vista de las anteriores conceptualizaciones, es claro que no procede dicha calificación, sobre todo si se tiene en cuenta la realidad de la dinámica comisiva de estos delitos. En modo alguno la intencionalidad de los que captan, transportan, acogen o ceden el control de las personas objeto de la trata se agota en cualquiera de estos actos mismos.

La estructura típica de estos delitos y, en consecuencia, su dinámica comisiva se subsumirá en las categorías de los tipos mutilados en dos actos o de resultado cortado, según si quien realiza las mencionadas conductas típicas constitutivas, *per se*, del delito de trata es la misma persona que vaya a dar cumplimiento a las finalidades previstas en este delito, o si se realizan las referidas conductas típicas para que otros lleven a cabo los posteriores actos delictivos que den cumplimiento a las finalidades de la trata.

Por otra parte, la «situación de explotación»⁶ no ha de ser entendida en un sentido literal, sino desde un punto de vista contextual, asumiendo que cada una de las finalidades de la trata tiene su propia idiosincrasia⁷, si bien con los denominadores comunes de la ausencia de voluntad y cosificación de las víctimas y que el explotador sea el que obtenga, exclusivamente o en su inmensa mayoría, un beneficio económico a costa de la víctima.

Bajo estas coordenadas, habría que concluir que la exención de responsabilidad penal del art. 177 bis.11 viene referida a las conductas de realización de las finalidades de la trata, sobre quien ya es «víctima de la trata y de la explotación», sin perjuicio de aplicar las causas generales de exención de la responsabilidad penal a las conductas delictivas que ejecutaran las víctimas de la trata contra los tratantes.

⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch; 2015, p. 199, después de descartar de que se trata de un delito de agotamiento.

⁶ Por *explotar* entiende la RAE, en su segunda acepción: «sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio». No obstante, esta acepción no puede ser literal y estrictamente aplicable a la trata, ya que el provecho podría ser para terceros. Además, no en todas las finalidades de la trata el término *explotación* es consustancial. Así, las finalidades incluidas en las letras d) –extracción de órganos corporales– o e) –relativa a los matrimonios forzosos– del art. 177 bis.1 CPE ni siquiera incluyen el término *explotación*.

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», en Richard González, M./Riaño Brun, I./Poelemans, M. (coords.), *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Navarra: Aranzadi, 2013, p. 71.

2. Requisitos

El art. 177 bis.11 señala, además de su ámbito, los requisitos para su apreciación.

a) PARTICIPACIÓN EN LA INFRACCIÓN PENAL COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA SITUACIÓN DE VIOLENCIA, INTIMIDACIÓN, ENGAÑO O ABUSO

En primer lugar, conviene precisar que los medios comisivos establecidos en el ap. 11 del art. 177 bis CPE son una reiteración de aquellos integrados en el ap. 1 de igual precepto, aunque el legislador, por economía textual o de lenguaje, no haya reproducido la entera alocución que sí recoge en el primer apartado respecto al abuso «*de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad*».

Por su parte, el término «participación» ha de ser entendido como referencia a la «intervención delictiva». Esto es, abarcará la posibilidad de que la víctima de la trata intervenga en la infracción penal no solo como autor, sino también como partícipe –cooperador, necesario o no, o inductor– en el delito del que fue autor otra persona⁸.

La posición adoptada por el legislador español se aproxima al enfoque basado en la causalidad (*causation-based approach*), permitiendo ello la exención de responsabilidad, además de en aquellos supuestos en los que se imponga una determinada acción a través de violencia o intimidación, también cuando sobre la víctima únicamente se haya ejercido engaño o abuso –siempre que concurra el resto de los requisitos típicos de la exención–⁹.

b) LA ADECUADA PROPORCIONALIDAD

El ap. 11 del art. 177 bis CPE, en último lugar, exige una «adecuada proporcionalidad» entre la «*situación*» de explotación sufrida bajo violencia, inti-

⁸ Cfr. STS 59/2023, de 6 de febrero

⁹ A pesar de utilizarse el verbo «obligar» en los arts. 26 del Convenio de Varsovia y 8 de la Directiva 2011/36/UE, las Recomendaciones políticas y legislativas para la aplicación efectiva de la disposición de no sanción con respecto a las víctimas de trata, publicadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), señalan que una comprensión integral de la «coacción» abarca todos los medios de la trata, así como «*toda la gama de circunstancias fácticas en las que las víctimas de la trata pierden la posibilidad de actuar con libre albedrío*».

midación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima y el hecho criminal realizado.

El análisis del art. 26 del Convenio de Varsovia –y, posteriormente, el art. 8 de la Directiva 2011/36/UE– puede hacer pensar que el legislador español, al establecer el requisito aquí analizado, ha adoptado una configuración restrictiva de la causa de exención de responsabilidad penal, al no requerirse en dichos textos internacionales la referida proporcionalidad¹⁰. Sin embargo, adviértase que en dichos instrumentos normativos se plantea la no imposición de penas y el no enjuiciamiento¹¹ como *opción* o *posibilidad*. De este modo, resulta erróneo afirmar que el legislador español es más restrictivo, en cuanto que se ha limitado a precisar objetivamente –entre otros requisitos, a través de la proporcionalidad– cuándo procede eximir de responsabilidad

Más allá de la gravedad de los males –relevante, pero no excluyente *per se*–, la referida proporcionalidad ha de atender, entre otras circunstancias, a los siguientes factores: (i) el grado de afectación a los bienes jurídicos; (ii) la intensidad de la lesión de cada uno de los bienes jurídicos afectados; (iii) la capacidad y normalidad motivacional de la víctima para ajustarse a Derecho; y (iv) la exigibilidad jurídica de la víctima de hacerlo¹².

3. Naturaleza jurídico-penal

La determinación de la naturaleza jurídica de la causa de exención de responsabilidad prevista en el art. 177 bis.11 CPE ha sido objeto de una profunda controversia doctrinal y titubeo jurisprudencial. Así, la jurisprudencia, en ocasiones, ha señalado su mayor proximidad a las causas de inculpabilidad,

¹⁰ Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M./SEGOVIA BERNABÉ, J.L./ASÚA BATARRITA, A./GIMBERNAT ORDEIG, E./VILLACAMPA ESTIARTE, C./RÍOS MARTÍN, J./ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. y VIEYRA CALDERONI, M.: *Informe Jurídico. Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo. El principio de no punición (art. 177 bis.11 del Código Penal)*, 2022, pp. 18 y ss.

¹¹ En el art. 26 del Convenio de Varsovia se hace referencia únicamente a la «posibilidad de no imponer penas», mientras que en la Directiva 2011/36/UE, además de la anterior, se añade la posibilidad de «no enjuiciar».

¹² CUERDA ARNAU, M.L.: El principio de no punición de las víctimas de trata en el Código penal español. Problemas aplicativos, en RECPC, 26-15, 2024, p. 31. Especial controversia ha surgido doctrinalmente (por todos, GIL NOBAJAS, M. S.: «Tráfico de drogas y estado de necesidad: análisis y revisión de la doctrina jurisprudencial en relación con los correos de la droga», en Benito Sánchez, D./Gil Nobajas, M.S. (coord.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia*, vol. 14, Valencia: Tirant lo Blanch; 2022, p. 483), aunque no así jurisprudencialmente, en donde se mantiene de manera reiterada e inconclusa el rechazo reiterado del estado de necesidad por penuria económica en los delitos contra la salud pública (por todas, cfr. STS 265/2015, 29 de abril).

o a la combinación de rasgos entre las mismas y las excusas absolutorias¹³. Por su parte, la Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, afirma que «*es difícil precisar la naturaleza, extensión y efectos de la exclusión punitiva*» previamente referida¹⁴. En los siguientes subapartados se analizará brevemente los distintos posicionamientos y los efectos inherentes a los mismos.

a) CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD (O EXCUSA ABSOLUTORIA)

Esta posición, mayoritaria en la doctrina¹⁵ y en la jurisprudencia¹⁶ penales españolas, que concibe la exención del art. 177 bis.11 CPE como una excusa absolutoria, se fundamenta, en términos generales, en razones de política criminal, al entender el legislador, según la misma, que la pena, por razones o circunstancias de mera utilidad o conveniencia, no está indicada desde el punto de vista de la prevención general, ni desde el punto de vista de la prevención especial¹⁷.

Este posicionamiento, sin embargo, parece encasillar la necesidad de pena, la política criminal o la conveniencia, únicamente, en la tan controvertida categoría de la punibilidad. No obstante, tal como se sostiene por un sector de la doctrina, la necesidad de pena –o su merecimiento– no ha de entenderse como una categoría sistemática autónoma –o que integra y fundamenta una única categoría–, sino como un principio material que interviene en la funda-

¹³ En este sentido, la SAP Barcelona 183/2020, de 22 de junio.

¹⁴ Se afirma en la citada Circular de la FGE 5/2011 que dicha causa de exención de responsabilidad está referida a aquellos supuestos en los que, «*sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad*» o, según los casos, del miedo insuperable», se ha producido una importante limitación del dominio de la voluntad de la víctima.

¹⁵ Entre otros, CABANES FERRANDO, M.: *La trata de seres humanos: Concepto desde el marco normativo. Una aproximación al delito*, Barcelona: Bosch; 2022, p. 289; CUERDA ARNAU: *El principio de no punición [...]*, pp. 15 y ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El delito de trata de seres humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 72; GUISASOLA LERMA, C.: «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 39, 2019, p. 203; LLORIA GARCÍA, P.: «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 394; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre», en *Indret*, 3, 2024, pp. 592 y ss.

¹⁶ En este sentido, entre otras, SSTS 960/2023, de 21 de diciembre; 59/2023, de 6 de febrero.

¹⁷ VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La víctima de trata de seres humanos como autor de delitos: La excusa absolutoria del art. 177 bis 11», en Alcácer Guirao, R./Martín Lorenzo, M./Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Madrid: Edisofer, 2015, p. 132, siguiendo el planteamiento que sobre las excusas absolutorias sostenía HIGUERA GUIMERA, J.F.: *Las excusas absolutorias*, Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 67 y 68; o CUERDA ARNAU: *El principio de no punición [...]*, p. 29.

mentación, limitación y exclusión de todos los elementos del delito¹⁸. Sin perjuicio de ello, según el anterior posicionamiento, la no necesidad de pena es consecuencia de «razones o circunstancias de mera utilidad o conveniencia» –y no a la inversa–, sin precisarse por qué es útil o conveniente eximir de pena.

Las comúnmente denominadas excusas absolutorias encuentran su ámbito de actuación exclusivamente en la norma secundaria. Sin embargo, el referido apartado condiciona la exención de pena, entre otros presupuestos, a que el hecho se cometa (i) en la situación de explotación sufrida por la víctima, y (ii) siempre que su participación haya sido *consecuencia directa* de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida. Ello traslada el juicio sobre la exención de responsabilidad a la norma primaria, ajena a las excusas absolutorias.

El silencio respecto a la *utilidad* o la *conveniencia* de la referida exención de pena obstaculiza construir un posicionamiento propio frente a ello. Ahora bien, ello no impide posicionarnos sobre la adecuación de la remisión a dichos términos para fundamentar una excusa absolutoria –o todos los elementos integrados en una categoría–. Estos términos, no obstante, presentan manifiesta imprecisión y excesiva elasticidad, cabiendo su uso, incluso, en todas las categorías precedentes y propias de la teoría del delito –que fundamentan la punibilidad *abstracta*–. Así, el uso de dichos términos enfrenta el riesgo de extender aún más la cabida del «cajón de sastre» –término frecuentemente utilizado para referirse a la punibilidad y criticar su heterogeneidad– e introducir erróneamente –o de forma arbitraria– elementos que pertenecen a otras categorías¹⁹.

Dicho «cajón de sastre» resulta «ilimitado, impreciso y difuso para todo aquello que no se sabe muy bien cómo explicar o dónde situar»²⁰. Ello, inevitablemente, fuerza la remisión a fundamentos genéricos y abstractos capaces de absorberlo todo, pero sin capacidad para filtrar elementos delimitables de aquellos propios de las categorías precedentes. De este modo, carecería de utilidad la remisión a dichos fundamentos para adoptar un posicionamiento sobre la naturaleza jurídica de esta causa de exención de responsabilidad penal.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, D.M.: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 1993, pp. 25 y 26.

¹⁹ En este sentido, GARCÍA PÉREZ, O.: *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Navarra: Aranzadi, 1997, pp. 95 y 96, señala: «Este recurso generalizado a unos criterios muy abstractos para construir toda la teoría del delito puede entrañar el riesgo de que los elementos del delito pierdan su identidad y se produzca la confusión de los mismos si antes no se lleva a cabo una profundización y concreción de los contenidos de aquellos».

²⁰ LUZÓN PEÑA, en: «El comportamiento postdelictivo» de J. de Vicente Remesal, León, 1985, p. 25.

b) CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

La exigencia de la *adecuada proporcionalidad*, que se incluye como requisito en la causa de exención del art. 177 bis.11 CPE, evoca la ponderación de bienes propia del estado de necesidad justificante²¹. Ahora bien, dicho apartado establece al inicio: «*Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código [...]*»; matiz que puede interpretarse como motivo de exclusión de la posibilidad de calificar dicha causa de exención como una de las que se encuentran en el elenco general del art. 20 CPE.

No obstante, relacionar la referida causa de exención de pena con el estado de necesidad es erróneo. La situación de necesidad hace referencia a una situación de conflicto en la que, a fin de salvaguardar los bienes de una persona, el agente pone en peligro los bienes de otro de modo penalmente relevante²²; es decir, *para* salvar un bien propio o ajeno. En cambio, el ap. 11 del art. 177 bis CPE se basa en la comisión de un hecho penalmente típico como consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a la que ha sido sometida la víctima; es decir, *por* la situación a la que se encuentra sometida, pero no necesariamente *para* salvarse a sí misma o bienes propios o ajenos. De este modo, el legislador no legitima la acción de la víctima, que continúa siendo antijurídica –ilegítima–. Ello, *per se*, excluiría la posibilidad de entender que nos encontramos ante una causa de justificación –incluyendo la legítima defensa–.

c) CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD PENAL

La causa de exención de la responsabilidad penal aquí analizada podría ser considerada como un supuesto de inexigibilidad (penal) individual de otra conducta, que se halla legalmente reconocida de manera especial para el delito de trata, atendiendo a la compleja situación de presión, explotación y sometimiento a la que se enfrenta la víctima²³.

En los supuestos de inexigibilidad penal el objeto de valoración será el grado normativo de dificultad de motivación frente a la norma, en atención a la

²¹ Véase la referencia a ello, por ejemplo, en CUERDA ARNAU: *El principio de no punición [...]*, p. 31; DÍAZ MORGADO, C.: *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del Derecho Internacional y Comunitario* [Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona], 2014, p. 398; SANTANA VEGA (2011), «El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)», *Cuadernos de Política Criminal*, 104, p. 106.

²² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Civitas, 2025, p. 1466.

²³ Siguiendo a LUZÓN PEÑA: *Lecciones [...]*, pp. 544 y 545.

presión externa –violencia, intimidación, engaño o abuso– y si, conforme al mismo, la exigibilidad normativa es razonable. El requisito de proporcionalidad, en este caso, no es ajeno al anterior juicio, al confrontar la anormalidad motivacional y el mal causado, desde la perspectiva del hombre medio, ajustado al contexto socioeconómico y sociocultural. No obstante, a fin de garantizar la seguridad jurídica, como se ha expuesto anteriormente, resulta necesario fijar criterios que permitan una adecuada valoración legal y probatoria de la inexigibilidad, a fin de guardar distancia de respuestas automáticas.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* EN LA EXENCIÓN DEL ART. 177 BIS.11 CPE

La causa de exención del art. 177 bis.11 del CPE exime «de pena» a la víctima de trata cuando concurren los requisitos allí integrados, pero nada se prevé respecto a la responsabilidad civil. De este modo, el intérprete –y el aplicador– del Derecho se encuentra ante dos opciones: (i) entender que, dado que nada se dice sobre el particular, la víctima también queda exenta de responsabilidad civil; (ii) considerar que la víctima es civilmente responsable.

Sin embargo, esta postura no parece coherente con el mantenimiento por parte de la jurisprudencia del TS de que la exención recogida en el 177 bis.11 es una excusa absolutoria²⁴, visto el precedente de referencia que supone el art. 268 del CPE, en el cual se declara que aquellos a los que se les aplica la excusa absolutoria que contiene «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil...». Si bien, se podría considerar que, al ser las excusas absolutorias exenciones de penas establecidas por motivos político-criminales, cuando el legislador ha querido establecerlas, así lo ha hecho, atendiendo a las singularidades de cada caso. Por lo tanto, al no prever responsabilidad civil alguna en el apartado 11 del art. 177 bis, esto sería la mejor prueba de que no quiere que se sancione civilmente a las víctimas de trata que delinquen y que resulten exentas de responsabilidad penal.

Sin embargo, ante tal silencio por parte del legislador, cabría también la posibilidad de acudir al régimen general del Libro I del CP, pudiendo tomar como base la cláusula «sin perjuicio». A estos efectos, el art. 109 CP establece que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar,

²⁴ Las STS 59/2023, de 6 de febrero y la 960/2023, de 21 de diciembre, tras aplicar el ap. 11 del art. 177 bis CPE, no hacen pronunciamientos algunos sobre la responsabilidad civil. Es más, la sentencia de la AP de Barcelona, de la que trae causa la segunda STS citada, a pesar de decretar el decomiso de la droga intervenida, acuerda «la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada».

en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». Al exigirse «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito», esto no se requiere la punibilidad del hecho, ni siquiera la culpabilidad, o la imputación subjetiva jurídico-penal, sino únicamente la concurrencia del tipo objetivo del delito correspondiente, así como, en su caso, la ausencia de justificación objetiva de la acción procedería la aplicación del art. 118 del CP, en función de la naturaleza que se le asignara a la causa de exención de responsabilidad penal recogida en el art. 177 bis.11.

III. CONCLUSIONES

La condición de tipo mutilado de dos actos o de resultado cortado del art. 177 bis, así como la literalidad de su apdo. 11 determinan que la exención de responsabilidad penal que este recoge sea aplicable solo en las situaciones de explotación a las que diera lugar el delito de trata, «sin perjuicio» de que se puedan aplicar también las contenidas en el art. 20 CPE en este ámbito o en relación con las conductas de la trata previstas en el art. 177 bis.1.

La controvertida naturaleza de esta exención condiciona el entendimiento de sus requisitos, lo que será especialmente polémico en la explotación para cometer actos delictivos. Por ello, de *lege ferenda*, sería conveniente ahondar en su precisión descriptiva para esclarecer qué clase de exención se recoge en el art. 177 bis.11, teniendo presente la diversa idiosincrasia de las conductas de explotación en las que se plasmarán las diferentes finalidades de la trata. También, de *lege ferenda*, sería deseable que el citado precepto se pronunciara sobre la procedencia o no de la responsabilidad civil *ex delicto*.

93. EXPLOTACIÓN LABORAL Y DERECHO PENAL DEL TRABAJO: REQUERIMIENTOS EUROPEOS DE REFORMA

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO
Catedrático Emérito, Derecho Penal
Universidad de Cádiz

El catálogo, tan sugerente en contenidos como plural en temática, de publicaciones de José Luis de la Cuesta está atravesado por un hilo conductor; seguramente heredado de Antonio Beristain, que determina la perspectiva desde la que aborda y los horizontes a que apunta su obra escrita: la imprescindible vinculación con el principio de humanidad. Los penalistas académicos, sus colegas y amigos, debemos estarle agradecidos por ello.

I. STATU QUO

El Título XV del Libro II del CP concentra el núcleo de la tutela penal del trabajo decente: el prestado en condiciones de vigencia material de los derechos del trabajador. Y no como sujeto connotado por el rol que ocupa en la relación laboral, sino como titular de derechos de ciudadanía, cuya protección institucional se singulariza por las necesidades de adecuación a las características del ámbito funcional en que se ejercen y de los ataques que sufren: la empresa¹.

¹ BAYLOS GRAU, A.: «Ordenamiento laboral y excepcionalidad jurídica. La excepción y la regla en el Derecho del Trabajo», en *Derecho Laboral: Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, n.º 282, 2021 pp. 308-310.

La implicación pública en la garantía de esos derechos requiere, tal como constata el TEDH, «*superar el recelo contra el uso del derecho penal para hacer cumplir las normas laborales*»². Lo que resulta más apremiante en contextos de desprotección estructural, como son los modelos neoliberales, facción siglo XXI, contruidos sobre la usurpación de la gobernanza pública por la economía financierizada, y sobre el brutalismo y el imperialismo como sistemas de gestión de conflictos internos o externos³.

El compromiso constitucional con la tutela de los derechos laborales, precarizados por una situación contractual asimétrica que coloca a los trabajadores en condiciones de inferioridad respecto a los empleadores (STS, 2.^a, 28.09.2017, FD 5.^o), se tradujo, con más o menos fidelidad, en la incorporación al CP de 1995 del Título XV. Desde entonces, el modelo originario ha evolucionado hacia un punitivismo ineficiente, fruto de sucesivas reformas ayunas de referencias criminológicas y político-criminales solventes, abocadas a concluir en un plexo normativo trufado de carencias y contradicciones⁴.

Los delitos de explotación laboral son objeto, fundamentalmente, del art. 311, que, en el tipo básico de su apartado 1.^o, castiga la imposición de condiciones de trabajo ilegales mediante engaño o abuso de situación de necesidad. La tendencia jurisdiccional a recortar el alcance del precepto limitando la tipicidad a los casos de necesidad individualizada de alta intensidad –con exclusión, p. ej. de la que sufre el trabajador que acepta la ilegalidad «porque tiene que comer»– se apoya, según la doctrina que la avala, en la licencia hermenéutica, cuando menos azarosa, de «*hacer el pino*», como única forma de «darle algún sentido» al precepto⁵.

Frente a la contratación ilegal, el art. 311.3.^o castiga la utilización de trabajadores sin formalizar su situación ante la SS o sin autorización para trabajar. Se trata de conductas de lesividad menor, tipificadas con arreglo a una artificiosa aritmética que aboca a la impunidad de lo más grave y al simultáneo

² DORSEMENT, F.: «Enforcing the prohibition against human trafficking: the teaching of the European Court on Human Rights», en Luchtman, M. (edit.), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization. Liber amicorum prof. dr. J. A. E. Vervaele*, The Hague: Eleven International Publishing, 2023, p. 594.

³ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Menores migrantes sin acompañamiento tutelar: marco y raíces de una vulnerabilidad estructural. Proemio a caminos y fronteras», en González Agudelo, G. (dir.), *Caminos y fronteras. Infancias migrantes no acompañadas: claves sociales y jurídico-criminológicas*, Las Rozas: Aranzadi, 2025, pp. 23-24.

⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «De lo insólito a lo errático: protección de los derechos laborales por medio del Derecho Penal», en De Vicente Martínez, R., y otros (edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. II*, Madrid: BOE, 2021, pp. 1753-1755 y 1757-1770.

⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «El delito y el no delito de explotación laboral», en *Almacén de Derecho*, 14.12.2025. <https://almacenderecho.org/el-delito-y-el-no-delito-de-explotacion-laboral>

castigo de lo irrelevante. El delito del art. 311 bis a), empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, incide sobre irregularidades ya sancionadas –y más gravemente que por el CP– por la LISOS o la LEX, que no comportan más consecuencias lesivas que las directamente derivadas de la irregularidad administrativa⁶.

II. REQUERIMIENTOS EUROPEOS DE REFORMA

1. Marco normativo

La UE ha producido, a lo largo del año 2024, importantes documentos que apelan a implementar reformas penales contra la explotación laboral: *Directiva (UE) 2024/1712, de 13.06.2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos* [Directiva 2024/1712]; *Directiva (UE) 2024/1760, de 13.06.2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad* [Directiva 2024/1760]; *Directiva (UE) 2024/2831, de 23.10.2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas* [Directiva 2024/2831]; *Reglamento (UE) 2024/3015, de 27.11.2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso* [Reglamento TF 2024].

La *Directiva (UE) 2025/794* –«Directiva *Stop the Clock*»– alarga los plazos empresariales para cumplimentar la información sobre sostenibilidad y diligencia debida. Para simplificar esa información, el Parlamento ha aprobado (16.12.2025) un texto –«Directiva de simplificación»–, cuya validación por el Consejo debería producirse a principios de 2026.

a) SOSTENIBILIDAD Y DILIGENCIA DEBIDA

La *Directiva 2024/1760*, consciente de las zonas secantes que lo medioambiental comparte con lo laboral⁷, se plantea incentivar el compromiso de instituciones públicas y agentes privados con la tutela conjunta del medio ambiente y de los derechos laborales y sociales, en la medida en que

⁶ TERRADILLOS, «De lo insólito...», cit., pp. 1750-1753.

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Prevención de riesgos laborales medioambientales: responsabilidades penales», en *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n.º 270, 2018, pp. 224-228.

uno y otros puedan resultar afectados por la actividad mercantil supranacional (Considerando 2), y para ello fija las correspondientes obligaciones empresariales y las responsabilidades derivadas de los eventuales incumplimientos (art. 1).

Tan importante como el objetivo es la herramienta para su logro: la diligencia debida, o conjunto de acciones, que implican tanto a la dirección corporativa como a la representación de los trabajadores y que van dirigidas a la detección, prevención, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente, especialmente si están relacionados con la corrupción (Considerandos 16 y 36).

La doctrina laboralista ha saludado el mandato de diligencia debida como innovación revolucionaria en la tutela de los derechos laborales⁸. En el Derecho Penal del trabajo su incidencia es, sobre todo, indirecta, pero relevante: en la medida en que la *Directiva 2024/1760* define o modula el contenido de derechos y deberes vinculados a la prestación laboral reconfigura el ámbito de protección de los tipos penales. Amén de imponer un código de conducta exigible en la empresa, sus filiales y socios comerciales directos o indirectos y aplicable «a todas las funciones y operaciones empresariales pertinentes, en particular las decisiones de contratación, empleo y compra» (art. 7 y considerando 39). Este código, junto a las demás acciones de diligencia debida, debería integrarse en los programas de cumplimiento previstos en el art. 31 bis 2 CP, lo que, sin embargo, no tendrá trascendencia práctica significativa mientras el legislador siga manteniendo la inexigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

La infracción de obligaciones de diligencia debida tiene consecuencias jurídicas de orden, inicialmente, civil o mercantil (arts. 10-12). En el plano administrativo, los Estados establecerán sanciones –efectivas, proporcionadas y disuasorias– aplicables «a cualquier infracción de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas al amparo de la presente Directiva». Y, en previsión de los eventuales conflictos de intereses surgidos entre la tutela de la sostenibilidad ambiental y la de los derechos laborales⁹, se enfatiza la necesidad de

⁸ SANGUINETI RAYMOND, W.: «La diligencia debida como instrumento de tutela transnacional de los derechos laborales: América Latina en el espejo de Europa», en *Revista de Derecho Social*, n.º 111, 2025, pp. 91-93.

⁹ FERRARO, E.: «Empresa, sostenibilidad medioambiental e inteligencia artificial: consideraciones a la luz de la nueva *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 154, 2025, pp. 11.12. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00405>.

adecuar las medidas tomadas y las sanciones impuestas a las características de las empresas (art. 27), para no causarles un impacto económico negativo¹⁰.

La competencia sancionadora se atribuye, en principio, a las autoridades nacionales de control (arts. 24-25), independientes de las empresas y libres de conflictos de intereses (Considerando 75). Estas autoridades podrán ejercer sus competencias directamente, en colaboración con otras, o mediante solicitud a las autoridades judiciales (art. 25.6).

La Directiva declara no obstaculizar la convivencia del sistema sancionatorio que instaure con el nivel superior de protección –incluida la de naturaleza penal– que pudiera estar establecido en los Estados (art. 1.2 y 3).

b) DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO Y PLATAFORMAS DIGITALES

La *Directiva 2024/2831* tiene como objetivo la mejora de las condiciones laborales y la vigencia de los derechos mínimos de quienes trabajan en plataformas en el marco de la UE (art. 1). A tal fin, establece la presunción –«*legal, eficaz y refutable*»– de laboralidad de la relación contractual entre una plataforma digital y el personal a su servicio, siempre que «*se constaten hechos que indiquen dirección y control, conforme al Derecho nacional, los convenios colectivos y la doctrina del TJUE*». Coherentemente, la refutación de la presunción corresponde, en su caso, a la plataforma (art. 5.1 y 2).

En apoyo a la aplicabilidad de la presunción, los Estados promoverán que las autoridades, «de forma proactiva, se centren en las plataformas digitales de trabajo que incumplan la normativa de aplicación para la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas e identifiquen y persigan dichas plataformas» (art. 6 b). No es aventurado establecer una relación directa entre esta obligación de origen europeo y la incorporación al CP del apartado 2.º del art. 311.

A la vista de que los algoritmos empleados en los sistemas de IA automatizan la gestión y efectúan análisis predictivos que anticipan las decisiones empresariales, la Directiva prohíbe a las plataformas el procesamiento de datos sensibles de sus trabajadores, a los que informarán acerca de la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o toma de decisiones. Igualmente, proporcionarán al personal información «oral o por escrito... transparente e

¹⁰ MÁRQUEZ CARRASCO, C.: «Implicaciones de la Directiva (UE) 2024/1760 sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad. Más allá de Europa», en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 100, 2025, pp. 131-132.

inteligible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo» en relación con cualquier decisión «adoptada o respaldada por un sistema automatizado», y auditarán, junto a la representación sindical, la repercusión de estos sistemas en los trabajadores (arts. 7 a 11).

La trascendencia jurídico-penal de las decisiones sobre organización del trabajo se hace particularmente visible en materia de seguridad y salud, en la medida en que son los sistemas automatizados los que evalúan los posibles riesgos «psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales» y específicamente los originados por «la violencia y el acoso» (art. 12). Resulta obvio que las obligaciones impuestas por la Directiva reconfiguran las remisiones normativas de los artículos 311, 316, 317 CP. También del art. 315, en la medida en que se trata de obligaciones en garantía del derecho a la representación colectiva de los trabajadores, *conditio sine qua non* de vigencia de otros derechos puestos en peligro por la automatización de los sistemas y por la opacidad de los datos y criterios que manejan. De ahí la importancia de «promover el papel de los interlocutores sociales y [de] fomentar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva» (art. 25) en refuerzo de los derechos digitales¹¹.

El art. 19 garantiza a la representación de los trabajadores la participación en cualquier procedimiento, judicial o administrativo, destinado al aseguramiento de derechos y obligaciones establecidas en la Directiva. Y los artículos 22 y 23 protegen a quienes sufrieren alguna represalia empresarial –señaladamente, el despido– como represalia empresarial a las reclamaciones realizadas. La delimitación judicial del alcance de los artículos 314 o 315 CP no puede dar la espalda, en este punto, al Derecho comunitario.

Sin perjuicio de la vigencia de las normas estatales o comunitarias que puedan elevar el nivel de protección, las infracciones empresariales a las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la Directiva, podrán ser objeto de sanciones «efectivas, disuasorias y proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción», cuyo establecimiento compete a cada Estado (art. 24).

Años antes de la aprobación de la *Directiva 2024/2831*, había entrado en vigor en España la *Ley 12/2021, de 28 de septiembre*, con el objetivo de garantizar los derechos laborales en el ámbito de plataformas digitales de reparto o distribución. Conocida como «Ley Rider», modificó el ET, introduciendo –en su Disposición adicional vigesimotercera– la presunción *iuris tantum* de laboralidad de las relaciones entre trabajadores y plataformas, e incluyendo –en la nueva letra d) del art. 64.4 ET– el derecho de los representantes de los trabaja-

¹¹ BAYLOS GRAU, A.: *Escenarios de la regulación del trabajo en la era digital*, 2025. <https://baylos.blogspot.com/2025/10/escenarios-de-la-regulacion-del-trabajo.html>.

dores a ser informados por la empresa acerca de «los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

La negativa contumaz –que ha llegado a ser calificada como «chulería empresarial»¹²– de alguna plataforma a recalificar a los trabajadores como tales, sin que las sanciones económicas hubieran podido reducir la rebeldía a la norma, llevó a la *LO 14/2022* a introducir, en aplicación del principio de subsidiariedad penal, el art. 311.2.º CP¹³.

2. Políticas penales

a) FORMAS EXTREMAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL

El *Reglamento TF 2024* (Considerando 3) recuerda que la CDFUE, art. 5, prohíbe expresamente la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos, y que el TEDH ha insistido en la obligación de los Estados miembros de «sancionar y perseguir eficazmente cualquier acto que mantenga a una persona en [esas] situaciones». Se trata de una reiteración más de lo mantenido secularmente por el Derecho internacional: la criminalización, en estos casos, no es opción sino obligación¹⁴.

El absentismo punitivo del ordenamiento español –que sigue esquivando esta obligación– ha empujado a los tribunales a aplicar a estas graves conductas el art. 311 CP. Pero tener que echar mano del viejo «delito social», incorporado al art. 499 bis del CP franquista por la Ley 44/1971, refleja una inadmisibile preterición de los valores constitucionales por parte del legislador, y aboca a aplicar disfuncionalmente el precepto a una realidad muy diferente de la que pretendió afrontar.

Suplir esa laguna fue el objetivo del *Anteproyecto de Ley Integral contra la trata y la explotación de seres humanos*, aprobado por Consejo de Ministros de 29.11.2022, pero inmediatamente decaído por la convocatoria de elecciones

¹² LASCURAÍN, «El delito...», cit.

¹³ RDS-Revista de Derecho Social: «Editorial. La OIT regulará por Convenio Internacional el trabajo al servicio de plataformas digitales», en *Revista de Derecho Social*, n.º 110, 2025, pp. 7-8.

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: «Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave?», en *Revista Sistema Penal Crítico*, vol. 5, 2024, p. 5. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2697-0007/article/view/31954/29962>.

generales. En 2024, el Consejo de Ministros recuperó el anteproyecto homónimo [ALTEX]¹⁵, que, presumiblemente, será aprobado en 2026.

El ALTEX «aborda conjuntamente la lucha contra todas las formas de trata de seres humanos... y contra todas las formas explotación que constituyen la finalidad de la trata» (EM, I), y, para ello, propone cambios sustanciales en el CP, concretados, especialmente, en la reforma del art. 177 bis y en la introducción, en el nuevo art. 177 ter, de los delitos de trabajo forzoso, servidumbre y esclavitud, valorados como formas de explotación laboral extremas o severas, que sobrepasan la «simple explotación laboral»¹⁶, cuyo presupuesto es el trabajo voluntario, aunque viciado por la imposición de condiciones ilegales. El 177 ter. 4 incorpora, en catálogo cerrado que incurre en ciertas incoherencias, agravantes específicas vinculadas a la vulnerabilidad de las víctimas. Y el art. 177 quater, castiga la utilización, incluso imprudente, de los servicios, prestaciones o actividades de las víctimas de los delitos descritos en el 177 ter.¹⁷

La criminalización del trabajo forzoso en el ALTEX es coherente con los objetivos del posterior *Reglamento TF 2024* (arts. 1 y 3): impedir a los operadores económicos introducir, comercializar o exportar en o desde el mercado de la Unión productos de cualquier tipo, sector u origen, realizados, en cualquier fase de su producción u obtención, con trabajo forzoso. Para lograrlo, las autoridades competentes evaluarán las actividades que pudieran infringir el art. 3, y adoptarán una decisión que prohíba el comercio de los productos afectados, o que exija a los operadores económicos su retirada o eliminación (art. 20.4). El incumplimiento de una decisión de este tipo por parte de los operadores, será sancionado de acuerdo con el régimen establecido por los Estados, que además adoptarán las medidas necesarias para la ejecución de las sanciones impuestas (art. 37.1). Se trata de sanciones administrativas «efectivas, proporcionadas y disuasorias», que han de ajustarse a lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido y evitar a los operadores «una carga excesiva» (Considerandos 66 y 26). Nada obsta, pues, a que el Derecho interno pueda establecer o mantener castigos penales, aunque para imponerlos a lo largo de toda la cadena de valor habría que introducir en el CP y/o en la LOPJ (art. 23) reformas que permitiesen la plena aplicación extraterritorial de la ley, tal como

¹⁵ TERRADILLOS, «Trabajo forzoso...», cit., p. 6, n. 10.

¹⁶ PÉREZ ALONSO, E. J.: «Trata y formas contemporáneas de esclavitud: propuestas legislativas de reforma», en De la Cuesta, P. M./San Millán, B. (coord.), *Derecho Penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 93.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «¿Criminalización del sometimiento a trabajos forzados, servidumbre y/o esclavitud? Una deuda centenaria», en Gómez Tomillo, M., y otros (coord.), *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2024, pp. 987-988.

requiere el llamado a la cooperación internacional que formula el Reglamento (Considerando 37).

En la definición del trabajo forzoso, es inequívoca la indicación al legislador estatal que hace el *Reglamento TF 2024*: se entenderá por tal «el trabajo forzoso u obligatorio tal como se define en el artículo 2 del Convenio n.º 29 de la OIT» (art. 2.1), esto es, «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente».

Esa debe ser la base del delito de trabajo forzoso. Pero el ALTEX limita la tipicidad penal a lo que considera explotación severa y deja de lado, aunque no puede hacerlo, la definición de la OIT: castiga, como autor del delito, solo a quien «ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligue a realizar cualquier trabajo o servicio» (art. 177 ter.1). Lo que añade a la definición de la OIT –que se conforma con ausencia de voluntariedad, por parte de la víctima, y amenaza de un mal, por parte del victimario– nuevos elementos típicos: medios tasados y ejercicio de un poder de control que se yuxtapone, aun conservando su autonomía, al uso de esos medios. Lo que, es obvio, no criminaliza aquello que el Derecho internacional exige criminalizar¹⁸.

La definición de sometimiento a servidumbre no está vinculada por precedentes normativos claros¹⁹, y el ALTEX, con más libertad de movimientos que en el delito de trabajo forzoso, propone castigar como autor a quien, empleando los medios descritos en el apartado anterior «determinare a una persona a habitar en un lugar, o restringiera su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien la obliga a realizar trabajos o servicios» (art. 177 ter.2). Al requerir la concurrencia de los medios y modos propios del trabajo forzoso definido en el art. 177 ter.1, el nuevo delito adolece de las mismas, e inmotivadas, limitaciones del ámbito de tipicidad.

La esclavitud es para el CP «la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque» (art. 607 bis.2. 10.º). La fórmula no dista mucho de la empleada por la Convención sobre la Escla-

¹⁸ TERRADILLOS, «¿Criminalización...», cit., p. 986.

¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 437-438.

vitudo (art. 1.1), hecha suya por el ECPI (art. 7.2.c): «Ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos».

El ALTEX (art. 177 ter.3) castiga a quien «sometiere o mantuviere a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal», pero, de nuevo, añade a la conducta nuclear, como elementos del tipo, los medios y modos del 177 ter.1. Lo que deja en la atipicidad conductas que el Derecho internacional considera delictivas, y, además, coloca al aplicador de la ley en la disyuntiva, no fácilmente solventable, de manejar en el futuro un Código que cobijará dos definiciones de esclavitud: la restrictiva propuesta por el ALTEX, y la vigente del art. 607 bis.2.10.º, inamovible en cuanto introducida en el CP por la *LO 15/2003* (EM, III.k) para «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la CPI».

b) TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL

El art. 3 del *Protocolo de Palermo* define la trata de seres humanos mediante la concurrencia de dos elementos esenciales: el objetivo, o movilización impuesta a la víctima, y el subjetivo, o finalidad de explotación. El Derecho internacional ha hecho suyo el concepto: p. ej. la reciente *Directiva 2024/1712*, que modifica la *Directiva 2011/36/UE*, mantiene intocada la definición de su art. 2.1.

El CP reproduce la fórmula y castiga en su art. 177 bis 1.a) la trata de personas con fines de explotación laboral, esto es, con fines de «imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad». Al respecto, un reciente estudio –2025– de la Comisión Europea advierte de la improcedencia de limitar los objetivos de la trata a supuestos de coacción extrema: «también se debe prestar atención a formas más sutiles de control, manipulación, aislamiento, malas condiciones de trabajo y de alojamiento y jornadas laborales excesivas, que, en su conjunto, pueden constituir trabajo forzoso u otras formas de explotación»²⁰. Es una observación que coincide con la línea seguida por el CP, en el que parece coherente entender que las manifestaciones de «simple» explotación laboral (de los arts. 311.1.º, 2.º, 5.º y 312.2 CP) han de entenderse, al menos en sus modalidades más graves –en otro caso faltaría la similitud–, como «prácti-

²⁰ European Commission: *Study on the concept of trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation on the basis of illustrative national legislation and jurisprudence*, p. 45. https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/f5e23cc0-4c14-47b2-9647-904d0ba3d744_en

cas similares» a las formas de explotación mencionadas ad exemplum en el vigente 177 bis 1.a).

El ALTEX, por el contrario, opta por ampliar los espacios de impunidad, al restringir los casos de finalidad típica: castiga la captación, traslado o entrega de seres humanos, pero solo si dirigidas a «la imposición de esclavitud, de servidumbre, o de trabajos o servicios forzados». Si concurre la finalidad de explotación laboral no severa o simple, no se alcanza el nivel de desvalor exigible a lo delictivo. Por tanto, no cabe, en estos casos, calificar como trata de seres humano: hacerlo chocaría, en el argumentario del ALTEX, con lo exigido por el Derecho internacional y por el principio de intervención mínima²¹.

La cierto es, sin embargo, que los textos internacionales –p. ej. la *Directiva 2011/36/UE*, art. 2.1 y 3, en su redacción actual– o aluden genéricamente a la explotación laboral, en todas sus formas, o exigen la criminalización del sometimiento a trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas similares «como mínimo», lo que habilita criminalizar otras conductas disvaliosas comparables. Y tampoco resulta convincente la apelación al principio de intervención mínima. En lo objetivo, la alta dañosidad de las conductas coactivas, fraudulentas o abusivas constitutivas de trata es la misma cualquiera que sea su orientación teleológica. Y en lo subjetivo, no es menos grave la trata dirigida a una explotación laboral valorada como simple pero concretada en la ejecución de graves delitos, incluso violentos o intimidantes (p. ej., los del art. 311.5.º), que afectan a derechos de los trabajadores, particularmente valorados por el CP, que la dirigida a otros objetivos típicos²². De hecho, la explotación laboral del art. 311.5.º –que no necesita concurrencia de tráfico de personas– está castigada con prisión de hasta nueve años, mientras traficar con menores empleando violencia o intimidación, para obligarlos a mendigar, tiene una prisión máxima de cuatro años (art. 232).

La opción del ALTEX, si llegase a ser ley, no solo determinaría la atipicidad, a efectos del art. 177 bis. 1, a), de la trata con fines de explotación laboral simple pero similar, en su gravedad, a la severa: también la práctica impunidad de la dirigida a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud, ya que el dolo del mercader de personas abarca, por lo común, la aceptación genérica de que alguien terminará explotando a las víctimas, pero no que lo haga en la forma precisa, incluso puntillosa, que requiere el proyectado art. 177 ter²³.

²¹ POMARES CINTAS, E.: «¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del Plan de Acción Nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 42, 2022, pp. 22, 10-11.

²² TERRADILLOS, «Trabajo forzoso...», cit., pp. 10-12.

²³ TERRADILLOS, «¿Criminalización...», cit., p. 986.

c) CONTRATACIÓN FRAUDULENTE EXTRA-LABORAL DE TRABAJADORES

El art. 311.2.º CP castiga a «los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

El Preámbulo. V, de la *LO 14/2022* explica la naturaleza del delito que introduce: «un tipo especial, que acota el ámbito de la autoría..., de resultado lesivo, eludiendo así el expansionismo punitivo, y de medios tasados, que acota el *modus operandi* a la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse a la legalidad». Y explica, igualmente, los objetivos pretendidos: «cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo... en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras».

Son argumentos que no han convencido al sector doctrinal que no ve ni «sentido» ni «proporcionalidad» en el nuevo delito de «*camuflaje laboral*»²⁴, fruto de «*un legislador irracional y populista*». Los argumentos críticos esgrimidos son dos. El primero: las condiciones «ilegales no son perjudiciales», y si lo fueren, «para eso tenemos ya nuestro delito de explotación laboral del 311.1.º CP». El segundo: no está clara la distinción entre lo que es ley laboral y lo que no lo es, tal como constata la Sala de lo Social del TS (STS, Pleno, 805/2020, de 25 de septiembre, FD 9.3)²⁵.

Ambos argumentos son cuestionables. Imponer al trabajador la renuncia al contrato laboral para suplantarle por otro mercantil no es solo ilegal: le perjudica gravemente, en la medida en que le veta el ejercicio de derechos de rango constitucional (CE, arts. 7, 28, 37, 40, 41, etc.), que, además, son irrenunciables. Y el desvalor de esta conducta de imposición de lo perjudicial no queda abarcado por el art. 311.1 CP, que castiga la imposición de condiciones de trabajo ilegales, no privación *in totum* de la condición de trabajador. En cuanto a la diferenciación entre el marco normativo laboral y el que no lo es, la STS se hace eco, sí, de su dificultad, pero en sentencia anterior a la *Ley 12/2021*, (supra, II.1.b) que al incorporar al ET la *Disposición adicional vigesimotercera*, dirime la cuestión.

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Debates sobre Derecho, empresa y sociedad», entrevista de VALVERDE-CANO, A.B. en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 25, 2025, p. 230.

²⁵ LASCURAÍN, «El delito...», cit.

Aunque es cierto que lo que las leyes digan no tiene el mismo valor para todos. La sentencia n.º 166/2025 del Juzgado de lo Mercantil, n.º 2 de los de Barcelona, de 10.07.2025, es consciente de la presunción de laboralidad en estos casos (FJ 4.º, b), pero, como la reforma del ET refleja, según el magistrado firmante, «el anhelo de un mundo completamente administrado», que él, «con sinceridad» no puede compartir porque actúa desde una «perspectiva básicamente económica y mercantil» (FJ, 6.º, e), decide que lo adecuado es aceptar «el resultado de las interacciones en el mercado porque, sin duda, se trata del mejor instrumento de asignación de recursos jamás inventado por la mente humana». En síntesis: «no hay nadie más indicado que los propios afectados... para decidir lo que mejor les conviene» (FJ 7.º, c). La indisponibilidad individual de los derechos colectivos vinculados a la existencia de un vínculo contractual que el ET califica como laboral resultaría poco más que el capricho de «algún iluminado y omnisciente burócrata que parece gozar de un privilegiado acceso a la Verdad» (FJ 7.º, c).

**94. JURISPRUDENCIA SOBRE TRATA DE SERES HUMANOS
Y AUSENCIA DE RESPETO AL PRINCIPIO DE NO PUNICIÓN:
REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO 960/2023, DE 21 DE DICIEMBRE**

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE
Catedrática de Derecho Penal
Universitat de Lleida

**I. DESCRIPCIÓN DEL CASO ENJUICIADO: CONTRADICCIÓN
CON JURISPRUDENCIA ANTECEDENTE**

Según la declaración de hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo (TS) 960/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:6008), Natividad llegó al aeropuerto de Barcelona en un vuelo procedente de Lima habiendo ingerido 25 preservativos que contenían 474,80 gramos de cocaína con riqueza base del 80,10% destinada al tráfico. La acusada había sido captada por una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. Natividad era madre de un bebé prematuro de cuatro meses, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aportaba la madre. Su situación paupérrima la llevó a publicar en redes sociales anuncios solicitando trabajo de forma urgente, siendo contactada por la organización, que le ofreció 4.000 € por el viaje. Le suministraron medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las bolas en el interior de su cuerpo; ingirió la droga en presencia de los

reclutadores, que la transportaron al aeropuerto y le indicaron que al aterrizar en Barcelona alguien estaría esperándola.

Dicho supuesto había conducido a dictar una sentencia absolutoria a la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, sección 3.^a (sentencia 183/2020, de 22 de junio de 2020), confirmada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021, en resolución del correspondiente recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Este recurrió después en casación, alegando como único motivo infracción de Ley por aplicación indebida del art. 177 bis. 11 CP¹. El recurso fue estimado por el TS en sentencia 960/2023, que admite la referida infracción, aunque con el voto particular del Magistrado Javier Hernández, quien considera que nos hallamos ante un supuesto de trata de seres humanos (TSH) para criminalidad forzada abusiva² –por abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima– que debería haber conducido a la desestimación del recurso. Dicta segunda sentencia ordenando la devolución de la causa al TSJC y a la AP para que se analicen el resto de las alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional, al considerar que no procedía aplicar en este caso la excusa absolutoria del art. 177 bis.11 CP.

El fundamento jurídico cuarto de la resolución resume la posición que el TS sostiene sobre el principio de no punición y su plasmación en el art. 177 bis. 11 CP. Indica que el objetivo de la excusa absolutoria que permite eximir de responsabilidad penal a las víctimas de TSH por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida concurriendo determinadas condiciones consiste en sustraer a estas víctimas de la explotación que sufren, con el propósito de evitarles mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores (esto último, sic). Parece con ello adoptar una aproximación victimocéntrica a la TSH y

¹ * Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto HONGEN (PID2022-136879NB-I00).

Sobre estas resoluciones y el recurso, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo: un análisis del principio de no punición al hilo de recientes decisiones judiciales», *Jueces para la democracia*, n.º 104, 2022, pp. 99-112.

² Sobre la TSH para criminalidad forzada, la ausencia de identificación de sus víctimas y los efectos perjudiciales que eso tiene a su paso por el sistema de justicia penal español, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N.: «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012, pp. 411-494; VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N.: «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 711-829; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas», en Villacampa Estiarte, C. (dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la esclavitud?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 497-541.

asumir el contenido del principio, aunque tal asunción es más teórica que real, como se verá.

La resolución sostiene la concurrencia de infracción de ley al haberse absuelto a la acusada con base en lo dispuesto en el art. 177 bis. 11 CP, fundamentando el pronunciamiento en cinco argumentos muy parcamente desarrollados en el fundamento jurídico quinto de la resolución que pueden reconducirse a los tres siguientes:

– El primero se refiere a que la causa judicial que soporta estas actuaciones, aquella en la que se ha enjuiciado el caso al que se pretende aplicar la excusa absolutoria, no es por delito de TSH, sino por un delito contra la salud pública. Se sostiene que los hechos declarados probados no describen los elementos del delito de trata, sino una aportación aislada y esporádica de la acusada a la comisión de un delito contra la salud pública. El TS considera que la sujeción a la organización, no la aportación de un acto aislado, es la esencia a la TSH, requiriendo la aplicación de la excusa de sujeción con cierta permanencia. Atendiendo a que no se identifica en autos una organización delictiva que orquestase el proceso ni se objetiva permanencia en la explotación, el TS concluye no se detecta «propia captación con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal, sino (...) un acto ocasional, referido al expresado transporte de droga, mediante precio, aceptado por la acusada...» que no difiere de la dinámica de tanto otros supuestos de transporte de droga en el interior del cuerpo por parte de personas económicamente desfavorecidas vistos por la Sala. Para el TS, pues, «trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles; la trata siempre supone un acto dinámico».

– El segundo argumento alude a que, al no hallarnos frente a un caso de TSH, debería haberse recurrido a analizar la eventual concurrencia de las causas generales excluyentes de la responsabilidad criminal, apuntando que podría haberse valorado la concurrencia de eximentes genéricas, sobre todo el estado de necesidad, cuando no el miedo insuperable. Para el TS operar aplicando la excusa absolutoria específica del art. 177 bis 11. CP a un caso que no es de TSH supone recurrir a «una especie de recurso analógico exonerativo que ni se corresponde con la situación analizada por la sentencia recurrida, que lo es un acto esporádico, ni por el marco del delito enjuiciado, que lo es contra la salud pública, ni se apoya en mecanismo jurídico alguno que permita su expansión analógica». Tal proceder conduciría a que «sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación del art. 177 bis. 11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando, sin razón aparente, otros instrumentos legales».

– Finalmente, no se sustrae el TS a recoger en la fundamentación jurídica el argumento práctico que pone en boca del Ministerio Fiscal, pero que parece orientar el entero pronunciamiento comentado: el riesgo de expansión del recurso a este tipo de portadores de droga ante la impunidad de los narcotraficantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad criminal a las mulas, pues «bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje (...) o bien contratar a indigentes, para tener asegurada la impunidad».

Este pronunciamiento choca con el sentido de un anterior y no lejano pronunciamiento del TS que sí parecía demostrativo de su asunción de la vigencia del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de TSH a través de la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis 11. CP. La STS 59/2023 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375), casando la resolución condenatoria dictada por la correspondiente AP, absolvió de la condena como cómplice de los delitos de falsedad documental y estafa continuados a una mujer obligada por su reclutador, también condenado en la sentencia de instancia como autor, a cometer un delito continuado de estafa portando pasaporte falso facilitado por él en aplicación del art. 177 bis. 11 CP. Aquí el TS sí consideró probada la situación de trata vivida por la recurrente con base en una previa denuncia interpuesta por ella ante la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería, que había dado lugar a la apertura de Diligencias Previas por dicho delito, así como con base en una resolución de la correspondiente Delegación del Gobierno informándola de que podía solicitar el reconocimiento de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a lo que sumó la declaración testimonial de un agente de la policía y el informe realizado por la trabajadora social de una ONG que corroboraban tal situación. El TS consideró que aquí sí concurrían los requisitos aplicativos del art. 177 bis 11. CP.

II. LA POSITIVACIÓN IMPERFECTA DEL PRINCIPIO DE NO PUNICIÓN EL CP ESPAÑOL: LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ART. 177 BIS. 11

La excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis. 11 CP, más allá de constituir una causa eximente prevista *ad hoc* en el delito de TSH, categoría a la que parece pretender reducirla la resolución comentada, refleja la imperfecta traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no

penalización o ausencia de responsabilidad criminal de las víctimas de TSH. Constituye este un principio derivado de la aproximación victimocéntrica a la TSH en cuya virtud no debe hacerse responder a las víctimas por los delitos u otras conductas antinormativas que se han visto obligadas a cometer por los tratantes o en que puedan haber incurrido como consecuencia de dicho proceso de esclavización. Su principal objetivo es salvaguardar los derechos de las víctimas³, sin perjuicio de que un ulterior efecto que pueda comportar su observancia, al que presta particular atención el TS, consista en incentivar la denuncia del delito de trata⁴. Entendido en el sentido más amplio posible, el principio se identifica con el de ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata, comportando la prohibición de arrestar, imputar, detener, acusar, penalizar o sancionar de cualquier forma a estas víctimas por las conductas ilegales en las que han intervenido como consecuencia directa de la situación de trata vivida. Académicamente se han identificado tres sucesivos niveles de amplitud del principio según los efectos que se le atribuyen en la responsabilidad penal de aquellos a quienes beneficia: para el nivel más comprensivo, el de la *non-criminalisation*, la responsabilidad criminal de las víctimas ni siquiera surgiría; el de *non-prosecution* comporta la posibilidad de que no se presenten cargos contra las víctimas; el de *non-punishment* restringe su operatividad a que no se impongan sanciones a las víctimas. Su amplitud también oscila según se considere que abarca solo la realización de conductas delictivas o también comportamientos antinormativos de las víctimas, además de que sea aplicable solo para excluir la responsabilidad penal o bien la jurídica en su conjunto.

Dicho principio ha sido reconocido en normativa internacional en instrumentos *hard law* y *soft law* que nos vinculan, si bien con diversa amplitud. Mientras algunos de ellos se limitan a reconocerlo como una causa de no punición en sentido estricto, excluyendo únicamente la aplicabilidad de sanciones de naturaleza penal –art. 26 del Convenio de Varsovia–, otros lo reconocen además como causa de no procesamiento –arts. 8 Directiva 2011/36/UE y 4

³ Sobre este principio *vid.* OSCE: *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*, OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, *passim.*; PIOTROWICZ, R. W./SORRENTINO, L.: «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle», *Human Rights Law Review*, n.º 16 (4), 2016, pp. 669-699; SCHLOENHARDT, A./MARKEY-TOWLER, R.: «Non-criminalisation of Victims of Trafficking in Persons-Principles, Promises, and Perspectives», *Groningen Journal of International Law*, n.º 4 (1), 2016, pp. 10-36; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación», *Diario La Ley*, n.º 10101, 2022, pp. 1-12. Acerca de su ausencia de reconocimiento en España, VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, C.: «Trata de seres humanos para explotación criminal...», pp. 810 ss.

⁴ UNODC: *Model Legislative Provisions Against Trafficking in Persons*, United Nations, 2020.

Protocolo OIT 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930. Finalmente, los hay que lo conceptúan en sentido todavía más amplio, identificándolo con el principio de ausencia de responsabilidad antes aludido, como se hace con base en instrumentos normativos *soft law* de Naciones Unidas – *UNODC Model Law against Trafficking in Persons* de 2010 y también *UNODC Model Legislative provisions against Trafficking in Persons* de 2020⁵– y de la OSCE⁶.

Las diferencias en reconocimiento también se observan respecto del tipo de vinculación que debe mediar entre conducta realizada por la víctima y la situación de trata vivida. No está claro si el estándar adoptado internacionalmente es el *duress-based approach* o *compulsion model*, propios de la Directiva 2011/36/UE y del Protocolo 2014 OIT –que exige que las víctimas hayan sido forzadas, compelidas o coaccionadas a cometer conductas antinormativas o directamente delictivas– o el *causation-based approach* o *causation model*, adoptado en instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y por la OSCE –en que basta que las conductas se hayan realizado como consecuencia directa de la situación de trata vivida.

Hasta el año 2024, también existían divergencias en el reconocimiento internacional acerca de si la ausencia de responsabilidad se limitaba a la penal o también a aquella en que la víctima hubiese podido incurrir por la realización de cualquier conducta ilícita. La Directiva 2011/36/UE en su primigenia versión se refería solo a la responsabilidad por la realización de actividades delictivas, mientras el Convenio de Varsovia, el Protocolo 2014 OIT y los instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y de la OSCE consideraban que resulta aplicable a cualquier tipo de ilícito. Tras la modificación de la Directiva 2011/36/UE por la Directiva (UE) 2024/1712, esta segunda opción es también la seguida por la normativa UE.

Fruto del reconocimiento internacional, distintos países incluyen cláusulas específicas exoneradoras de la responsabilidad criminal para las víctimas de trata forzadas a cometer delitos o realizar conductas antinormativas que se suman a las causas eximentes de la responsabilidad criminal genéricas previstas en todos los ordenamientos jurídicos. En Europa, ya en 2019, al menos 20 de los 42 países del Consejo de Europa habían introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos una de estas circunstancias eximentes específicas, de manera más amplia y más basculante hacia el *causation-based approach* con-

⁵ United Nations Human Rights Council: *Implementation of the non punishment principle. Report of the special Rapporteur on Trafficking in persons, especially women and children, Siobhan Mullally*, United Nations, 2021, *passim*.

⁶ OSCE: *Policy and legislative recommendations...*, *passim*.

forme más contemporánea había sido la introducción de la cláusula específica. España introdujo el art. 177 bis 11 CP en 2010 asumiendo una positivación bastante restrictiva de este principio: lo limita a operar como causa de exoneración de responsabilidad criminal –no por conductas antinormativas– partiendo de una posición más próxima al *duress-based* que al *causation-based approach*, al requerir la concurrencia de medios –no solo coactivos– que impulsen a la comisión del delito, sin bastar que se trate de una consecuencia directa de la situación de trata vivida, además de no contemplar su operativa como causa de no procesamiento. Estas limitaciones, junto a las dudas interpretativas que generan los términos en que está redactada la eximente, son suficientes para que desde la academia se haya reclamado la necesidad de que en España se reconozca suficientemente este principio, al menos formalmente, formulándose concretas propuestas normativas para cumplir con dicha obligación internacional⁷.

Además, se considera que es obligación positiva de los Estados vinculados por la normativa internacional antedicha en virtud del principio de diligencia debida proveer los mecanismos jurídicos y de aproximación necesarios para garantizar que no se haga responder penalmente o de otra forma a las víctimas de TSH. De lo contrario, cabe que se considere que se ha vulnerado la normativa internacional que impone el respeto de dicho principio, pudiendo condenarse al Estado o Estados incumplidores de dichas obligaciones positivas, como ha hecho ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con Gran Bretaña en sentencia de 16 de febrero de 2021 en el caso V.C.L y A.N. contra el Reino Unido por infracción del art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

III. RAZONES POR LAS QUE LA STS 960/2023 NO RESPETA EL PRINCIPIO DE NO PUNICIÓN

1. En relación con la supuesta ausencia de concurrencia de una situación de trata

La sentencia analizada precisa, como primera premisa para negar la posibilidad aplicativa de la causa eximente del art. 177 bis. 11 CP, extraer los hechos probados de los dominios típicos del delito de TSH. De ahí que el primero de los argumentos que esgrime para estimar el recurso de casación sea

⁷ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El principio de no punición...», pp. 1-12.

justamente negar la mayor, indicando en su fundamento jurídico quinto que los hechos no se han enjuiciado como delito de TSH. Este constituye un impedimento aplicativo de la eximente que podría soslayarse fácilmente, apelando a la inexistencia de una regla que imponga una «suerte de prejudicialidad devolutiva penal que obligue a que la situación de explotación por trata se declare en una sentencia que ponga fin a un procedimiento por delito de trata de seres humanos», como acertadamente indica el voto particular. Por eso la resolución va más allá y niega la concurrencia misma de los elementos constitutivos del delito de trata: realiza una interpretación *contra legem* de los mismos en virtud de la cual, para que el delito de TSH concurra, se precisa, primero, que los hechos se cometan en el contexto de una organización delictiva y, segundo, que haya permanencia en la situación de explotación por quien padece un proceso de trata. Ninguna de ambas circunstancias es consustancial a la TSH, aun cuando ambas concurrían en el supuesto de hecho objeto de la STS 59/2023 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375) que el TS parece asumir como contexto prototípico en el que está dispuesto a aplicar la eximente.

Ni conforme al concepto internacional de trata establecido en el art. 3 del Protocolo de Palermo, adoptado después en términos muy semejantes por el art. 4 Convenio de Varsovia y art. 2 Directiva 2011/36/UE, ni de acuerdo con su traslación al Derecho interno español mediante el art. 177 bis.1 CP, se identifica la TSH como una tipicidad que pueda cometerse solo en el contexto de una organización delictiva ni que requiera la explotación de la persona traficada. En cuanto a lo primero porque, aunque el primer instrumento internacional que definió el concepto lo hizo como protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, siendo únicamente aplicable a los supuestos de delincuencia organizada, la asunción posterior de este concepto en instrumentos internacionales no aprobados para luchar contra este tipo de delincuencia despeja cualquier duda acerca de la autonomía entre los fenómenos de la trata y la delincuencia organizada. Además, el propio tipo básico del delito contemplado en el art. 177 bis 1. CP no exige la concurrencia de organización delictiva o grupo criminal, siendo precisamente la comisión del delito en dichas circunstancias la que permite aplicar el tipo agravado más cualificado de los incluidos en dicho precepto –el art. 177 bis. 6 CP– conforme al sistema escalonado de sucesivas agravaciones que prevé.

En relación con lo segundo –la supuesta exigencia típica de la explotación–, de acuerdo con el concepto internacional de la TSH, que incorpora el art. 177 bis.1 CP, la misma consiste en el proceso que conduce a la esclavización o a la explotación humana severa, pero no requiere que esta llegue a pro-

ducirse. Se conforma en nuestro ordenamiento jurídico como un delito mutilado de dos actos o de resultado cortado, según diversas interpretaciones, siendo en cualquier caso un tipo incongruente por exceso subjetivo, integrado por tres elementos. El primero es la acción –que va desde la captación hasta el acogimiento y la recepción, pasando por el transporte o el traslado y el intercambio o transferencia del control sobre la víctima–. El segundo consiste en la concurrencia de los medios propios de la trata coactiva –violencia o intimidación–, fraudulenta –engaño– o abusiva –abusar de situación de superioridad, vulnerabilidad o necesidad de la víctima o entrega de o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de la persona que posea control sobre la víctima–. El tercero consiste en la voluntad de explotar a la víctima, no en su explotación efectiva, en cualquiera de las finalidades que enumera el art. 177 bis.1 CP, constitutivas de explotación sexual, laboral, criminalidad forzada, extracción de órganos o matrimonios forzados.

No cabe duda de que Natividad fue víctima de un supuesto de trata abusiva para criminalidad forzada o para explotación criminal que vino determinado por que los tratantes abusaron de su situación de extrema vulnerabilidad. Como adecuadamente señala el voto particular, la situación descrita en los hechos probados encaja en la interpretación auténtica que de la situación de vulnerabilidad ofrece el art. 177 bis.1 CP, puesto que Natividad, atendidas sus circunstancias vitales y personales, no tenía más alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. La situación de evidente vulnerabilidad de esta joven se deduce con facilidad de la declaración de hechos probados, incluso sin necesidad de atender a aspectos fácticos no contemplados en tal declaración que, situados en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, permitirían aprehender el «hecho global», en palabras del propio voto particular, en el que dicha situación se hace todavía más patente. Dado que los extremos puestos de manifiesto atendiendo al hecho global van en la línea de caracterizar el proceso de esclavización más como coactivo que como abusivo, no es necesario acudir a ellos para calificar los hechos como de trata abusiva para explotación criminal. El reconocimiento de tales circunstancias, en cumplimiento de los deberes positivos que impone el principio de diligencia debida en observancia del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata condujeron a la AP de Barcelona y al TSJC a entender que debía prevalecer la aceptación de la situación de trata materialmente evidenciada en el proceso penal frente a la calificación jurídica de los hechos conforme a los que se había sustanciado el mismo, dejando con ello la vía expedita a la posible aplicación de la eximente contemplada en el art. 177 bis. 11 CP.

2. En relación con la aducida imposibilidad de aplicar el art. 177 bis 11 CP

La negación de la situación de TSH permite al TS entrar en el segundo de los argumentos en que sustenta la casación de la sentencia de instancia, al negar la aplicabilidad al caso del art. 177 bis 11 CP. Para esto apela, además de a que no concurre el delito base que permite su operatividad, lo que convierte el recurso a la misma en una suerte de recurso analógico exonerativo, a que no se cumplen los requisitos de aplicabilidad de la cláusula, al consistir la situación analizada en la sentencia recurrida en un acto esporádico, no en una situación continuada de explotación. Más allá de las dudas existentes sobre la naturaleza jurídica de esta eximente, varias son las incertidumbres anudadas a su literalidad que se han puesto de manifiesto⁸. Entre ellas, que su aplicabilidad podría venir condicionada al previo reconocimiento formal de la condición de víctima de trata, que su entendimiento restringido podría comportar que únicamente resultasen abarcadas las conductas delictivas cometidas en la fase de explotación subsiguiente al proceso de trata, no durante el proceso mismo, pudiendo requerir relación causa-efecto directa entre el empleo de medios que impulsan a delinquir y el concreto delito cometido, sin abarcar la intimidación ambiental, dimanándose además proporcionalidad estricta entre el delito cometido y la situación de trata vivida.

Con todo, no puede olvidarse que esta eximente expresa la limitada traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata. En aras al cumplimiento de los deberes de contenido positivo que impone la diligencia debida en relación con dicho principio, la interpretación de esta norma debería favorecer su aplicación –y, por tanto, tender a una hermenéutica extensiva– más que a dificultarla –interpretando sus requisitos en términos restrictivos–. De ahí que no debería exigirse la declaración formal de la condición de víctima para aplicar la eximente, no debería vincularse su aplicación solo a supuestos de explotación que tengan determinada duración temporal –puesto que parece más complejo soslayar la exigencia de que, efectivamente, debamos estar ante un caso de explotación atendiendo a la redacción del precepto– y no debería reducirse la existencia de la «consecuencia directa» a los casos en que pueda constatare la concurrencia de una relación causa-efecto entre el concreto medio de presión empleado y el específico delito

⁸ Vid. ECHARRI CASI, F.J.: «La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas», *Diario La Ley*, n.º 9434, 2019, pp. 1-13; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 19, 2019, pp. 124-133; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El principio de no punición...», pp. 1-12.

cometido. Finalmente, mientras la exigencia normativa de proporcionalidad no desaparezca del art. 177 bis. 11 CP, debería efectuarse una interpretación de la misma no apegada a los restrictivos términos en que se ha venido efectuando la comparación de males a efectos de aplicar la eximente de estado de necesidad, en particular en los supuestos de mulas empleadas para portar droga, atendiendo a que en dicho juicio debe atenderse siempre al grave atentado a la dignidad de la víctima que comporta el padecimiento de una situación de trata.

Tal orientación interpretativa de los requisitos contemplados en el art. 177 bis.11 CP implícitamente subyacente en las resoluciones recurridas de la AP de Barcelona y del TSJC, la consciencia de que la misma representa la positivación del principio de no punición o no penalización de las víctimas de TSH en nuestro ordenamiento, ha comportado que haya sido aplicada en instancia. De haber seguido idéntica línea hermenéutica, el TS tendría que haber considerado que concurrían los requisitos que permiten su aplicación, desestimando el recurso. Esto, porque aun entendiendo que solo cabe aplicarla a los delitos cometidos durante la fase de explotación subsiguiente a la trata, precisamente esa es la fase en que nos hallábamos en el caso de autos, en que la captación y el transporte empleando medios comisivos típicos habían ya tenido lugar, coincidiendo temporalmente el traslado de Natividad con su explotación, como sucede en tantos otros supuestos en que se recurre a mulas en semejante situación para forzarlas a cometer un delito de tráfico de drogas, quienes, al resultar aprehendidas al llegar a un aeropuerto en España, no sufren un proceso de explotación dilatado en el tiempo. Junto a admitir que concurren sus circunstancias aplicativas, el TS debería haber admitido su aplicación por ser evidente que estamos frente a un caso de TSH y que la eximente no exige ni implícita ni explícitamente que haya debido seguirse el proceso por dicho delito para aplicar la excusa absolutoria, aspecto que el mismo TS no puso en duda en su sentencia 59/2023.

Aplicar a este caso la cláusula del art. 177 bis.11 CP como hicieron las sentencias de instancia no supone ni contradicción con su presupuesto aplicativo ni tensionar sus barreras típicas. Sería lo que corresponde hacer de acuerdo con las obligaciones positivas ligadas a la diligencia debida que impone el respeto al principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata y para poner coto al tratamiento de estas víctimas como ofensoras que desde hace años viene denunciándose en España⁹. Tampoco hubiera supuesto tam-

⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N: «Mujeres víctimas de trata...», pp. 411-494; VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N: «Trata de seres humanos para explotación criminal...», pp. 711-829.

poco incurrir en una especie de recurso exonerativo analógico, pues puede considerarse que concurren tanto el presupuesto –supuesto de TSH, se esté o no sustanciando el procedimiento penal por ese delito– como los elementos de la eximente, incluido el de la explotación, que no sería preciso para entender que estamos ante un proceso de trata, pero que aun siendo requerido no parece precisar normativamente en el art. 177 bis.11 CP de una duración determinada mínima que no alcance este supuesto.

Finalmente, el motivo de cierre que añade el TS a su segundo argumento para admitir la casación, su oposición a la aplicación supuestamente analógica al caso del art. 177 bis.11 CP porque podría convertir en superflua la eximente de estado de necesidad, no puede por menos que contradecirse. El estado de necesidad constituye una eximente de las generales del Derecho que puede aplicarse en cualquier escenario en el que se objetive una situación de necesidad producida por una concurrencia de males o por un conflicto de deberes, no circunscrito a aquellos en que dicha situación venga provocada por haber sometido al necesitado a un proceso de despersonalización como el que la trata implica. Además, en atención a la especialidad de que la situación de necesidad haya sido provocada por un proceso de trata, precisamente para posibilitar un abanico exonerador de la responsabilidad criminal más amplio que el derivado del recurso a eximentes tradicionales como las de *duress* o *necessity* en países de *common law* o el estado de necesidad o miedo insuperable en ordenamientos como el español, aunque sin renunciar a su aplicabilidad, fue por lo que se introdujeron a los ordenamientos nacionales *statutory defenses* como la del art. 177 bis 11 CP. Una vez que el legislador ha introducido esta eximente específica con dicho objetivo, un aplicador del Derecho no puede renunciar a su empleo aduciendo un inverosímil efecto reductor del campo aplicativo de las eximentes de la responsabilidad criminal de carácter general.

3. A propósito del argumento extrajurídico

El TS esgrime un tercer argumento de índole práctica para casar la sentencia recurrida: el riesgo de expansión criminógena por el recurso a mulas en situación paupérrima por parte de los tratantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad a los correos en tales supuestos. Lo peregrino del argumento hace que no merezca la pena detenerse demasiado en comentarlo, salvo para confirmar que el recurso al mismo no hace sino confirmar el escaso crédito que merecen al TS tanto la vigencia del principio de no punición como las obligaciones positivas del mismo derivadas en lo concerniente a las actua-

ciones que necesariamente deben emprender las autoridades españolas para preservar su observancia. Recurrir a sancionar a toda costa a los eslabones más débiles y fungibles de las cadenas de suministro propias del mercado ilegal de la droga, incluso cuando estos son sometidos a procesos de cosificación evidente, como mecanismo en el que basar la eficacia reactiva del sistema de justicia penal frente al tráfico de drogas comporta una evidente e injustificable instrumentalización de dichas personas. Pero no solo eso, sino que además será probablemente tanto o menos efectivo desde un punto de vista preventivo general que renunciar a sancionar a individuos tan fungibles, puesto que para quienes se hallan en eslabones superiores en la cadena de mando resulta fácil reemplazarlos cuando son condenados. Para ganar en efectividad en la lucha contra el tráfico de drogas, la respuesta debería consistir en la realización de investigaciones judiciales penales completas y complejas en que se plasmen operativas de inteligencia policial que sirvan para desentrañar la identidad de quienes ostentan el dominio del hecho en estos procesos, sin limitarse a sancionar penalmente a los eventualmente aprehendidos, por fungibles que sean, máxime cuando además en ciertos supuestos deberían haber visto eximida su responsabilidad penal conforme a las obligaciones derivadas del principio de no punición.

IV. CONCLUSIONES

En las líneas precedentes se ha tratado de demostrar como el art. 177 bis.11 CP constituye una limitada transposición a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de TSH que impone obligaciones positivas de salvaguarda a las autoridades españolas. Junto a esto, se ha argumentado como el TS no debería haber casado la sentencia del TSJC 351/2021, de 2 de noviembre de 2021, que traía causa de la sentencia de la AP de Barcelona, sala 3.^a, 183/2020, de 22 de junio de 2020. Esto, tanto porque materialmente nos hallamos ante un caso de TSH para criminalidad forzada, como porque concurren los requisitos aplicativos del art. 177 bis. 11 CP interpretados a la luz de los dictados del principio de no punición, aspectos ambos que no es capaz de contradecir el argumento de orden práctico al que recurre en último término el TS.

La STS 960/2023, al casar una sentencia dictada en observancia del principio de no punición debido a que interpreta el presupuesto aplicativo y los requisitos de la eximente contenida en el art. 177 bis 11. CP de modo distinto a como aconsejan los mandatos derivados del mismo, entra en contradicción con

dicho principio. Por ello, antes de explorar el rendimiento exonerador de la responsabilidad criminal para Natividad que puede ofrecer el recorrido judicial *ad infra* de la sentencia comentada –aplicando estado de necesidad o miedo insuperable–, probablemente esta resolución pueda también tener recorrido judicial *ad supra*. Su dictado revirtiendo los efectos de sendas sentencias absolutorias puede haber comportado la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza jurisdiccional como el derecho a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia de Natividad, lo que deja la vía expedita a que pueda prosperar un eventual recurso de amparo, en caso de que el Tribunal Constitucional considere que el TS no está efectuando una interpretación del delito de TSH y de la cláusula de exoneración que contempla acorde con los dictados del principio de no punición y que, por acción, ha violado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional –art. 44 LOTC–. De no ser así, cabría incluso recurrir al TEDH alegando vulneración del art. 4 CEDH. Es posible que el TEDH, tanto atendiendo a su jurisprudencia en el caso V.C.L y A.N. contra el Reino Unido cuanto a la reciente ampliación del reconocimiento normativo del principio de no punición a través de la Directiva (UE) 2024/1712, concluya que ha sido conculcado, aunque para ello quizá tenga que pronunciarse primero acerca de si existe un límite mínimo temporal de explotación humana severa para poder hablar de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado que se haya alcanzado en el presente supuesto.

95. PUNISHING INCITEMENT TO HATE. A PERSPECTIVE FROM GERMANY

THOMAS WEIGEND

I. COMBATING «HATE CRIME»

Ley Orgánica 1/2015 of 30 March 2015 has introduced Art. 510 of the Spanish Código Penal (CP), which contains a prohibition of certain speech acts directed against defined groups of the population (Art. 510 subsection 1 (a) and (b) PC) as well as the publication of statements which deny or glorify the commission of certain crimes against such groups (Art. 510 subsections 1 (c) and 2 (b) PC). This legislation is the contribution of Spain to a joint effort of EU member states to combat so-called hate crime, initiated by the EU Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on «Combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law». Art. 510 CP in fact reads like an expanded version of Article 1 of the Framework Decision.

The German legislature has taken a slightly different path. It attempted to integrate the criminal prohibitions mandated by the European Union into a previously existing crime definition of *Volksverhetzung* («inciting the people») in § 130 German Penal Code (GPC). The result of several consecutive steps of expanding this ancient crime definition is a rather unwieldy norm with eight subsections, mixing together disparate acts such as incitement to violent acts against a part of the population (§ 130 subsection 1 (1) GPC) and denying the historical fact of the holocaust (§ 130 subsection 3 GPC).

Due to a regrettable lack of sufficient knowledge of the languages spoken in Spain, I must refrain from entering into a comprehensive comparison of the solutions chosen by the Spanish and German legislatures. I will instead present

the legal framework devised in Germany and only add a brief comparative remark at the end (III.).

I would like to dedicate this effort to Professor José Luis de la Cuesta Arzamendi, remembering with great pleasure many instances of happy and friendly collaboration, especially in the context of the Association Internationale de Droit Pénal.

II. «INCITEMENT OF THE PEOPLE» (§ 130 GPC)

1. Historical development of the criminal prohibition

When the original version of the Imperial Penal Code for Germany was promulgated in 1871, its § 130 read:

«Whoever publicly incites, in a manner that endangers the public peace, different classes of the population to violent acts against each other shall be punished by a fine of up to 200 Taler or by imprisonment of up to two years»¹.

Violent struggle between the classes (i.e., capitalists and landowners vs. labourers) evidently was a major concern at the time, and although the provision was cast in neutral terms it was probably intended to criminalize socialist and communist propagandists. The wording of the statute remained unchanged until 1960. At that time, it was completely re-designed to cover antisemitic activities, which at the time raised concern both in Germany and abroad². The new version of § 130 GPC³ read:

«Whoever attacks, in a manner that is apt to disturb the public peace, the human dignity of others by

1. inciting to hatred against parts of the population,
2. calling for acts of violence or arbitrariness against them,
3. or insulting, maliciously denigrating or slandering them shall be punished by imprisonment of not less than three months. A fine can also be imposed.»

¹ „Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewaltthätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.« (All translations are mine.)

² See Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes gegen Volksverhetzung, zu Drucksache 1143, June 11, 1959, p. 1.

³ § 130 GPC, as amended by 6. Strafrechtsänderungsgesetz of June 30, 1960 (Federal Gazette (*Bundesgesetzblatt, BGBl*) 1960 I, p. 478): „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er 1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt, 2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder 3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden.»

Remarkably, the new law did not name specific groups as potential victims but used the broad term «parts of the population», thus avoiding a limitation of the prohibition to assaults on ethnic or religious groups⁴. As a counterweight to the broad description of potential victims, the new provision required an attack on «the human dignity of others», that is, an act that denied other persons recognition as equal human beings. The legislative materials mentioned as examples sentences such as «Not enough Jews have been gassed.» or «Jews are subhuman (*Untermenschen*)»⁵.

By and by, this relatively concise legal norm was expanded. In 2011, the German legislature sought to adapt the national legislation to the demands of Article 1 (1) (a) of EU Framework Decision 2008/913/II by complementing the term «parts of the population» by a catalogue of protected groups including those defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin⁶. The legislature also extended the reach of the substantive incriminations in § 130 GPC from public speech to the dissemination of any «content», including via the internet (§ 130 subsections 2 and 6 GPC)⁷.

In 2022, Germany further broadened the scope of § 130 GPC by making it a crime to publicly approve of, deny, or grossly downplay any act of genocide, any crime against humanity, or any war crime committed against one of the protected groups if the offender's activity is apt to lead to violence against one of the groups affected and to disturb the public peace (§ 130 subsection 5 GPC)⁸. This amendment was meant to satisfy Germany's obligation under Art. 1 (1) (c) of EU Framework Decision 2008/913/II⁹.

⁴ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, Drucksache 1746, March 22, 1960, p. 3. A „part of the population« must be distinguishable from the rest of the population, but distinction can be derived from, e.g., the persons' political views, profession, or social functions: DETLEV STERNBERG-LIEBEN, D./ SCHITTENHELM, U., § 130 marginal note 3, in Eisele, J. (ed.), *Strafgesetzbuch. Tübinger Kommentar*, 31st ed. 2025 (cited: TK), München: Beck. Women have also been regarded as «part of the population»; Oberlandesgericht Köln, Judgment of June 9, 2020 – 1 RVs 77/20, BeckRS 2020, 13032.

⁵ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, Drucksache 1746, March 22, 1960, p. 3.

⁶ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates etc. of March 16, 2011, BGBl. 2011 I, p. 418.

⁷ Id.

⁸ Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des Strafgesetzbuches of December 4, 2022, BGBl. 2022 I, p. 2146: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Handlung der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art gegen eine der in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Personenmehrheiten oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten öffentlich oder in einer Versammlung in einer Weise billigt, leugnet oder gröblich verharmlost, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine solche Person oder Personenmehrheit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören.«

⁹ See Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/3708 of October 19, 2022, Drucksache 20/4085, p. 14.

In 1994, a totally different type of conduct was added to the provision against «inciting the people». Reacting to speeches and materials issued by right-wing propagandists, the legislature inserted the crime of publicly denying, downplaying or approving the genocide committed under the National-Socialist regime (§ 130 subsection 3 GPC)¹⁰. In 2005, the anti-NS branch of § 130 GPC was further extended by the incrimination of disturbing the public peace by making a public statement that approves of, glorifies, or justifies the National-Socialist regime of violence and arbitrariness (§ 130 subsection 4 GPC)¹¹.

As a result of these successive and uncoordinated efforts to broaden its scope, § 130 GPC now is an amalgam of sub-provisions vaguely connected by a motivation to combat various forms of «discrimination» in public speech¹². The incitement offence thus complements the criminal laws protecting the personal honour of individuals, such as insult (*Beleidigung*, § 185 GPC) and slander (*Verleumdung*, § 187 GPC), which are not applicable to large groups of persons lacking a collective «honour»¹³.

Despite multiple complaints about public discourse becoming more and more rough and offensive, the number of convictions under § 130 GPC appears rather low. Although the police reported that in 2024 they registered 9,120 allegations of «incitement of the people»,¹⁴ only 1,737 persons were actually convicted of one of the variants of § 130 GPC in 2024.¹⁵ One reason

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) of October 28, 1994, BGBl. 1994 I p. 3186, Artikel 1: „Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a StGB bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.«

¹¹ Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches of March 24, 2005, BGBl. 2005 I, p.969: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.«

¹² For a useful discussion of the desirability and limits of «anti-discrimination» criminal laws see STEINL, L./VEHRKAMP, A., «Mit Strafrecht gegen Diskriminierung?», in *Juristenzeitung* 2025, p. 605.

¹³ The extent to which organised groups with the ability to make collective decisions can be objects of insults and slander is contested in German case law and scholarship. For an overview of the debate see HILGENDORF, E., vor § 185 marginal notes 25-27, in Cirener, G. et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 13th ed. Berlin: de Gruyter 2023 (cited: LK).

¹⁴ Source: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157434/umfrage/polizeilich-erfasste-faelle-von-volksverhetzung-seit-1996/>.

¹⁵ Source: Statistisches Bundesamt, Statistischer Bericht Strafverfolgung 2024, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/statistischer-bericht-strafverfolgung-2100300247005.html>. The numbers of persons suspected as well as of those convicted has however more than doubled over the last seven years – in 2018, there were only 4,486 cases reported to the police and 754 convictions under § 130 GPC; see statistics in KRAUSS, M., § 130 marginal note 19, in LK (supra note 13).

for this striking difference may be due to the fact that many offences of this kind are committed on the internet, where the true identity of the offender is often difficult to establish; but an empirical study also discovered a general reluctance to of prosecutors' offices to bring such cases to court.¹⁶

2. Critical points

§ 130 GPC has been called the most criticized section of the Penal Code¹⁷. Only a few of the debatable features of this provision can be discussed here¹⁸.

It has already been mentioned that § 130 GPC lacks a clear and consistent structure. The hodgepodge of prohibitions of very different types of statements makes it difficult to define an overarching purpose and objective of § 130 GPC – a point to which I will return below (at 3.).

Another problem –to some extent caused by the unstructured wordiness of EU Framework Decision 2008/913/II– is the lack of precision of the crime definitions and the resulting conflict with the principle of legality¹⁹. Just a few examples: What does § 130 subsec. 1 no. 1 GPC mean when it says that the perpetrator must demand «measures of violence or arbitrariness»²⁰ against a protected group or its members? What exactly does it mean to attack the human dignity of a person or a number of persons²¹ (§ 130 subsec. 2 (1) (c) GPC)? What can be understood by «downplaying» (*Verharmlosen*)²² the holocaust or other crimes against humanity (§ 130 subsec. 3 GPC)?²³ And, most

¹⁶ HOVEN, E./WITTING, A., «Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit von § 130 Abs. 1 und 2 StGB» in *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2024, 5 at 7-10.

¹⁷ OSTENDORF, H./KUHLI, M., § 130 marginal note 2, in Kindhäuser, U. et al. (eds.), *Strafgesetzbuch, Nomos-Kommentar*, 6th ed. Baden-Baden: Nomos, 2023 (cited: NK).

¹⁸ For critical analysis see BERTRAM, G., „Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungsnovelle«, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 1476; Mitsch, W., „Der unmögliche Zustand des § 130 StGB«, in *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2018, 198.

¹⁹ OSTENDORF/KUHLI, § 130 marginal note 8a, in NK (*supra* note 17).

²⁰ „Gewalt- oder Willkürmaßnahmen«.

²¹ „... die Menschenwürde von ... Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift...«

²² And how can, downplaying «be distinguished from «grossly downplaying» (*gröblich verharmlosen*) as used in § 130 subsec. 5 GPC? See HEUCHEMER, M., «Materielle und prozessuale Praxisprobleme des § 130 StGB nF«, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2023, 270 at 272.

²³ German courts struggled with this clause when they had to adjudicate persons who during the Covid crisis wore yellow stars (as Jewish citizens were forced to wear by the NS regime in 1941) inscribed «*ungeimpft*» («not vaccinated»). Prosecutors claimed that the defendants had, by equating the status of non-vaccinated persons with the status of Jews in the NS regime «downplayed» the excesses of National-Socialist degradation and extermination of Jews. Different appellate courts came to opposite conclusions as to whether this conduct violated § 130 subsec. 3 GPC; see, e.g., Bayerisches Oberstes Landesgericht, Judgment of July 2, 2024 – 206 StRR 199/24, BeckRS 2024, 15772; Oberlandesgericht Braunschweig, Judgment of September 7, 2023 – 1 ORs 10/23, BeckRS 2023, 24623; Oberlandesgericht

importantly, what is meant by the legal requirement that certain acts «disturb the public peace» (§ 130 subsec. 4 GPC) or that they are apt to do so (§ 130 subsections 1, 3, and 5 GPC)? Courts and commentators have managed to formulate differing (and often rather vague) definitions of these terms, but a criminal statute that consists of a combination of words which lack a clear meaning in everyday language compels citizens to guess at what statements they are allowed to publish and where they would cross the line toward punishability. That is exactly what the principle of legality is meant to protect citizens from: the legislature must tell them in clear terms what they may say or write and where criminal liability sets in.

The requirement of legislative precision is particularly critical if a criminal statute limits the freedom of expression. According to Article 5 subsec. 1 of the German Constitution of 1949 (*Grundgesetz*, GG), everyone has the right to freely express and disseminate his opinion. The German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) regards the freedom of opinion as a fundamental element of a democratic state and therefore resolutely defends this right against encroachments by the legislature or administrative agencies²⁴. The Federal Constitutional Court has emphasized that even worthless and harmful opinions are, in principle, protected by the Constitution, and that this also applies to views supporting National-Socialism²⁵. The Constitutional protection does not, however, cover evidently false factual statements. Denying that the mass killing of European Jews ever occurred (as rendered punishable by § 130 subsec. 3 GPC) is therefore not a protected expression of an opinion under Art. 5 of the Constitution²⁶. There exists, however, a grey area of statements mixing factual assertion and opinion, and these are largely covered by the Constitutional protection²⁷.

Frankfurt a. M., Judgment of February 13, 2023 – 1 Ss 166/22, BeckRS 2023, 43769. For a similar case, see Bundesgerichtshof, Decision of February 4, 2025 – 3 StR 468/24, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/Strafsenate/3_StS/2024/3_StR_468-24.pdf?__blob=publicationFile&v=1. In favour of applying § 130 subsec. 3 GPC to this type of conduct KUBICIEL, M. «Antisemitismus als Straftat», in *Juristenzeitung* 2025, 918 at 923; *contra*, HÖRNLE, T., «Anmerkung», in *Juristenzeitung* 2025, 732.

²⁴ See, e.g., Bundesverfassungsgericht, Decision of October 10, 1995 – 1 BvR 1476/91, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (cited: BVerfGE) 93, 266 at 269.

²⁵ Bundesverfassungsgericht, Decision of November 4, 2009 – 1 BvR 2150/08, in BVerfGE 124, 300 marginal notes 49-50. For discussions of this decision, see VOLKMANN, U., «Die Geistesfreiheit und der Ungeist», in *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 417; ZABEL, B., «Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 122 (2010) p. 834; FÖHRBECK, T., Wunsiedel. Billigung, Verherrlichung, Rechtfertigung, Berlin: Duncker & Humblot 2015, pp. 90-153.

²⁶ See KRAUSS, M., § 130 marginal note 23, in LK (note 13), citing case law.

²⁷ Bundesverfassungsgericht, Decision of April 13, 1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241 marginal notes 26-31.

Art. 5 subsec. 2 of the Constitution permits the legislature to limit the right to express one's opinion by laws of general application; the freedom of speech is moreover restricted by the state's interest in protecting juveniles and by everyone's right to personal honour. But any such limitation must be based on a careful weighing of the conflicting interests involved, with due consideration given to the important value of the freedom of opinion²⁸. Human dignity, however, trumps any other right, since it is absolutely protected by Art. 1 of the Constitution²⁹. That means that utterances which violate a person's human dignity can and should be forbidden³⁰. § 130 GPC, however, refers to human dignity only in two places: § 130 subsection 2 (1) (c) GPC incriminates attacks on the human dignity of individuals or groups by insulting, maliciously denigrating or slandering any of them; and § 130 subsection 4 GPC declares punishable the approval, glorification, or justification of the National-Socialist regime «in a manner that violates the victims' dignity». It is an open question to what extent the other subtypes of «incitement of the people» also violate human dignity; if they do not, any prohibition must be weighed against the freedom of speech³¹.

The prohibition of approving, glorifying, or justifying the National-Socialist regime in § 130 subsec. 4 GPC raises special problems with regard to the freedom of speech. This prohibition clearly does not address statements about facts but expressions of opinion. It is therefore suspect even under a narrow reading of Art. 5 of the Constitution. In a 2009 decision concerning a public march honouring the memory of Rudolf Heß, who was deputy leader of the National-Socialist party until his flight to Scotland in 1941, the Federal Constitutional Court had to address the issue of the constitutionality of § 130 subsec. 4 GPC. The main problem lay in the fact that Art. 5 subsec. 2 of the German Constitution permits limitations on the freedom of opinion only by laws with general application (*allgemeine Gesetze*). This clause has been interpreted to mean that the state cannot forbid specific opinions, but that any prohibition must apply to all speech that has a certain undesirable effect (e.g., speech inci-

²⁸ Bundesverfassungsgericht, Decision of October 10, 1995 - 1 BvR 1476/91, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 3303 at 3304; Bundesverfassungsgericht (*supra* note 25), BVerfGE 124, 300 marginal notes 30-31.

²⁹ Article 1 subsec. 1 of the Constitution reads: «The dignity of the person is inviolable. All powers of the state are obliged to respect and protect it.»

³⁰ Bundesverfassungsgericht, Decision of October 10, 1995 - 1 BvR 1476/91, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, 3303 at 3304; ANSTÖTZ, S., § 130 marginal note 125, in SCHÄFER, J. (ed.), *Strafgesetzbuch. Münchener Kommentar*, vol. 3, 5th ed., Munich: Beck 2025 (cited: MK).

³¹ HEUCHEMER (*supra* note 22 at 274) claims that § 130 GPC «takes the axe to the very substance of the freedom of opinion». For a view generally opposing limitations of freedom of speech by interests of «public peace» see STEDING, F., *Rechtsgut „öffentlicher Friede«? – Strafrechtlicher Friedensschutz im Lichte der Meinungsfreiheit* (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), Hamburg: Dr. Kovac 2022.

ting to violence)³². A statute that prohibits people from saying «I think that the National-Socialist government was better than the present government» clearly is not a law of «general application» but is directed against one specific opinion on a very limited subject. The Federal Constitutional Court therefore had some difficulty explaining its reason for upholding § 130 subsec. 4 GPC. The Court argued that speech approving of the National-Socialist regime can have an especially detrimental effect because of the terror which that regime had imposed on Europe and because the identity of the Federal Republic of Germany is also determined by its past³³. The Court thus posited an unwritten exception to the requirement that laws restricting speech must be of general applicability³⁴.

This judgment highlights one problem of Germany's criminal statute against «incitement of the people»: It has been burdened with add-ons designed to specifically combat anti-Semitism and has thus lost its original structure and purpose, i.e., to protect the public from speech that is apt to lead to violent conflicts among citizens³⁵. § 130 GPC has thus become a hybrid provision – which explains the difficulty of determining the rationale on which that provision is based. This issue is the focus of the following section.

3. Rationale of § 130 GPC

German authors have long debated the question what legal interest § 130 GPC is meant to protect. The main division is between individualistic and collective approaches: Some authors define as the protected interest the dignity of the members of certain groups of the population³⁶; others regard preservation of the «public peace» within German society as the (main) objective of the criminalisation of «incitement of the people»³⁷. Before looking at this debate

³² Bundesverfassungsgericht (note 25), BVerfGE 124, 300 marginal numbers 55-60.

³³ Bundesverfassungsgericht (note 25), BVerfGE 124, 300 marginal numbers 52, 64-66.

³⁴ HOVEN, E., Strafrecht zur Bekämpfung von Antisemitismus?, in Goldammers Archiv für Strafrecht 2024, 383 at 390.

³⁵ HOVEN (*supra* note 34) at 385.

³⁶ See, e.g., FISCHER, Th., „Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB)«, in Goldammers Archiv für Strafrecht 2024, 445 at 451; HÖRNLE, T., Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt a.M.: Klostermann 2005, pp. 96 et seq. JACOBI, K., Das Ziel des Rechtsgüterschutzes bei der Volksverhetzung, Dissertation Universität zu Köln, 2010, pp. 252-253; HOVEN (*supra* note 34) at 391.

³⁷ See, e.g., KRAUSS, M., § 130 marginal notes 1-2, in LK (*supra* note 13); NOWROUSJAN, B./MAJER, C.F., „Rassistische Beleidigungen in Zivil- und Strafrecht«, in Neue Justiz 2023, 62; STERNBERG-LIEBEN/ SCHITTENHELM, § 130 marginal note 1a, in TK (*supra* note 4); RACKOW, P., § 130 marginal note 11, in Von Heintschel-Heinegg, B./Kudlich, H. (eds.), Strafgesetzbuch Beck Online-Kommentar (cited: BeckOK), 67th ed., Munich: Beck 2025.

in some detail, one could ask why it is so important to determine a rationale for the criminal prohibitions in § 130 GPC. The answer is related to constitutional law: Since the legislature is obliged to respect individual rights, laws may restrict the liberty rights of citizens (especially the right to freedom of speech) only if a legal interest can be identified which is protected by the criminal prohibition and overrides the right to freely develop one's personality (Art. 2 subsec. 1 of the Constitution) and – in case of a sentence of imprisonment – the right to personal liberty (Art. 2 subsec. 2 of the Constitution). It is therefore impermissible for the legislature to pass merely «symbolic» criminal laws which only have the purpose of expressing moral indignation about the prohibited conduct³⁸. Moreover, if a criminal law lacks a well-defined protected interest, that law can be extended to other kinds of conduct without there being a rational limitation to such extension.

Let us, then, examine the legislative purposes suggested for § 130 GPC. Protection of the «public peace» has frequently been used to describe that purpose, and that term indeed appears no less than four times in the definitions of individual crimes listed in § 130 GPC³⁹. But the term «public peace» is extremely difficult to define and to operationalize⁴⁰. It has sometimes been paraphrased as a feeling of security⁴¹; a «poisoning of the political climate» has also been equated with a disturbance of the public peace⁴². The Federal Constitutional Court has, however, limited the concept of «public peace» in the context of § 130 GPC as the absence of the danger of violent conflict; a disturbance of the public peace thus occurs only if the actor has uttered words that may lead to violent conflict because the addressees of the speech are called upon to take action⁴³. The question remains, however, how close the danger of conflict must be, especially if the statute demands only that the prohibited act

³⁸ OSTENDORF/KUHLE, § 130 marginal note 8, in NK (*supra* note 17) deny the necessity of a § 130 GPC because most serious attacks on the dignity of protected groups and their members are already covered by other provisions, such as criminal insult (§ 185 GPC) and approval of crimes (§ 140 GPC).

³⁹ § 130 subsecs. 1, 3, 4 and 5 GPC. In three of these instances, the act in question must be «apt» (*geeignet*) to disturb the public peace; only subsec. 4 (concerning the approval, glorification or justification of the NS regime) requires an actual disturbance of the public peace.

⁴⁰ For a definition of „public peace» that exactly echoes the definition of the crime in § 130 GPC see KRAUSS, M., § 130 marginal notes 3, 6, in LK (*supra* note 13).

⁴¹ KRAUSS, M., § 130 marginal note 3, in LK (*supra* note 13) (citing case law).

⁴² See DEUTSCHER BUNDESTAG, 12. WP, Bericht des Rechtsausschusses vom 20.10.1994, Drucksache 12/8588, p. 8 (explaining the purpose of protecting the public peace by the introduction of § 130 subsec. 3 GPC); see also Bundesgerichtshof, Judgment of April 10, 2002 - BGH 5 StR 485/01, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 47, 278 at 280.

⁴³ Bundesverfassungsgericht (*supra* note 25), BVerfGE 124, 300 at 334-335. See also Oberlandesgericht Celle, Decision of July 23, 2024 – 1 ORs 19/24, in Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport 2024, 372 (comparing the current Federal Minister of Health to NS criminal Josef Mengele not apt to disturb public peace). For a discussion of the consequences of the narrow definition of «public

be «apt» to disturb the public peace⁴⁴. A more general criticism of defining «public peace» as the protected interest emphasizes that any criminal act disturbs the public peace in that it reduces the people's expectation to be secure in their body and property. «Public peace» should therefore not be defined as a specific interest protected only by individual criminal prohibitions⁴⁵. In fact, § 130 subsec. 2 GPC (dissemination of «content» inciting to hatred) does not even require an aptness to disturb the public peace. It may well be that the legislature used that term mainly to describe the gravity of a violation and thus to limit the scope of the incrimination: utterances in private conversation or merely minor insults are not to be prosecuted as «incitement of the people» because they lack an effect on the public at large⁴⁶. Reference to a possible disturbance of public peace may also have the desired effect of excluding from the scope of § 130 GPC utterances which refer exclusively to groups residing outside the German borders: Since «public peace» is frequently interpreted as a peaceful state in German society⁴⁷, possible incitement to violent activities outside Germany would not be covered by provisions demanding an endangerment of the «public peace».

If protecting the «public peace» is not the main purpose of the incrimination of «incitement of the people», the most probable alternative is protection of the rights of the people against whom the perpetrator directs the attack. In § 130 subsection 1 (1) GPC, potential victims are described as groups defined by their nationality, race, religion, or ethnic origin, or «parts of the population», or individual persons because of their belonging to one of these groups or parts of the population. § 130 subsec. 2 GPC likewise covers attacks (by dissemina-

peace» see HOVEN/WITTING (*supra* note 16) at 7, 12 (proposing to delete the disturbance of «public peace» from § 130 GPC).

⁴⁴ According to the case law, the «aptness» of a statement to disturb the public peace depends on several factors, including the wording, the context, and the persons who are to read or listen to the statement. The Federal Court of Justice affirmed a danger for public peace, e.g., where the defendant sent an inciting statement to an editor of a local newspaper, expecting that the journalist will report on this instance in the newspaper; Bundesgerichtshof, Judgment of June 20, 1979 - 3 StR 131/79, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 29, 26 at 27.

⁴⁵ JUNGE, I., *Das Schutzgut des § 130 StGB*, Herdecke: GCA 2000, pp. 49-50; HÖRNLE, T. (*supra* note 36), pp. 90 et seq.; FISCHER, T., „Störung des öffentlichen Friedens« in Paefgen, H.-U. et al. (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Berlin: Duncker & Humblot 2011, p. 1119; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5th ed., Munich: Beck 2020, p. 53; ALTENHAIN, K., § 130 marginal note 3, in Matt, H./Renzikowski, J. (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2nd ed., Munich: Beck 2020.

⁴⁶ *Accord*, STRENG, F., «Das Unrecht der Volksverhetzung», in Küper, W./Puppe, I./Tenckhoff, J. (eds.), *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin: de Gruyter 1987, p. 501 at 514-515.

⁴⁷ OSTENDORF/KUHLLI, § 130 marginal note 18; in NK (*supra* note 17); KRAUSS, M., § 130 marginal note 74, in LK (*supra* note 13); ANSTÖTZ, S., § 130 marginal note 31, in MK (*supra* note 30). For criticism of this interpretation see HOVEN/WITTING (*supra* note 16) at 8.

ting «content») on any of these collectives or individuals. § 130 GPC subsecs. 2 (1) (c) and 4 GPC, concerning speech that insults, maliciously denigrates or slanders the victim, specifically mentions attacks against the «human dignity» of the persons and groups affected. Some authors have drawn the conclusion that § 130 GPC as a whole is meant to protect human dignity⁴⁸. This solution presents two problems, however. First, human dignity in German theory relates to individuals, not to groups (or «parts of the population») as such⁴⁹; second, the variants of denying, approving of, or downplaying certain international crimes (genocide, war crimes, and crimes against humanity) in § 130 subsecs. 3 and 5 GPC do not bear a significant relation to any person's human dignity⁵⁰. These crimes can be committed by simply denying a historical fact in a manner that is apt to disturb the public peace⁵¹.

An alternative interpretation would be to regard protection of national, racial, religious, and ethnic groups as such as the *ratio essendi* of the criminal provision. This would be in line with the general increase of sensitivity toward the interests of «vulnerable» groups in heterogeneous societies. Under this interpretation, the overarching purpose of § 130 GPC might be the protection of certain minorities' right to be recognized and to live peacefully within German society. The subsections ostensibly protecting Jews and other groups persecuted by the NS regime (§ 130 subsecs. 3 and 4 GPC) would well fit with this legislative purpose. Still, a few questions remain: Does the provision exclusively protect minority groups and/or those that had historically suffered from discrimination? What, then, about verbal attacks against, e.g., the male, female, or white-skinned parts of the German population, which may under

⁴⁸ For an exposition of this concept see STRENG (*supra* note 46). Recognizing human dignity as an additional protected legal interest KRAUSS, § 130 marginal note 8, in LK (*supra* note 13). Against recognizing the protection of human dignity as a rationale of § 130 GPC JUNGE (*supra* note 45), pp. 67-69; ALTENHAIN, § 130 marginal number 3, in MATT/RENNIKOWSKI (*supra* note 45).

⁴⁹ For an argument asserting that the «collective dignity» of the groups named in the statute is protected see OSTENDORF/KUHLI, § 130 marginal note 4, in NK (*supra* note 17).

⁵⁰ STERNBERG-LIEBEN/SCHITTENHELM, § 130 marginal note 1a, in TK (*supra* note 4). RACKOW, § 130 marginal number 12, in BeckOK (*supra* note 37). A host of different protected interests have been suggested for the crime of denying the holocaust, including the victims' claim to the recognition of their fate (Bundesgerichtshof, Judgment of September 18, 1979 - VI ZR 140/78, 75 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 160 at 163; JUNGE (*supra* note 45), pp. 121-123; OSTENDORF/KUHLI, § 130 marginal note 4a, in NK (*supra* note 17) KRAUSS, § 130 marginal note 12, in LK (*supra* note 13); ANSTÖTZ, § 130 marginal note 5, in MK (*supra* note 30)), the protection of Jews from violence (ALTENHAIN, § 130 marginal number 3, in MATT/RENNIKOWSKI (*supra* note 45). MITSCH (*supra* note 18) at 201) and the collective shame of Germans about the mass killing of Jews (STRENG, F., «Anmerkung», Juristenzeitung 2001, 205).

⁵¹ Such denial can of course be committed in a way that also violates the human dignity of the victims of these crimes (e.g., by declaring that Jews «invented» the Holocaust in order to obtain compensation payments), but that is not a necessary element of the offence.

some circumstances lead to violent reactions?⁵² And if only certain «vulnerable» groups are to be protected, why did the legislature retain the original neutral formulation «parts of the population» as a possible object of the offence? Finally, § 130 subsec. 5 GPC reaches far beyond groups that have suffered discrimination in Germany but extends the protection to any group that was victimized, e.g., by war crimes anywhere in the world, as long as denial or downplaying of that victimization can engender violence and thus disturb the public peace in Germany. That raises the question of why German criminal justice should be called upon to protect members of groups involved in past armed conflicts, e.g., in central Africa or in Southeast Asia.

The brief survey above demonstrates that finding a common denominator for the amorphous § 130 GPC is difficult if not impossible. The most appealing conclusion is to say that the various subsections of § 130 GPC are in fact meant to pursue differing objectives⁵³. One group of provisions aims at protecting the peaceful co-existence of groups in German society and therefore forbids attacking any «part of the population» by inciting to hatred or violence against it or by insulting or denigrating its members (§ 130 subsec. 1 and 2 GPC). Another part of § 130 GPC is meant to avert possible (violent) conflicts within society related to the onerous heritage of the National-Socialist regime (§ 130 subsecs. 3 and 4 GPC). The overbroad provision of § 130 subsec. 5 GPC, as imposed upon the German legislature by the EU Framework Decision, does not quite fit into that scheme; but it may be upheld as a means to prevent violent acts against (or committed by) persons residing in Germany who were victimized by international crimes.

III. A BRIEF COMPARATIVE NOTE

If we, in conclusion, take a look at Art. 510 of the Spanish Código Penal, we can see that its content is similar to the German provision but that its structure is more consistent. The wording of Art. 510 CP makes it clear that the interest protected is the various groups named in Art. 510 (1) (a) CP (which includes a host of groups not specifically mentioned in § 130 GPC but potentially covered by its «parts of the population» clause), whose members are to be protected from «odio, hostilidad, discriminación o violencia» as well as

⁵² For a strong argument against restricting the protection to minority groups see Nowroussian, B., 'Köterrassse'. Volksverhetzung gegen Deutsche?', in *Juristische Rundschau* 2017, 567.

⁵³ For a similar approach, see ANSTÖTZ, § 130 marginal notes 1-6, in MK (*supra* note 30).

from violations of their dignity (Art. 510 (2) (a) CP). A possible incitement to hatred against a group or its members may also be perpetrated indirectly by denying, downplaying or glorifying past instances of genocide, crimes against humanity, or war crimes committed against the group; under Art. 510 (2) (c) CP it is sufficient for criminal liability if such utterances further a «climate of violence, hostility, hate, or discrimination» against the affected group. This effect seems to be assumed (and need not be proved specifically) if the perpetrator glorifies or justifies past international crimes committed against a protected group (Art. 510 (2) (b)).

Any aptness to affect «la paz pública» is not a prerequisite for criminal liability but is regarded as an aggravating circumstance requiring the penalty to be taken from the upper half of the statutory sentencing range.

The German legislature would be well-advised to take a close look at the clear structure of the Spanish provision on incitement to hatred and violence when it turns toward the necessary reform of the unwieldy provision of «inciting the people» in § 130 GPC.

CAPÍTULO IV

Política Criminal

96. LA CONSTRUCCIÓN DEL OLVIDO DIGITAL EN ESTRASBURGO: DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA A LA RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA ^{1, 2}

MIKEL ANDEREZ BELATEGI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

En el panorama jurídico europeo las personas que han cumplido una condena penal se enfrentan a desafíos extraordinarios para lograr una resocialización efectiva. Uno de los obstáculos más persistentes y complejos para esta reinserción tras la condena es la disponibilidad continua e indefinida de información relativa a su pasado penal. Si bien este problema no es nuevo, ha adquirido una dimensión desconocida en el contexto de la sociedad digital actual. La irrupción y omnipresencia de las tecnologías de la información y la comunicación, y muy especialmente el funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet, han multiplicado exponencialmente las vías de acceso a los datos personales. En particular, la información sobre el pasado delictivo de los

¹ La presente publicación se enmarca en el Proyecto PID2024-156089NB-I00 «Prisión y Derechos Fundamentales: hacia un modelo para el siglo XXI», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (MÍCIN/AEI/10.13039/501100011033).

² Esta aproximación al derecho al olvido digital hunde sus raíces en la concepción humanista de la resocialización defendida por el profesor De la Cuesta Arzamendi, cuyos postulados en obras de referencia como *El trabajo penitenciario resocializador: teoría y regulación positiva* (1982) trato aquí de proyectar al entorno virtual. Si en el pasado su magisterio fue determinante para cimentar mi visión sobre el mandato constitucional de reinserción, hoy quiero reconocer también, con idéntica gratitud, su generosidad y calidad humana durante nuestros años de convivencia en el Departamento.

ciudadanos se ha vuelto accesible de manera universal e instantánea, generando lo que se ha denominado un «historial penal virtual»³.

Esta disponibilidad generalizada de información, facilitada por algoritmos de búsqueda que indexan y jerarquizan contenidos, ha agravado el riesgo de estigmatización perpetua. Basta con introducir el nombre completo de una persona en un buscador para que cualquier usuario pueda acceder a detalles sobre condenas pasadas, independientemente del tiempo transcurrido o de la rehabilitación legal del individuo. Incluso en aquellas jurisdicciones donde los registros oficiales de antecedentes penales no son accesibles al público general, la información, una vez digitalizada y publicada en línea, puede resurgir y permanecer indefinidamente, desafiando los mecanismos tradicionales de cancelación de antecedentes penales⁴.

Es fundamental destacar la diferencia ontológica entre los medios impresos tradicionales y los sitios web. Estos últimos poseen una capacidad prácticamente ilimitada para almacenar y difundir información, lo que implica que las comunicaciones en línea representan un riesgo mucho mayor para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales –como la vida privada y la reputación– que las publicaciones en papel, cuya difusión está acotada temporal y geográficamente.

Al analizar este fenómeno, resulta ilustrativa una comparación entre los enfoques de Europa y Estados Unidos respecto a la publicidad de los antecedentes penales. En Estados Unidos, existe una marcada inclinación hacia la transparencia total. La divulgación de detenciones y condenas se justifica habitualmente bajo el paraguas de la Primera Enmienda, los principios de gobierno abierto y la seguridad pública. El acceso a estos registros se facilita a través de múltiples canales, tanto institucionales como comerciales, y el sector privado participa activamente en la agregación y comercialización de datos sobre personas condenadas.

Por el contrario, en Europa, la publicidad de los antecedentes penales es mucho más restringida. Se exigen garantías estrictas para acceder a esta información y se establecen plazos determinados tras los cuales los antecedentes deben ser borrados o dejar de ser accesibles. A pesar de estas diferencias, en las últimas dos décadas, Europa ha experimentado un endurecimiento en sus políticas, adoptando legislaciones –tanto en la Unión Europea como en el Con-

³ CORDA, A./LAGESON, S. E.: «Disordered Punishment: Workaround Technologies of Criminal Records Disclosure and the Rise of a new Penal Entrepreneurialism», *British Journal of Criminology*, vol. 60(2), 2019, p. 3.

⁴ JACOBS, J.B.: *The Eternal Criminal Record*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

sejo de Europa— para crear registros específicos, sobre todo para autores de delitos sexuales, con el fin de controlar el acceso a determinadas profesiones⁵.

Sin embargo, la noción clásica de antecedentes penales, entendida como el registro oficial gestionado por el Estado, resulta insuficiente para abordar el problema de la disponibilidad de información en manos de actores privados (motores de búsqueda, empresas de medios de comunicación y responsables de tratamiento de datos). Es en este contexto donde la última década ha sido testigo de avances normativos y jurisprudenciales cruciales que han llevado al reconocimiento del «derecho al olvido». Este derecho plantea interrogantes fundamentales: ¿Tienen los ciudadanos condenados un derecho absoluto a ser olvidados tras cumplir su pena? ¿Contra quién puede ejercerse este derecho? ¿Están obligados los actores privados a borrar o anonimizar datos sobre delitos pasados? Y, lo más crítico, ¿cómo se equilibra este derecho con la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho de la sociedad a estar informada?

El presente capítulo tiene por objeto arrojar luz sobre estas cuestiones, centrándose específicamente en las medidas de anonimización aplicadas a los archivos de prensa digitales y analizando la reciente evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Para ello, se partirá del análisis de los fundamentos del derecho al olvido en el Derecho de la Unión Europea aplicados a los motores de búsqueda, para posteriormente adentrarse en la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las obligaciones de los medios de comunicación.

II. EL NACIMIENTO DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA SUPRESIÓN DE LOS RESULTADOS DE BÚSQUEDA POR PARTE DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN LA SENTENCIA GOOGLE SPAIN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado un papel pionero e influyente en la configuración jurídica de las obligaciones de los operadores de motores de búsqueda. Este desarrollo ha sido clave para el reconocimiento en el Derecho de la Unión del derecho al olvido, abarcando también la información personal sobre el pasado delictivo.

⁵ ALONSO RIMO, A.: «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», en Orts Berenguer, E./Alonso Rimo, A./Roig Torres, M. (eds.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 559-594.

El punto de inflexión se encuentra en la histórica sentencia del caso *Google Spain*. En ella, el TJUE subrayó la diferencia cualitativa entre la publicación inicial de una información y su posterior procesamiento por un motor de búsqueda. El Tribunal destacó que la forma en que estos motores organizan y agregan la información publicada en línea permite a los usuarios obtener una visión estructurada y detallada de la vida de una persona, lo que facilita la creación de perfiles exhaustivos (el denominado *profiling*). Este tratamiento de datos por parte de los motores de búsqueda tiene un efecto amplificador sobre la difusión de la información y, por tanto, una injerencia en la vida privada mucho más intensa que la publicación original⁶.

El litigio en el caso *Google Spain* se originó a raíz de la denuncia de un ciudadano español, el Sr. Costeja, contra un periódico y contra Google. El demandante solicitaba que se eliminaran de los resultados de búsqueda los enlaces a unas páginas del periódico, publicadas 16 años atrás, que mencionaban su nombre en relación con una subasta de inmuebles por deudas a la Seguridad Social. Mientras que la autoridad nacional de protección de datos desestimó la denuncia contra el periódico al considerar lícita la publicación original, sí estimó la reclamación contra Google.

Al resolver la cuestión prejudicial, el TJUE determinó que la actividad de un motor de búsqueda constituye un «tratamiento de datos» y que su operador es el «responsable» de dicho tratamiento. El Tribunal reconoció que, dado que la información se replica con facilidad en internet, dejar la protección de la privacidad únicamente en manos de los editores de los sitios web originales sería ineficaz. Por consiguiente, dictaminó que los operadores de motores de búsqueda están obligados, en determinadas circunstancias, a eliminar de la lista de resultados los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contienen información sobre una persona, incluso si esa información fue publicada legalmente y no ha sido borrada de la fuente original.

El Tribunal rechazó que los motores de búsqueda pudieran ampararse en la excepción de «fines periodísticos». Estableció que el tratamiento de datos, aunque inicialmente lícito, puede volverse incompatible con la directiva de protección de datos si los datos resultan inadecuados, irrelevantes, excesivos o ya no son necesarios para los fines iniciales debido al paso del tiempo. En virtud de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, las personas tienen derecho a solicitar que la información vinculada a su nombre deje de ser accesible a través de los buscadores.

⁶ STJUE (Gran Sala): *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, asunto C-131/12, sentencia de 13 de mayo de 2014.

Este derecho al olvido no es absoluto. El TJUE señaló que debe realizarse un equilibrio entre los intereses de la persona afectada y el derecho del público a la información. Este equilibrio dependerá de la naturaleza y sensibilidad de los datos, así como del papel que la persona desempeñe en la vida pública. En el caso del Sr. Costeja, dado que se trataba de un particular y que habían transcurrido 16 años, el Tribunal consideró que prevalecía su derecho al olvido.

Como consecuencia directa de esta jurisprudencia, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de 2016 incorporó expresamente el Derecho de supresión («derecho al olvido») en su artículo 17. Esta disposición reconoce el derecho del interesado a obtener la supresión de sus datos personales cuando, entre otros motivos, estos ya no sean necesarios para los fines recogidos. No obstante, el artículo 17.3 excluye este derecho cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, o con fines de archivo en interés público, investigación científica o histórica.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en sus directrices sobre la aplicación de la sentencia *Google Spain*, clarificó los criterios de ponderación. Entre ellos se incluyen: si la persona es una figura pública; si es menor de edad; la exactitud y pertinencia de los datos; si los datos son sensibles (como los penales); y el contexto de la publicación. Respecto a los delitos penales, se reconoce que la gravedad del delito y el paso del tiempo son factores determinantes, aunque se remite a los enfoques nacionales sobre la publicidad de la información delictiva⁷.

III. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS: INFORMACIÓN RELATIVA AL PASADO DELICTIVO ALMACENADA EN ARCHIVOS WEB DIGITALES

Si bien el TJUE se ha centrado en los motores de búsqueda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha abordado el derecho al olvido principalmente en relación con las actividades periodísticas y la conservación de archivos digitales por parte de los medios de comunicación. El Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado una jurisprudencia que busca equilibrar los dere-

⁷ Grupo de Trabajo del artículo 29: *Directrices sobre la aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto «Google Spain y Inc contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González C-131/12»*, adoptadas el 26 de noviembre de 2014 (14/ES WP 225).

chos del artículo 8 (vida privada) y el artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Recientemente, el TEDH ha dictado sentencias fundamentales sobre la desreferenciación (*Biancardi c. Italia*, 2021)⁸ y la anonimización de archivos de prensa (*Hurbain c. Bélgica*, 2023)⁹, estableciendo precedentes sobre las obligaciones de los medios ante solicitudes de ciudadanos que buscan proteger su reputación frente a informaciones judiciales pasadas.

1. Desreferenciación frente a anonimización: el caso *Biancardi c. Italia*

Es crucial distinguir entre las medidas de «desreferenciación» (o desindexación) y las de «anonimización» o alteración del contenido. El escrutinio de Estrasburgo ha sido históricamente mucho más permisivo con las primeras que con las segundas, dado que alterar el contenido de un archivo se percibe como una injerencia más grave en la integridad histórica y la libertad de prensa.

Hasta hace poco, el Tribunal rechazaba cualquier medida que implicara la eliminación o modificación de contenidos archivados. En casos como *Fuchsman c. Alemania* (2017)¹⁰ o *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (2013)¹¹, el TEDH denegó solicitudes de eliminación de artículos, argumentando que los archivos digitales son una fuente importante para la educación y la investigación histórica, y que borrar contenidos equivaldría a una censura y reescritura de la historia¹². En su lugar, el Tribunal sugería medidas menos intrusivas, como añadir una nota explicativa o un enlace a sentencias posteriores que aclararan el resultado de los procedimientos.

Sin embargo, en el caso *Biancardi c. Italia* (2021), el Tribunal confirmó por primera vez una decisión nacional que ordenaba a un periódico desindexar un artículo. El caso involucraba a un redactor jefe de un periódico en línea que había publicado un artículo sobre una pelea y un apuñalamiento en un restaurante. A pesar de que el propietario del restaurante y el acusado solicitaron la retirada del artículo, este permaneció accesible e indexado durante ocho meses.

El núcleo del asunto no era la licitud de la publicación inicial, sino la facilidad de acceso continuo a la información a través de los motores de búsqueda

⁸ STEDH, de 25 de noviembre de 2021, asunto *Biancardi c. Italia* (demanda n.º 77419/16).

⁹ STEDH (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, asunto *Hurbain c. Bélgica* (demanda n.º 57292/16).

¹⁰ STEDH, de 19 de octubre de 2017, asunto *Fuchsman c. Alemania* (demanda n.º 71233/13).

¹¹ STEDH, de 16 de julio de 2013, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (demanda n.º 33846/07)

¹² STEDH, de 16 de julio de 2013, asunto *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia* (demanda n.º 33846/07).

da al teclear el nombre del restaurante o del acusado. El Tribunal de Estrasburgo afirmó rotundamente que la obligación de adoptar medidas de desindexación se extiende a los administradores de los medios de comunicación digitales, no solo a los motores de búsqueda¹³. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó un test de proporcionalidad menos estricto que en casos de figuras públicas (como en *Axel Springer*)¹⁴, dado que el afectado era un particular. Evaluó tres factores principales: a) El tiempo de permanencia en línea: aunque el proceso penal seguía abierto, la información no se había actualizado y permaneció accesible fácilmente durante un periodo excesivo tras la solicitud de retirada. b) La sensibilidad de los datos: se trataba de información sobre procedimientos penales, considerada sensible según la jurisprudencia del TJUE. c) La gravedad de la sanción: la condena al periódico fue de naturaleza civil y no excesiva.

El Tribunal concluyó que la desindexación constituía una medida menos restrictiva para la libertad de prensa que la supresión o anonimización, y que el fallo en implementar esta medida técnica generaba responsabilidad para el medio.

2. La sentencia histórica de la Gran Sala en el caso Hurbain contra Bélgica (2023)

El caso *Hurbain* representa un hito en la jurisprudencia del TEDH, ya que la Gran Sala confirmó por primera vez la convencionalidad de una medida que implica la alteración directa del contenido (anonimización) de un artículo lícitamente publicado y almacenado en un archivo digital. Los hechos se remontan a 1994, cuando el periódico belga *Le Soir* publicó un artículo sobre un accidente de tráfico mortal causado por un conductor (G.) en estado de ebriedad. G. fue condenado en 2000 y rehabilitado legalmente en 2006. En 2008, el periódico digitalizó sus archivos, haciendo accesible el artículo en línea de forma gratuita. En 2010, G., que ejercía como médico, solicitó la retirada o anonimización del artículo, alegando que la aparición del mismo en los resultados de búsqueda afectaba a su reputación y práctica profesional.

Tras la negativa del periódico y de Google a desindexar, los tribunales belgas ordenaron a *Le Soir* anonimizar el artículo en su versión digital, susti-

¹³ VAN DER KERKOF, J.: «Biancardi v. Italy: a broader right to be forgotten», *Strasbourg Observers*, 7 de enero de 2022.

¹⁴ STEDH (Gran Sala), de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania* (demanda n.º 39954/08).

tuyendo el nombre de G. por la letra «X», manteniendo intacto el archivo en papel. El editor recurrió al TEDH alegando violación del artículo 10 (libertad de expresión).

La Gran Sala falló a favor de Bélgica, considerando que la orden de anonimización era «necesaria en una sociedad democrática». Argumentó que, en las circunstancias del caso, la anonimización era el medio más eficaz para proteger la vida privada de G. sin interferir desproporcionadamente en la libertad de expresión del periódico, dado que la versión original en papel se conservaba inalterada ¹⁵.

a) LOS NUEVOS CRITERIOS PARA EVALUAR LAS MEDIDAS RELATIVAS
A LA ANONIMIZACIÓN DE LOS ARCHIVOS DIGITALES DIRIGIDAS CONTRA
LOS EDITORES

En *Hurbain*, la Gran Sala refinó los criterios de ponderación clásicos (*Axel Springer*) para adaptarlos a la especificidad de los archivos digitales. Estableció que deben tenerse en cuenta los siguientes elementos ¹⁶:

i) La naturaleza de la información archivada: Se debe considerar la gravedad del delito. El Tribunal reconoce que la prensa tiene la función de informar sobre procesos penales y que estos datos son de interés público. Sin embargo, distingue entre delitos de extrema gravedad o importancia histórica y otros delitos menores o accidentales. En el caso de G., aunque el accidente fue trágico, no se consideró un delito de tal magnitud histórica que impidiera el olvido con el paso del tiempo.

ii) El tiempo transcurrido desde los hechos y la publicación: Este es un criterio fundamental. El paso del tiempo disminuye el interés público en la difusión de la identidad del delincuente y aumenta el interés del individuo en la reintegración. El Tribunal acepta que el equilibrio entre el artículo 8 y el 10 es dinámico y cambia con los años.

iii) El interés contemporáneo de la información: Vinculado al anterior, se evalúa si la información sigue teniendo relevancia actual. En el caso de archivos antiguos, el interés noticioso suele decaer, manteniéndose un interés histórico o estadístico que, según el Tribunal, a menudo puede satisfacerse sin

¹⁵ STEDH (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, asunto *Hurbain c. Bélgica* (demanda n.º 57292/16).

¹⁶ *Ibíd.*, §§214-254.

necesidad de identificar nominalmente a la persona si esta no es una figura pública.

iv) Si la persona es conocida y su conducta: Se debe distinguir entre figuras públicas (políticos, celebridades) y particulares. G. era un ciudadano anónimo cuya notoriedad se limitaba al accidente. Además, su conducta posterior fue irreproachable, habiendo logrado la rehabilitación legal.

v) Las repercusiones negativas de la disponibilidad continua: Este es un criterio novedoso y crucial. Se exige la demostración de un «perjuicio grave» para la vida privada. El Tribunal vincula este perjuicio a la obstaculización de la reintegración social. En el caso de G., la disponibilidad del artículo creaba un «antecedentes penales virtuales» que afectaba a su reputación profesional como médico. El Tribunal subraya que la reintegración no es solo un interés individual, sino también un interés social colectivo¹⁷.

vi) El grado de accesibilidad de la información: Se evalúa si el acceso es libre y gratuito o restringido (muros de pago, suscripciones). En *Hurbain*, el acceso era libre, lo que maximizaba el impacto en la privacidad de G.

vii) El impacto de la medida en la libertad de prensa: Se debe verificar si la medida impuesta es proporcionada y no genera un efecto de desaliento excesivo (*chilling effect*) sobre la labor periodística.

b) ¿UN ÉNFASIS GENUINO EN LA INTEGRIDAD DE LOS ARCHIVOS DE PRENSA DIGITALES?

La sentencia *Hurbain* refleja una tensión importante en la tutela de los derechos fundamentales. Por un lado, el Tribunal proclama solemnemente el «principio de preservación de la integridad de los archivos de prensa». Afirma que cualquier alteración o supresión debe limitarse a lo «estrictamente necesario» para evitar efectos disuasorios en la función de la prensa como guardiana de la historia. Sin embargo, en la práctica del caso concreto, la aplicación de este principio ha sido cuestionada, especialmente por los votos particulares. Los jueces discrepantes y parte de la doctrina alertan de que permitir la alteración de archivos digitales, aunque se mantenga su soporte en papel, supone un riesgo de reescritura de la historia e impone una carga excesiva para los me-

¹⁷ Ní CHINNÉIDE, H.: «Hurbain v. Belgium: Navigating the intersection of privacy and press freedom in the digital age», *Strasbourg Observers*, 3 de octubre de 2023.

dios¹⁸. Argumentan que la responsabilidad principal debería recaer en los motores de búsqueda (desreferenciación) y no en los editores.

No obstante, la mayoría de la Gran Sala en *Hurbain* se mostró satisfecha con el razonamiento de los tribunales belgas, que consideraron que la anonimización digital era una medida menos lesiva que la eliminación total y que preservaba la integridad del archivo en su formato original (papel). El Tribunal validó la tesis de que la integridad del archivo digital no es absoluta cuando entra en conflicto con un derecho a la reintegración social fuertemente fundamentado tras un largo periodo de tiempo.

IV. CONCLUSIONES Y RETOS FUTUROS. DE LA DESINDEXACIÓN A LA ANONIMIZACIÓN

La evolución del derecho al olvido digital en el espacio jurídico europeo, impulsada por la jurisprudencia del TJUE y refinada posteriormente por el TEDH, ha transitado desde su concepción inicial como una mera herramienta técnica de gestión de datos hacia su consolidación como un verdadero derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la reinserción social. En este contexto, la sentencia *Hurbain c. Bélgica* marca un estándar de protección exigente que prioriza la «muerte digital» del dato delictivo pretérito para posibilitar la vida social del individuo rehabilitado, llegando incluso a legitimar la intervención en los propios archivos de prensa, una frontera que parecía infranqueable hace apenas una década.

Como consecuencia de este nuevo paradigma, España se encuentra en una encrucijada dogmática y práctica. La recepción de la doctrina *Hurbain* obligará inevitablemente a los operadores jurídicos nacionales a abandonar automatismos y realizar un juicio de ponderación mucho más granular y menos formalista. Ya no bastaría con invocar la «libertad de información» en abstracto para proteger la integridad inalterable de una noticia. Por el contrario, los tribunales deberían evaluar, mediante un análisis casuístico, si el mantenimiento de los nombres y apellidos en la hemeroteca sigue siendo *estrictamente necesario* para la función informativa actual o si, ante la pérdida de relevancia pública, debe prevalecer el derecho del individuo a reconstruir su vida sin la carga indeleble del pasado. En esta línea, el análisis jurídico no puede permanecer ajeno a la realidad del impacto digital, donde el recordato-

¹⁸ FROSIO, G.F.: «The Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing», *Colorado Technology Law Journal*, vol. 15(2), 2017, pp. 307-336.

rio público y constante de las «miserias pasadas» a golpe de clic dificulta enormemente la recuperación de una vida social normalizada. La ponderación judicial debe valorar suficientemente el hecho diferencial de internet –su inmediatez y alcance global– como un factor que intensifica el impacto en el derecho a la intimidad¹⁹.

A nivel doméstico, la plena asimilación de este estándar supone un reto de primera magnitud que requiere superar la visión estática de la hemeroteca como un repositorio intocable. Es necesario avanzar hacia una concepción dinámica de la memoria digital, donde la preservación de la veracidad histórica sea compatible con el respeto a la evolución vital de las personas. En definitiva, la eficacia del mandato constitucional de reinserción (art. 25.2 CE) en la sociedad de la información depende hoy de la capacidad del ordenamiento para garantizar que el pasado penal no se convierta, a golpe de clic, en una condena perpetua. Si bien la desindexación se ha consolidado como el mínimo exigible, la anonimización de la fuente se perfila, tras *Hurbain*, como el horizonte necesario para aquellos casos donde el estigma digital impide, *de facto*, la vuelta a la sociedad. El derecho a ser otro, a evolucionar y a no ser prisionero de la propia historia exige que el olvido digital deje de ser una quimera técnica para convertirse en una garantía constitucional efectiva.

¹⁹ SOLAR CALVO, Puerto, y LACAL CUENCA, Pedro. «Derecho al olvido tras cumplimiento de condena». *Diario La Ley*, n.º 10519, Sección Comentarios de jurisprudencia, 5 de junio de 2024 (*La Ley* 17942/2024).

97. ¿POPULISMO PUNITIVO 2.0? SOBRE LA POLÍTICA PENAL DE VOX¹

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ HABLAR DE VOX?

En los últimos años, me he dedicado a estudiar el proceso de contracción del sistema penal que se ha vivido en España en los últimos tres lustros, ejemplificado fundamentalmente por el descenso prácticamente constante de las tasas de encarcelamiento desde mayo de 2010². En ese marco he desarrollado la tesis de que, al igual que ha sucedido en otros países europeos³ y, de forma especialmente destacada, en EE.UU.⁴, en España se ha vivido un cierto proce-

¹ Esta investigación se enmarca dentro del desarrollo del proyecto «Crisis política y sistema penal multiescalar (MultiLex)» (PID2024-157636NB-I00), otorgado al equipo ECRIM de la Universidad de A Coruña por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Vid. BRANDARIZ, J.A.: «¿Historia de dos continentes? Análisis comparativo del reciente descenso de la población penitenciaria en EE.UU. y España», en *Studi sulla Questione Criminale*, n.º XII(1-2), 2017, pp. 151-169; BRANDARIZ, J.A.: «Beyond the austerity-driven hypothesis: Political economic theses on penality and the recent prison population decline», en *European Journal of Criminology*, n.º 19(3), 2022, pp. 349-367; BRANDARIZ, J.A.: «Decarceration in Southern Europe: Notes on Climate Change in the Penal Field», en *International Criminology* (Epub ahead of print 17 septiembre 2024).

³ Vid. BOONE, M./PAKES, F./VAN WINGERDEN, S.: «Explaining the collapse of the prison population in the Netherlands: Testing the theories», *European Journal of Criminology*, n.º 19(4), 2020, pp. 488-505; DÜNKEL, F.: «European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism», en *European Journal of Criminology*, n.º 14(6), 2017, pp. 629-653.

⁴ Vid. CLEAR, T.R./FROST, N.A.: *The Punishment Imperative*, New York: New York University Press, 2014; DAGAN, D./TELES, S.M.: *Prison Break: Why Conservatives Turned Against Mass Incarceration*, New York: Oxford University Press, 2016; PFAFF, J.: *Locked in: The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, New York: Basic Books, 2017.

so de enfriamiento del clima penal⁵, que ha tenido diversas manifestaciones, entre ellas el claro declive de la inseguridad ciudadana entre las preocupaciones colectivas.

En todo caso, califico a este proceso como «sorprendente» porque nada hacía prever que un sistema penal que había experimentado una expansión descomunal desde mediados de los años 70, sin parangón alguno en el contexto europeo, de repente fuese a cambiar de ciclo⁶. De hecho, menos que nada lo hacían presagiar las reformas penales, que llevaban años apuntando hacia un incremento de la punitividad, en líneas generales. La mejor expresión de ello es la LO 1/2015, la mayor reforma penal del último medio siglo –con excepción de la LO 10/1995–, que plasmó sin ambages la ideología penal conservadora del gobierno central del momento.

A lo largo de los años, haciendo presentaciones de esta línea de investigación en diversos países, me he encontrado con colegas españoles que me llamaban la atención sobre esa contradicción, la que opone reformas legislativas que incrementan la punitividad y un sistema penal en proceso de contracción sostenida. Les agradezco profundamente que me planteasen ese interrogante, porque me convencieron de la necesidad de prestar más atención al campo político y a sus manifestaciones en términos de propuestas de reforma legislativa⁷. En síntesis, la pregunta de investigación que procedía abordar es: el descenso sostenido de la tasa de encarcelamiento hace plausible que se haya producido una suerte de cambio climático en el campo penal, pero ¿En qué medida ese cambio se manifiesta en el campo político? Dicho en otros términos, ¿Ha cambiado realmente la agenda penal de los partidos políticos españoles?

Este interrogante me hizo comenzar a prestar atención a Vox en julio de 2024, la última vez que compartí una sesión (en este caso, un tribunal de tesis) con mi querido compañero, el Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi, en la Facultad de Derecho de Donostia. En aquella ocasión, mi querida compañera, la Profa. Cristina Rodríguez Yagüe, no en vano la máxima especialista en derecho penitenciario, me llamó la atención sobre las propuestas de reforma

⁵ Vid. KARSTEDT, S./BERGIN, T./KOCH, M.: «Critical junctures and conditions of change: Exploring the fall of prison populations in US states», en *Social & Legal Studies*, n.º 28(1), 2019, pp. 58-80.

⁶ Vid., sobre ello, BRANDARIZ, J.A.: «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: Transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad penitenciaria», en *Crítica penal y poder*, n.º 9, 2015, pp. 1-31; GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalism and Punishment*, Abingdon: Routledge, 2024.

⁷ Vid., en esta línea de análisis, BRANDARIZ, J.A.: «Crisis del populismo punitivo: Cambios en el campo político», en FARALDO CABANA, P./BRANDARIZ, J.A./PUENTE ABA, L.M./RAMOS VÁZQUEZ, J.A./SOUTO GARCÍA, E. (eds.). *Un Derecho Penal moderno para una democracia del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez*, València: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 69-77.

legislativa presentadas por Vox, que tenían poco o nada que ver con un cambio climático en el ámbito penal. Esa sugerencia, tan acertada, me ha llevado a analizar la agenda penal de Vox, relacionando este debate con la discusión internacional sobre las propuestas penales de los partidos y líderes políticos de extrema derecha, en el marco del actual giro autoritario.

II. EL GIRO AUTORITARIO: ¿VUELVE EL POPULISMO PUNITIVO?

La literatura de sociología de las migraciones enfatizó durante años que España era una excepción, porque, a diferencia de muchos otros países, en el caso español la llegada de importantes contingentes de personas migrantes no había dado lugar al surgimiento de un partido de extrema derecha con impacto electoral⁸. Con independencia de que podría discutirse qué significa ser un partido ultraconservador en el caso español, lo cierto es que esa anomalía entró en crisis a finales de la década pasada, cuando Vox comenzó a tener un significativo éxito electoral en las segundas elecciones generales de 2019. Desde entonces, se ha consolidado como una fuerza política clave en el sistema de partidos español, hasta el punto de que, desde 2022, ha formado parte de las coaliciones de gobierno en cinco comunidades autónomas (Aragón, Castilla-León, *Comunitat Valenciana*, Extremadura, Murcia) y en alrededor de 200 municipios, incluidas ciudades de tamaño medio del centro y el sur de España.

Es evidente que el éxito político de Vox es menor que el conseguido por fuerzas políticas similares en países europeos o americanos, incluso en lugares en que las condiciones para el desarrollo de un partido de extrema derecha no son particularmente propicias, como es el caso de Portugal. No obstante, en la línea de lo apuntado en la sección anterior, el surgimiento de Vox invita a considerar si estamos asistiendo a una suerte de renacimiento del populismo punitivo. Para ello, parece procedente considerar la literatura internacional sobre emergencia de la extrema derecha, giro autoritario y populismo punitivo.

En los últimos años ha habido un debate intenso en la literatura politológica sobre si el éxito electoral de partidos de extrema derecha y de líderes autoritarios en múltiples países marca la conclusión de la era neoliberal, abriendo un nuevo periodo caracterizado por el retroceso democrático (*democratic*

⁸ Vid. ARANGO, J.: «Exceptional in Europe? Spain's experience with immigration and integration», *MPI Reports*, Migration Policy Institute, 2013; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: «La excepción española: el fracaso de los grupos de derecha populista pese al paro, la desigualdad y la inmigración», *Documento de trabajo 7/2017*, Real Instituto Elcano, 2017.

backsliding) y un nuevo auge del autoritarismo⁹. En este sentido, múltiples politólogos recuerdan que el retroceso democrático actual no es un fenómeno nuevo, sino que se inició hace unas dos décadas¹⁰. A pesar de ello, hay ciertos indicios de que estamos asistiendo a la emergencia de una etapa diferente de la «era dorada» del neoliberalismo globalizador, con la llegada al poder de Trump y otros líderes autoritarios en los últimos años en países tan diferentes como Argentina, Brasil, EE.UU., El Salvador, Hungría, India, Israel o Rusia, entre otros. Probablemente, uno de los indicios más sólidos es el freno al proceso globalizador, el retorno del proteccionismo y de la política de bloques y el renacimiento del imperialismo clásico en diversos continentes y regiones.

Este debate ha tenido también repercusión en los estudios socio-jurídicos y de castigo y sociedad. No es extraño, ya que se ha destacado, con razón, que el denominado giro punitivo del cambio de siglo¹¹ fue fundamental para el surgimiento de los estudios de castigo y sociedad¹². Además, un segmento de la literatura ha sostenido que el giro punitivo es una manifestación arquetípica de lo que se ha denominado la penalidad neoliberal¹³.

En consecuencia, el grado de continuidad entre el populismo punitivo del cambio de siglo y la agenda penal de los líderes autoritarios de los años 20 es un objeto de investigación de gran relevancia, para los estudios de política criminal y sociología del castigo. En este sentido, el libro reciente de John Pratt «Populism, Punishment and the Threat to Democratic Order»¹⁴ ejemplifica la tesis de la continuidad, en la medida en que traza una línea que vincula el populismo punitivo de los años 2000 con las políticas penales de los líderes de extrema derecha actuales. No es una referencia menor, aunque solo sea porque

⁹ Vid., sobre ello, BROWN, W.: *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in the West*, New York: Columbia University Press, 2019; FRASER, N.: *The Old Is Dying and the New Cannot Be Born: From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond*, London: Verso, 2019; GERSTLE, G.: *The Rise and Fall of the Neoliberal Order: America and the World in the Free Market Era*, New York: Oxford University Press, 2022.

¹⁰ Vid. CROUCH, C.: *Post-democracy*, Cambridge: Polity, 2005; LEVITSKY, S./ZIBLATT, D.: *How democracies die*, New York: Crown, 2018; MAIR, P.: *Ruling the void: The hollowing of Western democracy*, London: Verso, 2013.

¹¹ Vid. GARLAND, D.: *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001; MELOSSI, D.: *Controlling Crime, Controlling Society: Thinking About Crime in Europe and America*, Cambridge: Polity, 2008.

¹² Vid., sobre ello, GARLAND, D.: «Theoretical advances and problems in the sociology of punishment», en *Punishment and Society*, n.º 20(1), 2018, pp. 8-33; SIMON, J./SPARKS, R.: «Introduction. Punishment and Society: The Emergence of an Academic Field», en Simon, J./Sparks, R. (eds.): *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, London: Sage, 2013, pp. 1-20.

¹³ Vid. WACQUANT, L.: *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham: Duke University Press, 2009. Vid. asimismo GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalism...cit.*

¹⁴ Cfr. PRATT, J.: *Populism, Punishment and the Threat to Democratic Order: The Return of the Strong Men*, Abingdon: Routledge, 2023.

Pratt se ha distinguido como uno de los principales teóricos del populismo punitivo¹⁵. De hecho, hay algunas evidencias que podrían darle la razón. A modo de referencia, las políticas de terror penal de Nayib Bukele, que han llevado la tasa de encarcelamiento de El Salvador a un nivel inédito en las últimas décadas (1659 presos por cada 100.000 habitantes a finales de 2024; fuente: World Prison Brief), pueden verse como una forma avanzada del ya conocido fenómeno del encarcelamiento masivo.

Sin embargo, otro sector de la literatura desarrolla una perspectiva diferente. En efecto, se sostiene que han sucedido demasiadas cosas entre el populismo punitivo del cambio de siglo y la política penal del presente para hablar de continuidad, al menos en términos de validez de las tesis elaboradas en relación con el giro punitivo¹⁶. En consonancia, la literatura ha llamado la atención sobre los elementos diferenciales de la política penal de los líderes autoritarios¹⁷. En este marco se sitúa el análisis del caso español. Se trata de ver en qué punto del eje continuidad-cambio se ubican las propuestas penales de Vox.

III. ¿POPULISMO PUNITIVO 2.0? LA AGENDA PENAL DE VOX

El análisis de la agenda penal de Vox tiene ciertas complicaciones. El partido ultraconservador nunca ha presentado una agenda penal coherente, de amplio espectro y claramente definida. En consecuencia, para compensar esta carencia, se propone aproximarse al programa penal de Vox mediante el análisis de tres indicadores, a saber, las propuestas de reforma penal presentadas en el Congreso de los Diputados, los programas oficiales del partido y el contenido de sus comunicados y notas de prensa.

Por lo que hace al primero de los indicadores, Vox se ha mostrado relativamente activo a la hora de preparar propuestas de reforma penal. En efecto, ha firmado 11 de las 46 propuestas de ley de reforma del CP presentadas en el

¹⁵ Vid. PRATT, J.: *Penal Populism*, Abingdon: Routledge, 2007.

¹⁶ Vid., en este sentido, BRANDARIZ, J.A.: «Beyond...cit., cit.», cit.; BRANDARIZ, J.A./SOZZO, M.: «Introduction. Penal changes and contrasting trends between Europe and Latin America», en *International Criminology* (en prensa); KARSTEDT, S.: «Inequality and Punishment: The Idiosyncracies of the Political Economy of Punishment», en Lacey, N./Soskice, D./Cheliotis, L.K./Xenakis, S. (eds.): *Tracing the Relationship Between Inequality, Crime, and Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 22-40; XENAKIS, S./CHELIOTIS, L.K.: «Whither neoliberal penalty? The past, present and future of imprisonment in the US», en *Punishment & Society*, n.º 21(2), 2019; pp. 187-206.

¹⁷ Vid., entre otros, EREN, C.P.: *Reform Nation: The First Step Act and the Movement to End Mass Incarceration*, Stanford: Stanford University Press, 2023; XENAKIS, S.: «Punishment, political economy and crisis: disciplining labour through state-corporate surveillance in the 'Neoliberal Heartlands'», en *European Journal of Criminology*, n.º 19(3), 2022, pp. 332-348.

Congreso entre el inicio de la XIV legislatura (diciembre de 2019) y mediados de 2025, ninguna de las cuales fue aprobada (fuente: Congreso de los Diputados). Curiosamente, si lo hubiesen sido, las propuestas de Vox no habrían tenido un excesivo impacto en las prácticas cotidianas del sistema penal. Como puede verse en la Tabla 1, si bien se trata de propuestas de gran densidad simbólica y política, en general se refieren a fenómenos delictivos que tienen una relevancia práctica muy limitada.

Tabla 1. Principales propuestas de reforma del CP presentadas en el Congreso por Vox (2019-2025)

Ampliar los tipos de los delitos políticos.
Ampliar la causa de justificación de legítima defensa
Criminalizar la okupación de inmuebles y los piquetes de huelga.
Incrementar las penas de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a agente de la autoridad.
Ampliar los tipos e incrementar las penas de los delitos sexuales y del matrimonio forzado.

En línea de principio, estas propuestas no se parecen demasiado a las medidas del populismo punitivo de los años 90 y 2000, que estaban mucho menos condicionadas ideológicamente, pero tenían mucho más impacto práctico (como lo evidencia el sólido ciclo de crecimiento de la tasa de encarcelamiento 2000-2010)¹⁸. De hecho, la agenda propia de la etapa del giro punitivo, que se centraba en cuestiones como delitos de drogas o pequeña criminalidad (patrimonial) urbana, ha sido defendida en los últimos por los partidos de la *vieja* derecha, como el PP y *Junts*. Cabe señalar, además, que Vox es la única fuerza política que ha propuesto reformas de la legislación de extranjería (LO 4/2000) en los últimos seis años, en concreto para ampliar los supuestos de detención y deportación y para prohibir la regularización de migrantes sin papeles.

A diferencia de la consulta de las propuestas de reforma legislativa, el análisis de los programas electorales de Vox es una tarea más difícil. Hasta el momento, Vox ha tenido una aproximación a la política esencialmente destitu-

¹⁸ Vid., sobre ello, CID MOLINÉ, J.: «El futuro de la prisión en España», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 18(1), 2020, pp. 1-32; VARONA GÓMEZ, D.: *El sistema punitivo español*, Barcelona: Atelier, 2023.

yente, incluso en los casos en que ha formado parte de coaliciones de gobierno. En consecuencia, sus programas electorales o bien no son públicos o son una mera colección de medidas populistas, de carácter impreciso, genérico y desconectado del contexto electoral y geográfico concreto. No obstante, las propuestas en materia de ley y orden del programa de las últimas elecciones generales¹⁹ son especialmente reveladoras, como puede verse en la Tabla 2.

Tabla 2. Programa electoral de Vox - Principales propuestas en materia de ley y orden y seguridad (Vox 2023)

Evitar la atribución de competencias en materia de seguridad a entes supranacionales o a gobiernos autonómicos.
Apoyar a la policía (estatal) y a sus agentes, así como a los funcionarios de prisiones y al personal de seguridad privada.
Militarizar el control de la frontera sur.
Hacer que las relaciones diplomáticas españolas dependan de los intereses de control de fronteras.
Luchar contra el terrorismo yihadista.
Ampliar el despliegue de patrullas de policía, para evitar la creación de guetos islámicos en las ciudades españolas.

Junto a ello, en el programa de las elecciones generales de 2023, Vox propone un conjunto, más bien desorganizado e impreciso, de reformas penales, que se sintetiza en la Tabla 3.

Tabla 3. Programa electoral de Vox - Principales medidas penales (Vox 2023)

Incrementar las penas de los delitos violentos, de los delitos de drogas, del terrorismo y de los delitos políticos.
Publicar la nacionalidad de las personas que cometen delitos sexuales.
Deportar a todos los migrantes irregulares y a todos los migrantes que cometan delitos.
Criminalizar cualquier forma de colaboración o favorecimiento de la movilidad irregular.

¹⁹ Vid. VOX: *Un programa para lo que importa*, Vox, 2023.

Por lo que se refiere a la tercera dimensión, la relativa a la comunicación política, la web nacional de Vox contiene 284 comunicados de prensa sobre cuestiones de delincuencia y penalidad emitidos entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2025. 60 de ellos (21,1%) se centran en la conexión entre migración y delito, con mucho el aspecto más abordado en estos comunicados a los medios. Cabe destacar, no obstante, que esa conexión se presenta con mucha mayor frecuencia en comunicaciones que se refieren a la política estatal que cuando se tratan cuestiones de seguridad a nivel local. La impresión de que Vox utiliza la conexión entre migración y criminalidad como argumento meramente político-ideológico, que desaparece cuando sus representantes se ven obligados a proponer medidas concretas, se ve corroborada cuando se considera el trabajo del denominado Grupo de Respuesta de Nacional. Este grupo de trabajo del partido reúne a los concejales con responsabilidades en materia de seguridad y presentó en diciembre de 2024 su catálogo de medidas de lucha contra la inseguridad ciudadana. Lo más sorprendente de la propuesta es que, lejos del tono puramente populista de la mayoría de los planes del partido, parece sacada de un manual de gerencialismo policial e incluye medidas como el desarrollo de una nueva cultura de la auditoría de los resultados de la actividad policial o el uso de cámara corporales²⁰. Por lo demás, el análisis de los comunicados de prensa muestra que la delincuencia es una materia mucho menos importante que otras en la agenda política de Vox, en particular que la migración, que se trata en 445 notas a los medios emitidas entre el 1 de enero y el 31 de julio de 2025.

IV. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE POPULISMO PENAL?

Seguramente, hay diversas respuestas posibles a la pregunta sobre si el actual giro autoritario se puede ver como una continuación del giro neoliberal previo, dependiendo del correspondiente caso local o nacional. Por lo que hace a las cuestiones específicas en materia de penalidad, el análisis de la agenda penal de Vox muestra que hay ciertos elementos de continuidad entre el denominado giro punitivo y el populismo penal de los años 20. Si se considera la

²⁰ Vid. <https://www.voxespana.es/actualidad/vox-presenta-cuatro-medidas-pioneras-para-luchar-contr-la-delincuencia-y-la-criminalidad-en-las-ciudades-donde-gobierna-20241205> (consultada el 20 de agosto de 2025).

literatura internacional sobre populismo punitivo²¹, puede comprobarse que al menos dos aspectos fundamentales de la agenda penal conservadora permanecen inalterados durante el último cuarto de siglo. En primer lugar, las medidas penales siguen defendiéndose, fundamentalmente, por su valía electoral, más que por su mayor o menor efectividad en términos de control del delito. La insistencia de Vox de centrarse en fenómenos insignificantes como la okupación es la mejor evidencia de ello. En segundo lugar, las propuestas penales siguen marginando el papel de los expertos y, con frecuencia, de los propios actores del sistema (judicial-)penal. En este sentido, Vox no desaprovecha ocasión para sugerir que los policías son los verdaderos expertos en materia de control del delito.

No obstante, el análisis de este caso también muestra que hay claras divergencias entre el populismo punitivo del cambio de siglo y el actual, en la era del retroceso democrático. A diferencia del papel absolutamente capital que tenía en el pasado, en la actualidad la agenda de control del delito es un simple medio para cumplir otros fines, de mayor rango. En el populismo punitivo actual, las propuestas penales operan cada vez como armas para librar guerras culturales, que constituyen el núcleo de la propuesta política de los partidos de extrema derecha²². En España, pero también en otros países, como EE.UU. o Italia, las medidas penales se emplean para impulsar políticas conservadoras en materia de género, bajo el mantra de que el feminismo no ha logrado proteger a las mujeres contra la violencia sexual y que solo los líderes de extrema derecha pueden hacerlo, mediante la deportación de personas extranjeras²³. No obstante, el principal argumento mediante el que el populismo penal actual se pone al servicio de las guerras culturales es el sedicente nexo entre la migración y el delito. En este sentido, los discursos punitivos se instrumentalizan para impulsar la agenda xenófoba de la extrema derecha, especialmente en los países del

²¹ Vid. BOTTOMS, A.E.: «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en Clarkson, C./Morgan, R. (eds.): *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon, 1995, pp. 17-49; GARLAND, D.: «What Is Penal Populism? Public Opinion, Expert Knowledge, and Penal Policy-Formation in Democratic Societies», en Liebling, A./Shapland, J./Sparks, R./Tankebe, J. (eds.): *Crime, Justice, and Social Order: Essays in Honour of A. E. Bottoms*, Oxford: Clarendon, 2022, pp. 249-272; PRATT, J.: *Penal...cit.*; Sozzo, M.: «Populismo penal: historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto», en *Nova Criminis*, n.º 9(14), 2017, pp. 79-129.

²² Vid., sobre ello, CHAPMAN, R./CIMENT, J. (eds.): *Culture Wars: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints and Voices*, 2.ª ed., Abingdon: Routledge, 2015; GÓMEZ VILLAR, A.: *Los olvidados: Ficción de un proletariado reaccionario*, Manresa: Bellaterra, 2022.

²³ Vid. ALABAO, N.: *Las guerras de género: La política sexual de las derechas radicales*, Pamplona/Iruña: Katakarak, 2025. Vid. asimismo FARALDO CABANA, P.: «Reforma y contrarreforma del delito de violación: una oportunidad perdida», en Fernández Bessa, C./Fraga Sáenz, R./González Sánchez, I./Castro Liñares, D. (eds.): *Criminología pública y feminismos no punitivos: Violencia sexual, género y castigo*, València: Tirant lo Blanch, 2025 (en prensa).

norte global²⁴. Este es un aspecto fundamental del actual panorama penal que no fue considerado por la literatura sobre el giro punitivo de hace dos décadas²⁵. La trascendencia de este cambio se evidencia por el hecho de que no es el encarcelamiento masivo, sino la deportación masiva, el eje del populismo punitivo de los años 20, al menos en el norte global²⁶.

Finalmente, este análisis muestra que carecen de sentido las teorías unidimensionales y omnicomprensivas, tanto en la actualidad como un cuarto de siglo atrás²⁷, como ha enfatizado, con razón, la criminología del sur²⁸. La agenda penal de Vox no puede entenderse sin conocer los factores contextuales que han permitido que la extrema derecha tenga éxito electoral en España. En este sentido, la obsesión de Vox de criminalizar actividades políticas pacíficas no puede desvincularse de la cultura profundamente legalista²⁹ que caracteriza la política en España³⁰.

En síntesis, es necesario seguir indagando sobre la naturaleza y las características del populismo punitivo de los años 20, en el contexto de un giro autoritario que solo puede entenderse en toda su heterogeneidad. Reflexionar sobre la agenda penal de Vox es, en este sentido, una contribución en esa dirección de análisis.

²⁴ Vid., sobre ello, BARKER, V.: *Nordic nationalism and penal order: Walling the welfare state*, Abingdon: Routledge, 2018; BRANDARIZ, J.A.: «Beyond...cit.», XENAKIS, S.: «Punishment...cit.

²⁵ Vid., en este sentido, BARKER, V.: *Nordic...cit.*; BOSWORTH, M./FRANKO, K./PICKERING, S.: «Punishment, Globalization and Migration Control: 'Get Them the Hell out of Here'», en *Punishment & Society*, n.º 20(1), 2018, pp. 34-53; FRANKO, K.: *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon: Routledge, 2020.

²⁶ Vid., sobre ello, EREN, C.P.: *Reform...cit.*

²⁷ Vid., por todos, SOZZO, M.: «¿Más allá de la cultura del control? Interrogantes, aportes y perspectivas», en Sozzo, M. (ed.): *¿Más allá de la cultura del control? Debates sobre delito, pena y orden social con David Garland*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2018, pp. 405-444. WACQUANT, L.: *Punishing...cit.*, representa a la perfección las tesis generalizantes y omnicomprensivas.

²⁸ Vid., por todos, CARRINGTON, K./HOGG, R./SCOTT, J./SOZZO, M./WALTERS, R.: *Southern Criminology*, Abingdon: Routledge, 2019.

²⁹ Sobre el legalismo, vid. SHKLAR, J.: *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press, 1964.

³⁰ Vid. SÁNCHEZ CUENCA, I.: *La cuestión nacional: La democracia española ante la crisis catalana*, Madrid: Los Libros de la Catarata, 2018; BRANDARIZ, J.A.: «Twenty-first century political justice: Reflections on the blind spots of current debates on penalty», en *Crime, Law and Social Change*, n.º 80(1), 2023, pp. 105-123.

98. SOBRE LA POSIBLE INTRODUCCIÓN DE HERRAMIENTAS DE VALORACIÓN DEL RIESGO EN LA GESTIÓN DE LAS PRISIONES VASCAS

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU Y LUCÍA MARTÍNEZ GARAY
Universitat de València

De todos los componentes de la generación de penalistas nacidos en los años cincuenta del siglo pasado y que, por tanto, van alcanzando en esta década la edad de jubilación, ha sido sin duda José Luis de la Cuesta el que ha alcanzado los puestos académicos más altos de representación internacional. Ha sido Presidente de la AIDP (Association Internationale du Droit Penal), cargo para el que fue elegido en Beijing en 2004 y que ocupó durante diez años, sucediendo a Cheriff Bassiouni.

También en eso, José Luis heredó de su Maestro, el por tantas razones añorado Antonio Beristáin, un interés especial en que la penalística española tuviera una visibilidad de la que en aquella época carecía, al menos en términos representativos. Y de eso todos obtuvimos beneficio. Sus estudios sobre Derecho Penal Internacional, en diferentes aspectos constituyen desde entonces, las más importantes aportaciones emanadas desde nuestro país sobre la materia.

Lo que nunca fue óbice para una dedicación universitaria doméstica profunda. Fue Vicerrector del Campus de Gipuzkoa de una Universidad tan complicada en tiempo del cambio de siglo como la del País Vasco, y durante veintitrés años dirigió el Instituto Vasco de Criminología, del que actualmente es Presidente del Comité de Honor.

Nuestro homenajeado se ha ocupado, en su extensa obra académica, de muy diversos temas dogmáticos, político-criminales, criminológicos, peniten-

ciarios; ninguna rama relacionada con el Derecho Penal y la criminología ha quedado huérfana de sus aportaciones que, en numerosas ocasiones, suponían introducciones en cuestiones absolutamente novedosas. Por eso su lectura despierta tanto interés: cuando vemos una contribución suya intuimos, y siempre acertadamente, que vamos a aprender cosas que ignoramos y que incluiremos necesariamente en investigaciones de futuro. Y es que José Luis se mueve en gran parte por esa curiosidad que siempre vive en una persona tan inteligente y tan capaz como él.

Eso le ha llevado también, si se quiere siguiendo la estela de su Maestro, a ser protagonista en la relación de la Universidad con su entorno social, que es algo bastante más amplio que lo que los teóricos del academicismo contemporáneo han dado en denominar «transmisión del conocimiento» y que pertenece sin duda al nódulo de todo universitario que se precie. En reconocimiento a esa función y completando su extensa biografía académica puede leerse que es Miembro de Jakiunde, Academia de las Artes, las Ciencias y las Letras, de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, ha recibido el Premio Euskadi de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades y es Doctor honoris causa por tres Universidades, lo que le faculta para utilizar el tan deseado *dr. h. c. mult. Y last but not least*, ha sido Miembro de la Junta Directiva del muy prestigioso Orfeón Donostiarra.

Por todo ello, hemos considerado que nuestra contribución al tan merecido Libro Homenaje a José Luis de la Cuesta debía ocuparse de una cuestión novedosa, transversal, preocupante y necesitada de una perspectiva crítica, que tiene un pie en la criminología y otro en el Derecho Penal, y que se inserta en tendencias internacionales relacionadas con la preocupación por los delincuentes peligrosos, y la implementación de algoritmos y (en un futuro, probablemente) inteligencia artificial para el control penal y penitenciario, cuestiones todas ellas de las que se ha ocupado José Luis de la Cuesta a lo largo de su extensa y fructífera trayectoria académica¹.

¹ Por ejemplo, y por citar solo algunas de las numerosas publicaciones del homenajeado, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2025). «Las reglas penitenciarias europeas: origen, desarrollo y perspectivas». En E. Mestre Delgado (ed.), *Estudios de derecho penitenciario en homenaje al prof. Carlos García Valdés*, pp. 557-578; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M. (2024). «Inteligencia artificial y responsabilidad penal: cuestiones de parte general y especial en la perspectiva de la Asociación internacional de Derecho Penal». En M. Richard González (Ed.), *Estudios sobre los efectos de la aplicación de la inteligencia artificial en el sistema jurídico*, pp. 497-507; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2008). «¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?» *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 10; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2021). «Sobre el tratamiento penal y penitenciario de la delincuencia (más) peligrosa». En M. Abel Souto et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, pp. 409-422.

En 2021 el Gobierno Vasco asumió la competencia en materia penitenciaria, y está considerando la posibilidad de introducir en la gestión de sus prisiones una herramienta de valoración del riesgo similar a RisCanvi, el sistema que la Generalitat de Catalunya lleva utilizando en las prisiones catalanas desde hace ya varios años, para valorar de manera estandarizada y estructurada el riesgo de aparición de diferentes conductas problemáticas, entre ellas la reincidencia. No cabe descartar que en un futuro más o menos lejano el Ministerio del Interior se plantee algo similar respecto del territorio que es de su competencia, pues parece que a ello empujan las tendencias internacionales ya mencionadas. A continuación enumeraremos varias cuestiones que a nuestro juicio debería tener presentes cualquier administración pública que quiera transitar esta vía, para hacer compatibles la protección de la seguridad pública y la prevención eficaz de la reincidencia, por un lado, y los derechos fundamentales de los internos y las exigencias de un estado democrático de derecho, por otro ².

I. EL PAPEL DEL RIESGO EN EL CONJUNTO DE LOS FINES DE LA PENA

Las herramientas de valoración del riesgo de reincidencia estiman la probabilidad de que cada individuo cometa nuevos delitos, para que ese riesgo se pueda gestionar y minimizar adecuadamente. Ahora bien, articular la ejecución penitenciaria sobre el criterio del riesgo de reincidencia no es una obligación; es una opción. Y el hecho de que existan herramientas para estimar ese riesgo no significa que sea la mejor opción.

El art. 25.2 de la Constitución no obliga a que la ejecución de las penas de prisión se diseñe tomando el riesgo de reincidencia como criterio principal. Dicho precepto dispone que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», pero de ahí no deriva que la búsqueda de la reinserción social tenga que pasar necesariamente por la medición del riesgo de reincidencia. La reinserción podría buscarse también por otras vías, por ejemplo intentando reducir el riesgo de

² Debido a las características de esta contribución y a la extensión máxima permitida, limitamos las referencias bibliográficas al mínimo y prescindimos de una argumentación detallada; puede verse una fundamentación mucho más amplia y argumentada de las ideas que aquí se exponen en MARTÍNEZ GARAY, L. (2026). «Las dos caras de los algoritmos de estimación de riesgo en el ámbito penitenciario: recomendaciones para conjugar prevención y garantías». En J. Aldaz Arregui, J. y A. Martínez González (eds.), *La predicción del riesgo y el riesgo de la predicción en los sistemas penitenciarios*, Aranzadi.

exclusión social que genera el sistema penitenciario, puesto que hay buenas razones para pensar que la exclusión social favorece la delincuencia, y que su reproducción o reforzamiento por parte del sistema penitenciario puede generar más delincuencia a medio y largo plazo. Necesitaríamos, entonces, herramientas para medir ese otro riesgo, que pueden construirse también³. Por otro lado, y en cualquier caso, nuestro Tribunal Constitucional se ha cansado de repetir que el art. 25.2 CE ni establece un derecho subjetivo del preso a la reinserción, ni obliga a que la reinserción social sea el único fin de las penas privativas de libertad, ni tampoco el principal. El art. 25.2 es perfectamente compatible, por tanto, con tratar de garantizar otras finalidades a través de la ejecución de las penas, como por ejemplo asegurar una ejecución no discriminatoria de las mismas.

Por ello, la primera cuestión a considerar, antes de implementar en el sistema penitenciario vasco algo similar a Riscanvi, es pensar cuánta importancia se le quiere dar al riesgo de reincidencia, y cuánta a otros criterios y a otros fines de la pena que son también legítimos. No estamos sugiriendo prescindir del riesgo: numerosos preceptos de nuestra legislación penal y penitenciaria lo establecen como un aspecto a tener en cuenta para tomar decisiones. Pero no es el único criterio a valorar, y hay un margen amplio para combinarlo con otras consideraciones también muy relevantes.

II. RIESGO DE LOS INDIVIDUOS, RIESGO DEL SISTEMA

Los algoritmos de valoración del riesgo de reincidencia y de violencia se han diseñado para estimar el riesgo de los individuos, pero nada impide utilizarlos para analizar críticamente el sistema, y tomar medidas para mejorarlo. Esta es una ventaja de las estimaciones de riesgo sobre los «viejos» juicios clínicos de peligrosidad, que a mi juicio no ha sido suficientemente aprovechada hasta ahora.

Las valoraciones algorítmicas de riesgo extraen su riqueza del análisis de grandes conjuntos de datos, de diferentes muestras con muchos individuos. Al trabajar con grandes conjuntos de datos que se recogen y ordenan de manera sistemática, los estudios necesarios para diseñar herramientas como RisCanvi, y también los análisis que se hacen de sus resultados agregados, son en cierto

³ Un ejemplo es RIMES; *cfr.* Díez RIPOLLÉS, J. L. (2024). «El modelo politicocriminal de la inclusión social». *Boletín Criminológico*, 30, número especial 230, 1-44; Díez Ripollés, J. L., & García España, E. (2020). «RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social». *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 15(30).

sentido estudios epidemiológicos, porque analizan la frecuencia de la comisión de delitos y la variación de dicha frecuencia en grupos de personas, así como su asociación a una serie de factores. En Medicina, la epidemiología tiene relación con la clínica, pero también con la salud pública. Respecto de la clínica, los estudios epidemiológicos ayudan a formular hipótesis sobre los factores responsables de la aparición y evolución de las enfermedades, y sobre los tratamientos más adecuados, que luego pueden ser testados sobre individuos concretos para su curación. Respecto de la salud pública, la epidemiología ayuda en la prevención primaria, promoviendo prácticas que reduzcan la exposición de los sujetos sanos a los factores de riesgo que favorecen la aparición de las enfermedades. Piénsese solo en el caso del tabaco: una vez demostrado que es un factor de riesgo muy relevante para el cáncer de pulmón, las consecuencias no se han limitado a recomendar a los individuos que no se inicien en su consumo, o que lo abandonen (con ayuda de medicación específica si es necesario); también se han adoptado medidas como la prohibición de fumar en el lugar de trabajo, los transportes públicos y los bares y restaurantes.

En el sistema de justicia penal, las consecuencias que se han extraído hasta ahora de los estudios sobre estimaciones de riesgo se limitan a servir como apoyo para tomar decisiones sobre individuos concretos. Pero del conocimiento de los factores de riesgo asociados a la mayor o menor frecuencia de comisión de ciertos delitos en grupos de personas también pueden extraerse consecuencias para diseñar estrategias o políticas públicas que aborden esos factores de riesgo, no a nivel individual, sino poblacional. Los algoritmos de estimación del riesgo trabajan con la misma información que se utilizaba para hacer estimaciones clásicas de peligrosidad, pero tienen sobre estas la gran ventaja de que no son solo una «fotografía» de las necesidades criminógenas del individuo, sino también de las del sistema. Porque sistematizan un conjunto enorme de datos que, mirados de forma agregada, nos permiten ver, muchísimo mejor de lo que era posible sin los algoritmos, no solo las características individuales, sino también las dinámicas sociales y estructurales que favorecen la delincuencia y la reincidencia, pues muchos de los factores de riesgo son situaciones o circunstancias en las que el individuo se encuentra a consecuencia de condicionantes sociales.

Si la enfermedad mental, por ejemplo, está asociada a un incremento del riesgo de reincidencia violenta, es problemático utilizar ese dato para aplicar un régimen penitenciario más duro al individuo que la padece, porque puede generar discriminación (no solo porque padecer trastornos mentales sea un factor prohibido, sino también porque la asociación entre enfermedad mental y delito es muy compleja, y se debe en buena medida a la situación de mayor

vulnerabilidad en que se encuentran estas personas en la sociedad y ante el propio proceso penal, y no tanto a que sean más violentas)⁴. Sin embargo, esa misma información puede utilizarse para hacer otras cosas que no plantean ningún problema de discriminación ni de vulneración de derechos fundamentales, como, por ejemplo, para repensar el sistema de atención a la salud mental en prisión, y el modelo de los hospitales psiquiátricos penitenciarios, y suplir de una vez las escandalosas carencias que uno y otro evidencian⁵. O también para mejorar el sistema público de salud mental, para todos los ciudadanos. De ello derivaría probablemente un efecto de prevención primaria, y también terciaria, pues como es sabido la reinserción efectiva depende en buena medida de que al salir en libertad la persona cuente con un entorno y unos recursos favorables que le permitan consolidar la mejora que haya podido empezar a construirse en la prisión.

Tener información sobre los factores de riesgo de la reincidencia, obtenidos a partir de análisis sistemáticos de la conducta de muchos individuos, no obliga a utilizar esa información (solo) para tomar decisiones sobre los individuos; permite utilizarla también (¿o sobre todo?) para actuar sobre el sistema. Y cuando se utiliza para cambiar el sistema, muchas de las tensiones entre intervención y garantías se difuminan.

III. CRIMINÓLOGOS, MATEMÁTICOS Y JURISTAS

Las herramientas de valoración del riesgo que se emplean para la prevención del riesgo de reincidencia tienen dos caras: son instrumentos de intervención al servicio de la rehabilitación y reinserción social, pero también instrumentos de control y limitación de derechos fundamentales al servicio del mantenimiento de la seguridad pública.

Esta segunda dimensión no ha recibido en España la atención que merece, ni cuando RisCanvi se creó e implementó, ni tampoco en las revisiones y

⁴ MARTÍNEZ GARAY, L. (2024). «Un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual: la propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal». En V. Cervelló Donderis *et al.* (eds.), *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización* (pp. 413-464). Tirant lo Blanch.

⁵ Sobre todo ello *cfr.* CALCEDO-BARBA, A., ANTÓN-BASANTA, J., & PAZ RUIZ, S. (2023). *Libro blanco sobre la atención sanitaria a las personas con trastornos mentales graves en los centros penitenciarios de España*. SEPL & SESP; Grupo de Estudios de Política Criminal. (2023). Una propuesta alternativa para un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual. <https://politicacriminal.es/una-propuesta-alternativa-para-un-nuevo-regimen-penal-aplicable-a-las-personas-con-enfermedad-mental-o-discapacidad-intelectual>; Martínez Garay, ob. cit.

auditorías de que ha sido objeto hasta ahora. Hay razones que pueden explicarlo: la formación académica y experiencia profesional de quienes lideraron el proyecto era mucho más próxima a la psicología y a la criminología que al derecho; el contexto normativo era muy diferente hace 15 años; había mucha menos información acerca de los peligros que los algoritmos pueden suponer para los derechos fundamentales, y también mucha menos conciencia sobre estos riesgos, etc. Sea como fuere, no haber reconocido que RisCanvi tiene también, lo queramos o no, una dimensión de injerencia en los derechos fundamentales, ha hecho que la conversación (los debates acerca de su capacidad predictiva, de los sesgos y los efectos discriminatorios que puede producir, y de cuál es el nivel de transparencia que han de tener estos sistemas) haya parecido a veces por desgracia un diálogo de sordos, en el que a pesar de que todas las partes tienen (parte de) razón, paradójicamente ha resultado muy difícil llegar a los consensos que ineludiblemente hay que construir si se quieren seguir utilizando este tipo de herramientas en la gestión penitenciaria.

Por ello, sería imperdonable en el contexto actual actuar igual que cuando RisCanvi se implantó, y es imperativo atender desde el principio a las dos caras. Ser consciente de que están en juego los derechos a la intimidad, a la defensa, a la no discriminación, y que hay que cumplir con todas las obligaciones que en la actualidad derivan de la normativa de protección de datos y de la que regula el uso de inteligencia artificial y de sistemas automatizados de decisión por parte de las Administraciones Públicas. Ello requiere que juristas expertos en estos ámbitos participen desde el primer momento en el diseño y en la implementación, y también en la revisión y supervisión continua del sistema una vez se ponga en marcha.

IV. LA INTERACCIÓN PERSONA-MÁQUINA

Para conocer y evaluar los efectos reales de la implantación de un algoritmo es imprescindible saber cómo lo van a utilizar las personas. Los sistemas como RisCanvi no pueden ser vinculantes y requieren que la decisión final esté en manos de personas físicas⁶. Pero un algoritmo diseñado para funcionar solo como apoyo en la toma de decisiones puede convertirse en materialmente decisivo si quienes lo utilizan confían por sistema en sus recomendaciones sin

⁶ Así lo exige la normativa vigente: art. 14 LO 7/2021, art. 14 del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

cuestionarlas ni tomar en consideración ningún otro parámetro. Hay que contar con el sesgo de automatización. Por otro lado, cabe también que ocurra lo contrario: si no se establecen pautas sobre cómo manejar la información que da el algoritmo, si esto se fía por completo al criterio personal de cada individuo, ese margen de actuación humana podría dar al traste con la homogeneización de prácticas y la objetivación de criterios que se persigue con la introducción de las herramientas estandarizadas de estimación del riesgo. La interacción entre los algoritmos y las personas es complicada: los modelos pueden influir en la percepción de riesgo de las personas y condicionar las prácticas de trabajo, pero también las personas pueden manipular los modelos si no confían en sus resultados (por ejemplo, cambiando la información de entrada hasta conseguir que el sistema dé el resultado que la persona considera correcto)⁷.

Las personas que van a tener que utilizar algoritmos o herramientas estructuradas de riesgo deben tener formación: saber para qué se han implementado, qué objetivos se persiguen, cómo funcionan, sus debilidades y sus puntos fuertes, y disponer de criterios para saber qué importancia dar a los resultados. Debe recogerse de manera sistemática información sobre la experiencia de los profesionales con el uso del modelo para poder conocer cómo impacta este en la realidad, y tenerse en cuenta su opinión en la supervisión del sistema.

V. RECOMENDACIONES CONCRETAS

1. **Mantener la propiedad y el control sobre los modelos y sobre los datos**

La Administración debe mantener la propiedad y el control sobre el sistema y sobre los datos con los que se alimenta y que genera. Esto puede lograrse o bien construyendo la herramienta –como en RisCanvi– gracias a una colaboración entre la Administración pública y expertos académicos, o bien encargándola a un proveedor externo, pero asegurándose en este caso de redactar los pliegos de contratación de manera que la Administración sea la propietaria del sistema, tenga la propiedad intelectual exclusiva sobre los modelos y el control sobre todos los datos.

⁷ ALEMÁN ARÓSTEGUI, L. (2023). «El uso del RISCANVI en la toma de decisiones penitenciarias». *Estudios Penales y Criminológicos*, número especial 44 (Inteligencia artificial y sistema penal).

2. Necesidad de evaluación previa, continua, y por resultados agregados

Es necesario hacer una evaluación del funcionamiento del sistema penitenciario antes de implementar el algoritmo, identificar cuáles con las áreas que se quieren mejorar o los problemas que se desea resolver, y definir los objetivos a conseguir. Si no se tiene un punto de referencia, es complicado poder evaluar después si el uso del algoritmo ha mejorado o empeorado lo que había antes de él.

Hay que garantizar también la supervisión continua de los resultados del modelo a medida que este va funcionando, e integrar en esa supervisión la opinión de todos los actores interesados: no solo al personal de prisiones que trabaje día a día con él, sino también a otros actores interesados: abogados, jueces y fiscales. Deben evitarse situaciones como la de la Tabla de Variables de Riesgo, el algoritmo que se utiliza en el territorio gestionado desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para valorar el riesgo de quebrantamiento de los permisos penitenciarios, que no se ha actualizado desde que se introdujo en los años 90.

Es frecuente que los algoritmos o protocolos estructurados de valoración de riesgo se introduzcan a consecuencia de casos dramáticos en los que parece que se falló al identificar un riesgo que luego terminó en tragedia, y con el algoritmo se busca impedir que esos «errores» vuelvan a ocurrir⁸. Sin embargo, todo sistema tiene siempre unas tasas de error, que se pueden optimizar, y diseñar para minimizar errores de un tipo o de otro, pero no se puede garantizar el riesgo cero ni el 100% de acierto. Un algoritmo que consiguiera reducir la tasa de suicidios en prisión desde el 1 por mil al 0,5 por mil debería en principio valorarse favorablemente, y lo mismo cabe decir de la tasa de quebrantamiento de permisos, porque estaría mejorando los resultados agregados, a pesar de que de tanto en tanto un preso se quite la vida o un interno de permiso cometa un crimen muy grave. Es necesario resistir la presión de considerar como un fracaso del sistema cada nuevo incidente no evitado, porque de lo contrario se puede entrar en una espiral de endurecimiento no justificado. Cada

⁸ El origen de RisCanvi está ligado a la preocupación por controlar la reincidencia de los delincuentes peligrosos tras la excarcelación, especialmente delincuentes sexuales, tal como indicaron las conclusiones de la llamada «Comisión Mena» (Andrés-Pueyo, A. (2017). Predicción de la reincidencia penitenciaria en Cataluña por medio del RisCanvi. En E. Orts Berenguer, A. Alonso Rimo & M. Roig Torres (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho* (pp. 371-390), Tirant lo Blanch. También la introducción de la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) estuvo condicionada por la preocupación que suscitó en aquel momento el terrible crimen de Alcàsser, en el que uno de los autores había escapado de prisión el año anterior usando un permiso penitenciario.

«error» debe revisarse cuidadosamente, por si se han hecho las cosas mal y para aprender de cara al futuro, pero en muchos casos no se tratará de errores que hubieran podido evitarse, sino de las tasas de error inherentes al sistema⁹, que deben ser conocidas, debatidas abiertamente, y comprendidas.

3. Transparencia

Es necesario hacer un modelo transparente: tanto para los trabajadores que tendrán que utilizarlo, como para las personas internas en los centros penitenciarios y sus abogados, para los jueces y fiscales, y también el público en general y la comunidad académica en particular. Y del que se conozcan no sólo el código fuente y la documentación del algoritmo, sino también los conjuntos de datos garantizando, por supuesto, la imprescindible anonimización.

La política parcial de datos abiertos que ya sigue la Generalitat con RisCanvi es un ejemplo, en un contexto como el español que hasta ahora se ha caracterizado por una opacidad absoluta –y absolutamente injustificada– de los sistemas utilizados por las administraciones públicas. Demuestra que se puede ser transparente sin comprometer ni la intimidad de los presos ni la integridad y seguridad del algoritmo. Por otro lado, un modelo transparente incrementa la confianza de las personas en una herramienta que saben cómo funciona, y sobre la cual pueden tener por tanto un mejor juicio crítico y unas expectativas razonables.

La transparencia, al permitir el análisis por parte de terceros, redundará en la mejora de la calidad del sistema, porque posibilita que se detecten fallos y que sea posible corregirlos, y que se sugieran mejoras.

Reivindicar transparencia es una exigencia elemental de garantía de los derechos fundamentales y un instrumento habitual y normal de control del ejercicio del poder por parte de las administraciones públicas en las sociedades democráticas, que tiene que aplicarse también cuando ese control se ejerce a través de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial¹⁰. La propia auditoría que la Generalitat encargó sobre RisCanvi también lo recomienda¹¹. La Senten-

⁹ Y en muchas ocasiones el problema no estará en el nivel de riesgo estimado, sino en las medidas de precaución que se hayan implementado a raíz del mismo. El tema tiene, obviamente, una complejidad en la que no es posible entrar aquí.

¹⁰ BOIX PALOP, A. (2022). «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100 (Ejemplar dedicado a: Inteligencia artificial y derecho), 90-105.

¹¹ Dribia Data & Direcció General d'Afers Penitenciaris. (2024). Informe Tiresias: Auditoría del algoritmo RisCanVi. Generalitat de Catalunya. https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/RisCanvi/

cia del Tribunal Supremo n.º 1119/2025, de 11 de septiembre, dictada en el caso «Bosco», ha obligado ya a una Administración Pública a abrir un algoritmo y sienta un importante precedente sobre la importancia del derecho de acceso a la información pública y la necesidad de interpretar de forma restrictiva las limitaciones al mismo, que siempre requieren justificación suficiente. Y hay algoritmos de estimación del riesgo de reincidencia de código abierto que se usan en otras jurisdicciones sin ningún problema de seguridad ni de confidencialidad.

Si se opta por utilizar modelos de inteligencia artificial, la necesidad de garantizar la transparencia hará siempre preferibles modelos más sencillos y explicables frente a otros más oscuros. Aquí consideramos necesario aplicar un examen riguroso de proporcionalidad: sólo valdría la pena sacrificar un mayor grado de explicabilidad si los modelos más opacos y complejos demuestran que mejoran de manera notable tanto la capacidad predictiva como la mitigación de sesgos y discriminaciones frente a modelos más sencillos.

4. Conflictos con protección de derechos

Muchos de los problemas que generan los algoritmos de estimación del riesgo derivan de la tensión entre la finalidad de mejorar la gestión de la intervención rehabilitadora en prisión, y la de proporcionar estimaciones fiables de riesgo sobre las cuales adoptar de manera bien fundamentada decisiones limitativas de derechos. No es fácil dar soluciones para todos estos problemas, y todavía no se han ofrecido muchas propuestas, en parte debido precisamente a que se ha tardado en reconocer que estos problemas existan. Pero desde luego es ineludible empezar a pensar en cómo abordarlos, lo que requiere por parte de los juristas un esfuerzo de imaginación, ya que se trata de un escenario distinto al que hemos estado acostumbrados. A continuación proponemos algunas ideas, que deben entenderse solo como puntos de partida para fomentar esta necesaria discusión, y no como propuestas acabadas.

4.1 DIFERENCIAR ENTRE RIESGOS AUTO Y HETERODIRIGIDOS

En el sistema penitenciario la prevención de la violencia autodirigida (la prevención de suicidios y autolesiones) tiene claramente una dimensión tuitiva de la persona presa y no limitativa de derechos fundamentales. En los algoritmos diseñados para estimar este tipo de riesgo no es problemático, o no lo es tanto como en otros, utilizar factores de riesgo que constituyen motivos de

discriminación prohibida, precisamente porque no se va a discriminar al preso (adoptando decisiones que le son desfavorables) sino que se le va a proteger incrementando la atención, precaución y seguimiento. Por la misma razón, tampoco consideramos tan problemático en estos casos que los números de falsos positivos sean elevados: las preocupaciones por la dimensión garantista no tienen tanto sentido aquí (salvo que redunden en medidas de protección muy drásticas). Al contrario, la prioridad debe ser minimizar los falsos negativos, habida cuenta de que la Administración penitenciaria tiene en este caso una posición de garante de la vida y de la integridad física de los internos.

4.2 ESTABLECER OBJETIVOS REALISTAS

La prevalencia de algunas de las conductas cuyo riesgo estima Riscanvi es muy baja, especialmente en el caso del quebrantamiento de permisos. Esto hace necesario plantearse hasta qué punto vale la pena introducir un algoritmo para rebajarla más aún, ya que cuando un fenómeno tiene una prevalencia muy baja cualquier intento de prevenir su aparición generará porcentajes muy elevados de falsos positivos. Por ejemplo, el informe de auditoría sobre RisCanvi explica que, puesto que la tasa de quebrantamiento de permisos es solo del 0,5% de los permisos concedidos, un algoritmo que estimase bajo riesgo en todos los casos tendría una tasa de acierto del 99,5%. No es que ese 0,5 no se pueda rebajar, pero ello sería al precio de denegar por riesgo alto muchos permisos que en la actualidad se conceden y en los que no ocurre ninguna incidencia. La cuestión es: si los permisos son un instrumento esencial del tratamiento y de la preparación para la vida en libertad, ¿merece la pena restringirlos a muchos internos que habrían hecho un buen uso de ellos sólo para conseguir reducciones mínimas en los quebrantamientos cuando la tasa actual ya es muy baja?¹² Hay que tener en cuenta no solo los efectos inmediatos de las decisiones individuales, sino los efectos a medio plazo que produce en el sistema la suma agregada de esas decisiones individuales.

¹² Huelga decir que estoy simplificando mucho una cuestión que es muy compleja, no solo porque la decisión final sobre los permisos recae en personas que utilizan los niveles de riesgo de RisCanvi solo como apoyo, sino también porque los criterios para la concesión de los permisos son complejos y problemáticos; *cfr.* Larrauri, E. (2025). Los permisos de salida, un primer paso al régimen abierto y las dificultades de los colectivos de inmigrantes para acceder a ellos. *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, número especial 25, 123-138.

4.3 USAR EL ALGORITMO PARA REFORMAR EL SISTEMA CUANDO ESTO REDUNDE EN UNA MEJOR GARANTÍA DE LOS DERECHOS

El algoritmo, y especialmente los datos que se obtengan de su supervisión continua una vez implementado, puede evidenciar que el marco normativo actual restringe en exceso la libertad sin proporcionar a cambio ningún beneficio en términos de prevención. Por ejemplo: las investigaciones hechas sobre RisCanvi muestran que la salida progresiva a la libertad, a igual nivel de riesgo inicial, correlaciona con un nivel de reincidencia menor. Si esto es así, los datos del algoritmo pueden utilizarse para reclamar una reforma de la regulación vigente (los límites que el Código penal impone para el acceso al tercer grado en algunos tipos de delitos), que elimine las barreras que ahora impiden este acceso escalonado a la libertad, siempre que no haya otras consideraciones relevantes que justifiquen mantenerlos. Otro ejemplo: los algoritmos ofrecen siempre niveles de riesgo graduables en un continuo. RisCanvi tiene 3: bajo, medio y alto, pero las probabilidades son continuas y los niveles podrían ser 4, 5 o más. Sin embargo, muchas decisiones que se toman sobre los presos son dicotómicas: permiso sí o no, tercer grado sí o no, libertad condicional sí o no. Pues bien, quizá en vez de utilizar los niveles de riesgo para decidir si sí o si no, el sistema podría diseñarse de manera que algunas de estas decisiones fueran automáticas una vez cumplidos determinados requisitos legales ajenos al riesgo (determinado tiempo previo pasado en prisión, ausencia de expedientes disciplinarios, padecer determinado grado de enfermedad, etc.), y que el nivel de riesgo sirviera para graduar el nivel de intensidad en el acompañamiento o supervisión, o el tipo de medidas de seguimiento más adecuadas. Esto reduciría en cierta medida el problema de los falsos positivos y negativos porque todos podrían acceder a los beneficios con independencia del riesgo, y este se utilizaría para establecer el nivel de vigilancia o acompañamiento, que es también graduable, como el riesgo¹³.

4.4 CONSTRUIR ESCALAS DIFERENTES PARA LAS FINALIDADES TRATAMENTALES Y PARA LAS DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Quizá no todos los factores que hoy por hoy integran RisCanvi tienen la misma relevancia para la estimación de la reincidencia futura. El informe de

¹³ Cfr. una propuesta en este sentido, aplicada a la revisión de la pena de prisión permanente, en MARTÍNEZ GARAY, L. (2023). «Revisión con riesgo bajo, y también con riesgo alto: razones para que las valoraciones de riesgo no impidan la revisión de la prisión permanente». *Revista General de Derecho Penal*, 39.

auditoría sobre RisCanvi apunta a que varios de los que actualmente conforman los algoritmos de las diferentes escalas son poco predictivos en este sentido¹⁴. Cabría quizá plantearse eliminar los que resultan más problemáticos en términos de derechos fundamentales, y comprobar si la capacidad predictiva del modelo sigue siendo lo suficientemente buena. Estos algoritmos «reducidos» serían los que se utilizarían para la predicción del riesgo cuando sobre esa base se tengan que tomar medidas restrictivas de la libertad. Al mismo tiempo, podrían mantenerse en paralelo algoritmos más extensos, que incluyeran todos los factores que, si bien resultan una base discutible sobre la cual tomar decisiones restrictivas de derechos, sí son necesarios para gestionar el riesgo: para diseñar los programas individualizados de tratamiento. Quizá esta propuesta no sea fácil de llevar a la práctica, por lo imbricadas que están ambas dimensiones en el sistema penitenciario. Podría también ocurrir que al excluir algunas variables la capacidad predictiva baje en exceso, y el algoritmo se vuelva inservible, aunque esto no necesariamente tiene que pasar. En cualquier caso, creemos que merece la pena al menos pensar si podría ser viable.

4.5 HACER UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EXPLÍCITO SOBRE LOS FACTORES DE RIESGO PROBLEMÁTICOS

Si se mantienen factores problemáticos en los cálculos de riesgo sobre los que se apoyan decisiones restrictivas de derechos, la presencia de esos factores debe ser analizada en términos de proporcionalidad. Las diferencias de trato por factores prohibidos son admisibles siempre que estén justificadas y sean proporcionadas (art. 4.2 ley 15/2022). Debe estudiarse, entonces, cuánto aporta cada factor a la estimación de cada conducta problemática, cuánto empeoraría la predicción si se prescindiera de él, y, si no es posible eliminarlo o sustituirlo por otro menos sensible, valorar si lo que ganamos en prevención de la delincuencia compensa o no el efecto discriminatorio que produce. En EEUU por ejemplo la raza es un factor completamente prohibido, que no puede figurar en ninguna herramienta aunque con ello se redujeran las tasas de errores. Hay que valorar si en nuestro contexto este puede ser el caso de algunos factores, como las enfermedades, la discapacidad, las preferencias sexuales u otros. Y, si no, abrir la discusión sobre hasta qué punto la prevención puede justificar según qué discriminaciones.

¹⁴ Dribia Data & Direcció General d'Afers Penitenciaris, ob. cit., pp. 6 y s., 47 y s.

4.6 DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Las consideraciones que hemos hecho en los dos párrafos anteriores no eliminarían el problema de la discriminación indirecta, que es la que se produce cuando las estimaciones de riesgo dan resultados diferentes para grupos sensibles a pesar de que las características que los individualizan no estén expresamente contempladas como factores de riesgo. Para enfrentar este problema es necesario, en primer lugar, estudiarlo: identificar si hay diferencias en los resultados o no, y en su caso cuantificarlas. Después, determinar a partir de qué punto (de qué porcentaje de trato dispar) podemos considerar que existe una discriminación prohibida¹⁵. Y, en caso de que efectivamente se dé, habrá que pensar estrategias para abordar esta situación, estrategias que probablemente pasen no sólo por el rediseño de los algoritmos, sino también por el del contexto en el que operan (siguiendo con el ejemplo de la enfermedad mental: puede ser necesario reformar la atención a la discapacidad a lo largo del proceso penal, la atención a la salud mental en prisión, transferir esas competencias a las comunidades autónomas etc.)

¹⁵ Cfr. consideraciones interesantes, a la luz de la jurisprudencia europea y de la propuesta de reglamento de inteligencia artificial, en SORIANO ARNANZ, A. (2023). «Creating non-discriminatory Artificial Intelligence systems: balancing the tensions between code granularity and the general nature of legal rules». *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 38.

99. OTRAS FORMAS DE EXPANSIÓN PUNITIVA: LAS CONSECUENCIAS COLATERALES DE LAS SANCIONES PENALES EN ESPAÑA

NOELIA CORRAL MARAVER¹

Profesora Titular de Derecho Penal, UNED

I. INTRODUCCIÓN

Poder participar en el homenaje al querido maestro José Luis de la Cuesta Arzamendi supone para mí, lejos de una obligación, un honor y una gran alegría. Elegir la temática sobre la que escribir unas líneas, intentando relacionarla con alguna de aquellas a las que él ha dedicado su larga trayectoria, puede llegar a ser complicado, en especial si tenemos en cuenta que su obra es ingente y muy variada. Sin embargo, ha querido la casualidad que en los últimos tiempos venga yo trabajando en un tema por el que el profesor De la Cuesta demostró interés hace pocos años: el de las sanciones adicionales o

¹ Este trabajo se ha podido llevar a cabo gracias a mi participación en el proyecto «Identities colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» (PID2022-138077OB-I00) y el proyecto «Hacia un modelo político criminal de la inclusión social: Transformación de las agencias penales para reducir la exclusión y promover la inclusión (PID2024-158413NB-I00), ambos financiados por el Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades. Asimismo, parte de este trabajo se elaboró con ocasión de una estancia de investigación en el John Jay College de la City University of New York (CUNY), Estados Unidos, que fue posible gracias a un ayuda de movilidad José Castillejo-Fulbright del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Un trabajo similar se presentó y expuso en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Penal de las Universidades Españolas en A Coruña en junio de 2025. La investigación se encuentra aún en marcha y dará lugar a ulteriores publicaciones más detalladas en un futuro próximo.

consecuencias colaterales del sistema penal². Sirva este breve trabajo para contribuir a su estudio y, al mismo tiempo, para ilustrar la profunda admiración y afecto que siento por su persona.

La mayor parte de los análisis jurídicos o político-criminales de nuestros días que se encargan de estudiar los marcos punitivos se ocupan de forma prioritaria de las penas y, particularmente, de la sanción más grave del ordenamiento jurídico: la prisión. Desde hace ya una década la atención se ha orientado a la nueva modalidad de prisión permanente revisable (PPR), la máxima sanción de nuestro ordenamiento y que, pese a lo dicho por el Tribunal Constitucional, a muchos nos sigue planteando enormes dudas en cuanto a su constitucionalidad y a su humanidad³. Si bien dicho interés está más que justificado, esto nos ha llevado a menudo a desatender otro tipo de sanciones que también inciden, a menudo con mayor frecuencia y con graves efectos, en la vida de las personas condenadas. Algunas de estas son también sanciones recogidas en nuestro Código penal, como la amplia –y en los últimos años creciente– gama de penas privativas de derechos existente. Además, junto a las penas formalmente previstas en el Código y expresamente impuestas en sentencia, existe un conjunto amplio y heterogéneo de efectos jurídicos y sociales derivados de la condena que operan fuera del Derecho Penal en sentido estricto y que, no obstante, condicionan de manera profunda y duradera la vida de quienes han tenido contacto con el sistema penal.

Estas medidas son las denominadas *consecuencias colaterales de las sanciones penales*. Su existencia a menudo resulta invisible a los ciudadanos, a los operadores jurídicos y a la doctrina penal, que las desconoce o pasa de puntillas sobre ellas. Precisamente por operar fuera del núcleo del Derecho Penal, estas consecuencias suelen quedar al margen del debate público, del control judicial y del sistema de garantías propio del *ius puniendi*. Sin embargo, no cabe duda de que este tipo de medidas suponen un notable incremento del control penal y contribuyen a intensificar los efectos punitivos sin recurrir formalmente al endurecimiento de las penas ni a la creación de nuevos tipos delictivos, aumentando con ello la exclusión social. Por todo ello, su estudio, control y crítica merece nuestra mayor atención.

Este breve estudio va a tratar de indagar en estas medidas extrapenales, que actúan más allá del cumplimiento de la pena. Partiremos del estudio del concepto y sus características, basándonos fundamentalmente en trabajos y

² Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español», *Revista Penal*, n.º 50, 2022, pp. 53-63.

³ Es imposible mencionar todos los valiosos trabajos doctrinales que se han escrito tratando este tema. Yo misma me he ocupado del mismo en múltiples ocasiones, desde diferentes prismas.

estudios en el ámbito anglosajón, donde han sido objeto de mucha mayor atención, en especial en los Estados Unidos⁴. A continuación, apuntaremos, siquiera someramente, algunas de las consecuencias colaterales actualmente existentes en España, poniendo de relieve su relevancia práctica y sus efectos sobre la reintegración social de los condenados. Se dejará para futuros trabajos un desarrollo más amplio y pausado de un tema, cuya extensión y complejidad supera con mucho la extensión del presente capítulo.

II. LAS CONSECUENCIAS COLATERALES DE LAS SANCIONES PENALES

1. Concepto de consecuencias colaterales

Las denominadas consecuencias colaterales –*collateral consequences* en la doctrina anglosajona– de las sanciones penales consisten en la privación de determinados derechos políticos, civiles o sociales a los condenados y excondenados por el mero hecho de la imposición de una pena, normalmente de prisión, aunque no necesariamente. Las consecuencias colaterales son distintas de las penas privativas de derechos que aparecen en los códigos y leyes penales –aunque en ocasiones los contenidos de algunas pueden solaparse– y de aquellas medidas que pueden imponerse en sentencia judicial como penas principales o como accesorias⁵. Tampoco se identifican con lo que conocemos como consecuencias accesorias⁶. Por el contrario, este tipo de medidas suelen quedar fuera de la legislación penal, no aparecen en las leyes penales ni se reflejan en las sentencias y, en su lugar, se

⁴ Como ejemplo de buenos estudios sobre consecuencias colaterales en EE.UU., véanse WHITTLE, T. N., «Felony Collateral Sanctions Effects on Recidivism: A Literature Review», *Criminal Justice Policy Review*, 2018, vol. 29(5), p. 506; CHIN, G. J. «Collateral Consequences of Criminal Conviction», *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, Volume 18, Issue 3, 2017, pp. 1-17; EWALD, A. C., «Collateral Sanctions», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, December 16, 2017, pp. 1-38; JACOBS, J. B., *The Eternal Criminal Record*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

⁵ Díez RIPOLLÉS, J. L., «Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos», *InDret* 4/2014, p. 5; CONTRERAS ROMÁN, M., «Cesta 7. Estatus legal y social de delincuentes y exdelincuentes», en García-España, E. / Cerezo Domínguez, A. I. (dirs), *La exclusión social generada por el sistema penal español. Su medición internacional por RIMES*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 316. Véase asimismo la aclaración respecto de las penas privativas de derechos de la nota a pie n.º 21 de este trabajo.

⁶ Las consecuencias accesorias son una serie de privaciones de bienes o derechos que acompañan a la pena impuesta. En el sistema penal español estas son el decomiso, las medidas del artículo 129 CP y la toma de muestras de ADN. Su naturaleza jurídica puede ser debatida, pues puede no ser sancionatoria o ser mixta, pero, en todo caso, estas están previstas las normas penales, no dispersas en normas externas.

encuentran dispersas en otro tipo de normas (civiles, administrativas, laborales...).

Según la definición más conocida, dada por la *American Bar Association*, las consecuencias colaterales serían aquellas sanciones o desventajas que se imponen a una persona de manera automática por el hecho de haber sido condenada a una pena, que puede ser de prisión o de otra naturaleza, aunque no se incluya en la sentencia⁷. Aunque normalmente son de imposición automática y obligatoria, en algunos supuestos son discrecionales⁸.

La doctrina especializada tiene a distinguir las consecuencias colaterales de las denominadas descualificaciones discrecionales (*discretionary disqualifications*). Estas últimas también se aplican con base en una condena o detención previa, pero que pueden aplicarse o no a la persona⁹. A diferencia de las consecuencias colaterales propiamente dichas, que suelen ser de imposición obligatoria o automática, estas son discrecionales y se basan en prácticas de operadores públicos o entidades privadas. Sin embargo, en la práctica son muy numerosas. Las más frecuentes son aquellas que impiden o dificultan el acceso para ciertos empleos por el hecho de haber sido condenado por algún delito y tener antecedentes penales.

Entre las consecuencias colaterales¹⁰ más habituales están las siguientes: privación del derecho al voto, pérdida de empleos o nombramientos públicos o sujetos a licencia o de la idoneidad para obtenerlos, imposibilidad de acceso a ayudas públicas o viviendas sociales, imposibilidad de acceso a determinados trabajos, pérdida de otros derechos familiares o sociales o expulsión del territorio (condenados extranjeros). No obstante, en función del país pueden hallarse medidas de distinto tipo –pues no todos los países contemplan todas las anteriores– y con diferente alcance. Asimismo, hay grupos de delitos que suelen conllevar un mayor número de consecuencias colaterales como, por

⁷ «A legal penalty, disability or disadvantage, however denominated, that is imposed on a person automatically upon that person's conviction for a felony, misdemeanor or other offense, even if it is not included in the sentence». *ABA Standards for Criminal Justice: Collateral Sanctions and Discretionary Disqualification of Convicted Persons*, 2003. No obstante, esta definición no es exacta, pues también en ocasiones estas pueden derivarse de la mera detención, sin necesidad de condena o imponerse, aunque la pena no llegue a ejecutarse, en casos de suspensión o *probation*.

⁸ Véase informe *Collateral Consequences: The Crossroads of Punishment, Redemption and the Effects on Communities*. The United States Commission on Civil Rights, Junio 2019, p. 10. Disponible en www.usccr.gov.

⁹ «A penalty, disability or disadvantage, however denominated, that a civil court, administrative agency, or official is authorized but not required to impose on a person convicted of an offense on grounds related to the conviction». *ABA Standards...*, *op. cit.*

¹⁰ Utilizaremos el término en sentido amplio, englobando consecuencias y descualificaciones.

ejemplo, los delitos relacionados con el tráfico de drogas o los delitos de naturaleza sexual ¹¹.

Aunque las consecuencias colaterales pueden tener relación directa con el delito o grupo de delitos cometidos, son numerosos los casos en que dicha conexión es inexistente o remota ¹². Se imponen con carácter general o muy amplio, con lo que su aplicación no queda justificada por razones, por ejemplo, de peligrosidad (prevención especial negativa) ¹³.

2. Naturaleza jurídica ¿Son o no son penas?

No existe actualmente un consenso sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias colaterales. Para algunos, tienen naturaleza penal, mientras que para otros son medidas preventivas, pero sin que contengan los rasgos propios de los castigos.

La mayoría de la doctrina se decanta por su naturaleza punitiva, señalando que sus efectos pueden ser incluso más graves y duraderos que los de las penas de prisión (cuando estas no son elevadas o cuando son suspendidas), afectando gravemente a la vida de las personas que las sufren y, en ocasiones, a su entorno. Muchas de ellas impiden o dificultan en la práctica la reintegración social, ya que despliegan sus efectos tras el cumplimiento de la pena y mantienen al sujeto privado de una serie de prerrogativas o derechos durante un determinado periodo de tiempo o, en ocasiones, de forma definitiva ¹⁴. Por ello y porque suelen recaer a menu-

¹¹ En efecto, los sujetos condenados por delitos sexuales suelen recibir un tratamiento jurídico penal grave, el cual se ha ido recrudeciendo progresivamente en los últimos años. A ello se añaden medidas adicionales que pueden ser sanciones, medidas de seguridad o consecuencias colaterales. De especial relevancia respecto de estas últimas son los registros de delincuentes sexuales que se han ido creando en los últimos años en numerosos países, entre los que se incluye el nuestro. Véase *infra*.

¹² Para algunos no integrarían el concepto de consecuencias colaterales aquellas que sí están relacionadas directamente con el delito o delitos cometidos. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Sanciones adicionales a delincuentes...», *op. cit.*, p. 5. En mi opinión, no obstante, creo que este no es el rasgo que debería servir para distinguir las consecuencias colaterales de aquellas que no lo son, sino que debe atenderse más bien a su naturaleza sancionatoria y a su imposición dentro del proceso penal. Esto no significa que la cuestión sea baladí, pues sí puede incidir en la consideración de su pertinencia, necesidad o legitimidad como medidas de naturaleza preventiva. De hecho, la *American Bar Association* usa este criterio, el de su relación con el delito cometido, no como herramienta de definición, sino como criterio de legitimidad, pretendiendo eliminar todas aquellas que, por no tener relación con el delito, carecían de razón de ser.

¹³ Véase *Collateral Consequences: The Crossroads of Punishment...*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴ En efecto, su duración es muy variable. En algunos lugares se encuentran consecuencias colaterales de duración indeterminada o que se mantienen –pues la cancelación no suele ser automática– salvo que

do en una de las capas más vulnerables de la sociedad (la población penitenciaria, una vez excarcelada) son medidas que contribuyen a la exclusión social ¹⁵.

Sin embargo, su ubicación fuera de la legislación penal suele llevar a los legisladores y a los tribunales a negar su carácter sancionatorio y su vinculación directa con el sistema de justicia criminal y a excluirlas del paraguas de garantías y límites que rige el Derecho Penal (o incluso el derecho administrativo sancionador) ¹⁶.

3. ¿Existen consecuencias colaterales en España?

Las sanciones o consecuencias colaterales han sido muy estudiadas en el contexto anglosajón y en particular en Estados Unidos, donde su volumen ha llegado a ser tan elevado que ha provocado que en los últimos años los legisladores y representantes políticos, incluso de diferente signo político, se vuelquen en el control y reducción de al menos algunas de ellas ¹⁷.

Los abrumadores datos sobre consecuencias colaterales que tenemos de Estados Unidos pueden llevarnos a pensar, con cierto alivio, que en nuestro contexto, en los países del entorno europeo, este tipo de consecuencias son inexistentes o marginales. Así, nuestros sistemas penales se rigen por un estricto principio de legalidad y por un sólido paraguas de principios y garantías jurídicas, que actuarían como sólida barrera de contención. La anterior afirmación es lógica y no carece de justificación. La situación de Estados Unidos es excepcional o no extrapolable a nuestro territorio; esto resulta innegable. Ni en

el sujeto interese la rehabilitación, lo que en ocasiones supone procedimientos complejos y costosos, poco accesibles al ciudadano medio.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Sanciones adicionales a delinquentes...», *op. cit.*, p. 17.

¹⁶ A modo de ejemplo, pensemos que estas sanciones colaterales pueden no estar vigentes en el momento de la condena, pero sí crearse con posterioridad y aplicarse al excondenado con antecedentes penales activos; en tal supuesto, de ser consideradas sanciones, violarían el principio de irretroactividad reconocido tanto en nuestra Constitución como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷ Las estimaciones en un informe elaborado por la Comisión de Derechos Civiles del Congreso de los EE.UU., remitido al entonces gobierno –la primera administración Trump–, es que en 2019 existían unas 44.000 consecuencias colaterales asociadas a las condenas penales en todo el país, incluyendo tanto consecuencias colaterales propiamente dichas como las descualificaciones discrecionales. Informes más recientes y el *National Inventory of Collateral Consequences of Conviction* (NICCC), que es registro interactivo de las sanciones colaterales existentes creado en el marco del Departamento de Justicia del país, hablan de más de 40.000. La gran mayoría tienen que ver limitaciones respecto del empleo y de los derechos de participación política (en particular, la privación del derecho de sufragio activo). Véase *Collateral Consequences: The Crossroads of Punishment...*, *op. cit.*, p. 1; MILLER, A., PAIGE, B., & TROCHESSET, A., «Collateral Consequences of Criminal Records», en *Caseload Highlights: Special Issue*, November 12, 2021.

Europa ni en España existe el elevadísimo número de consecuencias colaterales que allí se observa. Sin embargo, ello no debe debamos a afirmar, sin apenas sustrato probatorio, que aquí ese tipo de medidas sean marginales¹⁸. De hecho, si algo nos ha enseñado el estudio de las consecuencias colaterales en dicho país es que estas se mantienen con facilidad en la sombra, invisibles e indetectadas por juristas y operadores jurídicos. En este sentido hemos de señalar que los estudios que al menos en nuestro país se han encargado de este tema –muy escasos, si bien con una calidad muy notable¹⁹– demuestran que el número de consecuencias colaterales de las sanciones penales en España puede ser superior al esperado.

El presente trabajo se propone, por tanto, identificar algunas de las consecuencias jurídicas que sufren las personas condenadas una vez cumplida la pena. La decisión de llevar a cabo dicho estudio se produce tras estudiar la legislación estadounidense y ante la sospecha –amparada por los trabajos doctrinales existentes y en los datos obtenidos en un proyecto de investigación en el que he participado– de que dicha tendencia a desregular penalmente las consecuencias jurídicas de las sanciones y a dispersarlas por otras ramas del ordenamiento jurídico es un fenómeno no infrecuente en nuestro país, que incluso podría haber ido a más en los últimos años, en correlación con lo observado en otras latitudes²⁰.

¹⁸ Defienden su no excepcionalidad: CORDA, A., ROVIRA, M., HENLEY, A., «Collateral consequences of criminal records from the other side of the pond: How exceptional is American penal exceptionalism?», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 23(4), 2023, p. 520.

¹⁹ Destacan especialmente los trabajos de Larrauri y Rovira. Véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LARRAURI PIJOAN, E. / JACOBS, J. B., «Reinserción laboral y antecedentes penales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC*, 13-09, 2011, pp. 1-25; LARRAURI, E. «¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?» Actualización del artículo RECPC 13-09 (2011), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Reflexiones -Recensión), 15-r3, 2013, pp. 1-15; ROVIRA SOPENA, M., «El estigma de los antecedentes penales en el mundo laboral. Un estudio experimental», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, n.º 15, 2017. Recientemente han surgido numerosos estudios que abordan parcialmente alguna consecuencia colateral, con ocasión del estudio del Registro Central de Delincentes Sexuales y Trata de Seres Humanos. Véase a modo meramente ejemplificativo LLEDÓ BENITO, I., «El Registro Central de delincentes sexuales y trata de seres humanos. La experiencia comparativa con el modelo de registro de delincentes sexuales en EE.UU.», en Lledó Benito, I. et al. (dir.), *La protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 159-220; FERNÁNDEZ CABRERA, M. «Naturaleza jurídica de la normativa relativa al registro de delincentes sexuales a la luz de la jurisprudencia del TEDH y crítica a toda la regulación», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022, pp. 1-33; SALAT PAISAL, M. «Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano». *Revista Penal*, núm. 36, 2015, pp. 182-206.

²⁰ La falta de estudios sobre esta cuestión y la consiguiente invisibilidad de las consecuencias colaterales se deriva de, entre otros motivos, la dificultad para acceder a las normas que los regulan, pues están dispersas en normas de otras ramas jurídicas, distinto rango legal y diferente ámbito competencial y geográfico.

III. UNA MUESTRA DE CONSECUENCIAS COLATERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El presente trabajo, por su necesidad de concisión, no es el lugar idóneo para hacer un exhaustivo análisis de las consecuencias colaterales que pueden encontrarse dispersas en nuestro ordenamiento. Con todo, vamos a proceder a un intento de señalar someramente y sin pretensión de exhaustividad algunos ejemplos concretos²¹ que podemos encontrar en la actualidad dentro de nuestras fronteras y cuyo interés parece innegable.

Podemos clasificar las diferentes medidas halladas en dos categorías en función del tipo de derecho de los condenados que restringen: a) Privativas de derechos civiles y políticos; b) Privativas de derechos sociales.

1. Consecuencias colaterales privativas de derechos civiles y políticos. **Exclusión del derecho a formar parte de un jurado**

A diferencia de los que ocurre en Estados Unidos, en España no son frecuentes las consecuencias colaterales que limitan derechos políticos. No existe una privación del derecho al voto (sufragio activo), ni a los condenados en prisión ni a las personas que salen y tiene antecedentes penales. La privación del sufragio pasivo sí existe como pena privativa de derechos, y está limitada a determinadas tipologías delictivas.

Sin embargo, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado sí prevé en su artículo 9 una genuina consecuencia colateral, pues impide ejercer la función de jurado a las personas que tengan antecedentes penales no cancelados por delito doloso. Aunque su impacto práctico pueda parecer limitado en nuestro país, esta exclusión posee un fuerte valor simbólico, al privar a determinados ciudadanos de una de las formas de participación directa en la administración de justicia.

²¹ Es imprescindible distinguir las consecuencias colaterales de las penas privativas de derechos reguladas en el Código penal. Estas últimas forman parte del sistema de consecuencias jurídicas del delito reconocidas como penas en el CP (artículos 39 y ss.). Normalmente están relacionadas con el delito cometido y con la peligrosidad criminal del reo. Su naturaleza sancionatoria conlleva que su imposición se haga en sentencia por el juez competente, conforme a las normas establecidas en el Código, que tengan una duración determinada y estén sujetas a todo el sistema de garantías que rigen las sanciones en nuestro ordenamiento (principio de legalidad, incluyendo irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de penas inhumanas...). No serían en ningún caso lo que aquí definimos como consecuencias colaterales, que están contenidas en normas extrapenales, se imponen al margen de la sentencia y, en muchos casos, se activan automáticamente por la mera existencia de antecedentes penales.

2. Consecuencias colaterales privativas de derechos sociales

Estas son las más numerosas, pues afectan a cuestiones muy diversas como la prohibición de obtener licencias administrativas, de acceder o seguir ejerciendo determinadas profesiones, establecen limitaciones para obtener becas o ayudas sociales, entre otras. A veces aparecen vinculadas a determinados sujetos o delitos, mientras que otras parecen darse de forma indiscriminada cuando se tienen antecedentes penales. En algunas ocasiones la consecuencia aparece en alguna norma, de alcance nacional, autonómico o local, mientras que en otras simplemente se pide entre los documentos a aportar en un determinado proceso selectivo un certificado de antecedentes penales, lo que parece dar pie a posibles descualificaciones. Sin ánimo de exhaustividad, menciono algunos ejemplos concretos.

a) DENEGACIÓN DE LICENCIAS Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

Numerosas normas administrativas condicionan la concesión o mantenimiento de licencias al hecho de no tener antecedentes penales. En muchos casos, la relación entre el delito cometido y la actividad restringida es inexistente o débil, lo que pone en cuestión el valor preventivo que puedan tener, reafirmando su contenido meramente sancionatorio.

Así, a modo de ejemplo, cabe mencionar que muchas ordenanzas municipales de municipios españoles prevén la prohibición de obtener o renovar licencias de taxi cuando se tienen antecedentes penales, a menudo con independencia del delito por el que se haya sido condenado²².

b) LIMITACIONES DE ACCESO A PROFESIONES Y EMPLEO PÚBLICO

Uno de los ámbitos donde las consecuencias colaterales tienen mayor impacto es el acceso a determinadas profesiones reguladas y al empleo público²³. La exigencia de carecer de antecedentes penales aparece en múltiples normativas sectoriales, a menudo sin atender a la naturaleza del delito ni su relación con la profesión desempeñada. Estas restricciones afectan de manera

²² Así ocurre actualmente en municipios de capitales de provincia como Zaragoza o Málaga, entre muchos otros. En Madrid existía esta medida que fue eliminada tras una iniciativa social impulsada desde sindicatos del sector del taxi y tras un informe del Defensor del Pueblo, que abogaba por su supresión.

²³ Véase LARRAURI PUJOAN, E. / JACOBS, J. B., «Reinserción laboral y antecedentes... *op. cit.*, pp. 4 y ss.

directa a las posibilidades de reinserción laboral de los condenados, que ven cómo determinadas puertas permanecen cerradas, tiempo después del cumplimiento de sus respectivas condenas.

En este sentido los ejemplos son numerosos y diversas normas impiden el acceso a profesiones como a la judicatura²⁴ o a la profesión de abogado, por impedirse la colegiación obligatoria²⁵. Asimismo, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público impide contratar con la Administración a aquellas personas condenadas por determinados delitos (artículo 71).

Por otro lado, también encontramos diversas prohibiciones de concurrir a determinadas oposiciones cuando se tienen antecedentes, lo que aparece detallado en sus respectivas convocatorias²⁶. En estos casos no hablamos del desempeño del puesto de trabajo, sino de una fase previa: las pruebas de selección que eventualmente y tiempo después (quizá ya con los antecedentes penales cancelados) pueda dar lugar al acceso a dicha profesión. Con ello se adelanta la consecuencia colateral, aumentando sus efectos.

Respecto de las consecuencias colaterales aplicables al empleo en el sector privado, no disponemos actualmente de datos fidedignos. Según algunos autores es probable que existan numerosas descualificaciones discrecionales –no provenientes de la legislación sino de la práctica empresarial– y que la falta de estudios empíricos nos impida de momento conocer mucho al respecto²⁷.

c) CONSECUENCIAS COLATERALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y SOCIAL

También en determinados procedimientos administrativos y civiles, como los procesos de adopción o acogimiento, la existencia de antecedentes penales

²⁴ La Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial impide, según su artículo 303, acceder a la carrera a cualquier sujeto que tenga antecedentes por delito doloso no cancelados y a los procesados, aunque aún no hayan sido condenados.

²⁵ El Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española establece en su artículo 9 que los antecedentes penales en algunos supuestos impiden la colegiación profesional

²⁶ Así ocurre en las oposiciones para acceder a determinados cuerpos de policía o en las de ayudantes de instituciones penitenciarias, entre otras.

²⁷ Se queja de la falta de estudios criminológicos en España que permitan demostrar si los empresarios privados solicitan certificados de antecedentes penales a sus trabajadores y en qué medida, LARRAURI PIJOAN, E. / JACOBS, J. B., «Reinserción laboral y antecedentes... *op. cit.*, p. 5. En todo caso, hemos de tener en cuenta que en España los antecedentes penales no son de consulta pública, lo que evita que se generalice esta práctica; aunque siempre es posible que se pidan en la oferta de empleo y es preceptiva la consulta en determinadas profesiones. A este respecto, véase *infra* lo relativo al Registro de delinquentes sexuales.

puede operar como causa de exclusión automática o cuasiautomática²⁸, lo que incide de forma intensa en la esfera personal y familiar. Algo similar ocurre en determinados municipios para los procedimientos de acceso a algunas ayudas sociales. En ellos no se menciona que los antecedentes penales sean un motivo de denegación, pero entre la documentación a presentar consta un certificado de penales, lo que nos lleva a sospechar que se está aplicando una descualificación discrecional²⁹.

3. Especial mención al Registro Central de Delincuentes Sexuales y Trata de Seres Humanos

La creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales se produjo en el año 2015 a instancias de la Ley 26/2015; su régimen se regula por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, si bien ha sido reformado recientemente. El registro, que de momento no tiene carácter público, contiene la identidad y una muestra del perfil genético de ADN de los condenados mediante sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación de menores, así como las penas y medidas de seguridad impuestas. Con ello se pretende hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países y facilitar el intercambio de información en este ámbito a nivel europeo. Pero su mayor utilidad reside en servir de instrumento para la aplicación general de una consecuencia colateral: la prohibición de dedicarse a un amplio abanico de profesiones relacionadas con menores de edad³⁰.

El registro ha sido regulado como un registro administrativo, al que se le reconoce una naturaleza preventiva y no sancionatoria. Los duros efectos que

²⁸ En la información disponible en la web oficial de la Junta de Castilla y León sobre los procesos de adopción se señalaba —cuando fue consultada en marzo de 2024— que iniciado el expediente en la fase de valoración debía aportarse un certificado de antecedentes penales de los solicitantes. No se señalaba si en caso de que existieran antecedentes estos suponían una denegación de la solicitud automática o en determinados supuestos. Actualmente, de la web ha desaparecido dicha información, que dice estar actualizándose.

²⁹ En una noticia publicada en el diario local del municipio de Alconchel (Extremadura) a principios de 2024 se señalaba entre los requisitos para optar a una vivienda de protección oficial en la convocatoria aprobada por el ayuntamiento un certificado de antecedentes penales de todos los miembros de la unidad familiar mayores de 18 años. Noticia en <https://alconchel.hoy.es/abierto-plazo-optar-vivienda-proteccion-oficial-alconchel-20240129021314-nt.html?ref=https%3A%2F%2Falconchel.hoy.es%2Fabierto-plazo-optar-vivienda-proteccion-oficial-alconchel-20240129021314-nt.html>

³⁰ La consecuencia colateral (la prohibición) está regulada en las correspondientes normativas sectoriales. Los empleadores deberán consultar directamente el registro o solicitar un certificado del mismo antes de proceder a la contratación.

la inclusión en mismo puede conllevar y la desproporción en la regulación de las inscripciones y su cancelación ha provocado la crítica unánime de la doctrina española que se ha dedicado a su estudio³¹. Se trata de un instrumento que, pese a haber pasado bastante desapercibido en el ámbito penal, va a convertirse en una enorme fuente de exclusión social en las próximas décadas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En este breve estudio se ha intentado llamar la atención sobre las conocidas como consecuencias colaterales. Aunque, como se ha dicho, en trabajos breves no es posible tratar el tema con el nivel de detalle que su complejidad y extensión harían aconsejable.

Cabe cuestionar su eficacia para el fin que quiera que persigan, el cual, en la mayoría de los casos no está nada claro, aunque cabe sospechar que no sea la resocialización³². También debemos cuestionar su legitimidad, pues, aunque formalmente no son consideradas sanciones y está fuera del ámbito penal, su contenido material es claramente punitivo. Son medidas que impiden a personas que han cumplido sus condenas (de prisión o de otra naturaleza) y con antecedentes penales activos conducir su vida con normalidad. No pueden llevar a cabo determinadas actividades, dedicarse a ciertas profesiones, acceder a determinadas ayudas o derechos sociales... El sistema distingue así a unos ciudadanos de segunda categoría a los que se les niega una plena inclusión social, en igualdad de derechos que el resto. En algunos supuestos esto contribuye a la marginación social de ciertos colectivos, que son vulnerables antes o después de su contacto con el sistema penal o a incrementar el estigma social que suele conllevar especialmente la estancia en prisión. Y todo ello se produce fuera del sistema de salvaguardas tan trabajosamente construido que rige el ordenamiento penal.

De la lectura de este texto puede apreciarse que las consecuencias colaterales existen en España. Aunque desconozcamos todavía su volumen y este no se acerque al que observamos en otros países, tampoco son, ni mucho menos, insignificantes. De hecho, han tenido un cierto auge en los últimos años con la

³¹ Por todos, SEITÚN, D. «El Registro Central de Delincentes Sexuales. Naturaleza Jurídica y aplicación en el tiempo», *Indret*, n.º 4, 2020, pp. 280 y ss.; FERNÁNDEZ CABRERA, M. «Naturaleza jurídica de la normativa...», *op. cit.* pp. 2 y ss.

³² Para que fuera la prevención especial deberían estar vinculadas al tipo de delito cometido o a la peligrosidad del condenado. Sin embargo, en la mayoría de los casos la aplicación es automática a cualquier tipo de antecedentes o a amplias categorías delictivas de diversa gravedad.

implementación del Registro de delincuentes sexuales. Su falta de visibilidad se debe a su dispersión y a que se encuentren en normas no penales, a las que los penalistas solemos dedicar una escasa atención.

Resulta por ello necesario visibilizar estas sanciones invisibles, valorar su verdadero alcance y someterlas a un análisis crítico. Solo así podremos saber exactamente los efectos que están produciendo en la práctica, ya podrían estar contribuyendo a expandir subrepticamente el sistema de consecuencias jurídicas del delito. A este valioso propósito habré de dedicar no pocos esfuerzos futuros.

100. ¿QUÉ HEMOS APRENDIDO DE LOS PAÍSES QUE HAN DESPENALIZADO ALGUNAS DROGAS?

ANTONIO CUERDA RIEZU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

*«Con la represión no se acabará
nunca con el narcotráfico»*
Mario Vargas Llosa

I. CONSECUENCIAS DE LA POLÍTICA DE PROHIBICIONISMO CASI ABSOLUTO DE LAS DROGAS

Seamos escépticos: conviene desconfiar sobre el bien jurídico protegido que se suele aceptar generalmente respecto de una norma penal. Arropado por esta suspicacia, pienso que no es verdad que los preceptos que penalizan o sancionan el tráfico de drogas¹, protejan la salud pública ni, si me apuran, la salud individual. Pues ¿qué salud se está protegiendo cuando como consecuencia de este sistema, que prohíbe prácticamente todo el ciclo de la droga, mueren o enferman gravemente los consumidores por sobredosis² o por emplear

¹ Artículos 368 y siguientes del Código Penal y artículo 36, apartados 16, 17, 18 y 19, de la llamada Ley mordaza, es decir, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

² En España murieron por sobredosis 739 personas en 2009 y al menos 767 en 2015. Fuente: *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, P. 12.

drogas adulteradas o mezcladas³, ya que no existe un control de estas sustancias por parte del Estado; y mueren o enferman gravemente los agentes del orden y los traficantes por sus frecuentes enfrentamientos⁴, o los diversos clanes entre sí en sus reyertas por deudas, traiciones o incumplimientos de acuerdos? Ese bien jurídico de la salud pública es un trampantojo que encubre y pretende justificar una política de falso puritanismo procedente de los Estados Unidos de América⁵, y que se ha impuesto internacionalmente, también en nuestro país.

Una ex consumidora declara: «las drogas están en todas partes, incluso ahora aquí, en este restaurante tan magnífico en el que estamos...»⁶. Las inmensas cantidades de poder y dinero que genera el tráfico de drogas provoca la existencia de narcotraficantes que se constituyen en mini-Estados o contra-Estados⁷. Y ese dinero y poder tiene una inusitada capacidad de corromper, no solo a particulares, lo que ya es grave por sí solo, sino sobre todo, lo que es peor, a funcionarios públicos: policías, guardias civiles, fiscales, jueces, agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, etc. y otras autoridades. Corrompen para que se relajen los controles o para que se ralenticen los juicios contra los narcos.

El soborno a las instituciones tampoco se queda atrás. Un juez que prefiere quedar en el anonimato declara: «En Galicia no ha habido un solo partido que no haya sido financiado por los narcos. Ni uno solo»⁸; bastantes de los capos de la droga en España han pertenecido a Alianza Popular, y después al Partido Popular, ejerciendo como Alcaldes en los Concellos gallegos.

Por su parte, la Iglesia católica también se ha dejado querer por los narcotraficantes. Jornadas antes del día del Carmen de 1981 hubo unas tormentas en las Rías Bajas que impidieron el traslado del tabaco de contrabando –ante-

³ D. SILVA FORNÉ, «Cambios a la normativa penal introducidos por la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana aprobada en Uruguay», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, n.º 88, 2017, p. 9: «la legislación prohibicionista invocando la tutela de la Salud Pública termina poniéndola en riesgo, al determinar la creación de un mercado negro que pone a disposición del mercado sustancias sin ningún tipo de control».

⁴ Por ejemplo, el 9 de febrero de 2024 murieron dos agentes de policía (Miguel Ángel González y David Pérez) arrollados por una narcolancha tripulada por traficantes en Barbate, y hubo además otros dos heridos con lesiones de diversa gravedad. Fuente: RTVE Noticias, 7-2-2025.

⁵ Sobre estos orígenes históricos, *cfr.* B. AGUILERA BARCHET, «Por qué prohibir las drogas no es una buena idea: apuntes sobre una aberración jurídica», en P. Chico de la Cámara y otros (dirs.), *Estudios de Derecho Público y Ciencia Política* in memoriam al Profesor Santiago Rosado Pacheco, Las Rozas: Aranzadi, 2024, pp. 623-651.

⁶ Sofia Cristo, hija de Bárbara Rey y Ángel Cristo, entrevistada en el diario *El País*, 24 de junio de 2025.

⁷ Nacho CARRETERO, «El monstruo del narco nos va a devorar», diario *El País*, 13 de junio de 2025, emplea el término contra-Estado.

⁸ N. CARRETERO, *Fariña*, 16.ª ed., Madrid: Libros del K.O., 2024, p. 117.

cedente de las drogas— desde el buque nodriza a las planeadoras; la tradición imponía que el 16 de julio las embarcaciones procesionaran engalanadas con flores para festejar a la Virgen; pues bien, como ese día amainó el temporal, los contrabandistas le preguntaron al párroco si era posible retrasar la celebración para poder descargar la mercancía prohibida; el párroco dio su consentimiento, de modo que las embarcaciones procesionaron al día siguiente, 17 de julio, algunas de ellas aún cargadas de cajetillas; la parroquia recibió entonces por parte de los traficantes unas «limosnas» fuera de lo común⁹.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad constatan que apenas se reciben denuncias por los delitos de tráfico de drogas¹⁰, lo que significa que hay una enorme y desconocida cifra negra de los hechos no denunciados; muchas veces esa cifra negra responde al temor por las represalias —ciertas o posibles— que puedan surgir de los narcos. La Fiscalía Especial Antidroga expresa en 2024 la preocupación sobre los aspectos económicos, como la detección de activos, la investigación del blanqueo de los fondos obtenidos con el narcotráfico, y la mejora en la gestión y venta de los bienes incautados a los narcos; asimismo menciona que la Comisión Europea ha reaccionado con preocupación al incremento de la delincuencia organizada vinculada al narcotráfico y a su mayor violencia, presentando, en octubre de 2023, una hoja de ruta basada en un incremento de los esfuerzos de prevención y refuerzo de la cooperación con los socios internacionales¹¹.

El prohibicionismo a ultranza del mundo de las drogas determina un extraordinario enriquecimiento de los narcotraficantes y un correlativo empobrecimiento del Estado —Estado a secas—, que no obtiene impuestos por este comercio y que además debe invertir una parte de su presupuesto en el descubrimiento del tráfico de drogas y en la dotación de importantes medios personales y materiales en esta lucha, que lamentablemente hoy se revela como infructuosa. A nivel mundial la ONU calcula que el blanqueo derivado de todo tipo de delitos rebasa los dos billones de dólares, una cifra que está por encima del conjunto de los bienes y servicios producidos en 2024 en España y Portugal juntos¹²; o que se aproxima al presupuesto de la Unión Europea para los años 2028-2034. En el ámbito europeo, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA) y EUROPOL estiman que los ciuda-

⁹ Cfr. CARRETERO, Fariña, cit., p. 57.

¹⁰ Vid. Ministerio del Interior, Balance de criminalidad, Primer trimestre 2025, p. 3. Según la *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, p. 15, las denuncias relacionadas con consumo y tenencia de drogas y otras infracciones graves relacionadas con las mismas, han aumentado en 2016 (392.900) con respecto a 2015 (390.843).

¹¹ Cfr. Fiscalía General del Estado, *Memoria 2024*, Introducción.

¹² Vid. «Delincuentes, SA» en el diario *El País*, *Negocios*, 22 de junio de 2025, p. 2.

danos de la UE gastan cada año más de 24.000 millones de euros en drogas ilegales ¹³. Pero no tenemos cifras del dinero que genera en España el narcotráfico ilegal.

No cabe duda de que los productos y servicios prohibidos son percibidos, sobre todo por la gente joven, con una aureola de atracción y seducción. Además, la necesidad de huir de la a veces dura realidad provoca que sectores de la población recurran con frecuencia a drogas legales –el alcohol, por ejemplo– o ilegales. La prohibición de algunos de estos productos que facilitan la evasión, no determina su absoluta desaparición del mercado, sino que provoca inmediatamente que se ofrezcan por canales clandestinos y que el precio de los mismos se incremente, a veces de forma muy considerable. La famosa Ley seca de los Estados Unidos de América fue una prueba irrefutable de lo que estoy expresando: el alcohol no desapareció entonces, sino que se siguió sirviendo en locales clandestinos y a un importe superior al anterior a la entrada en vigor de la prohibición. Lo mismo sucedería, pongamos por caso, si se decidiera prohibir bajo pena el uso y tenencia de un teléfono móvil; se nos ha generado tal dependencia del móvil, que tengo por seguro que en tal hipótesis los móviles no desaparecerían de la noche a la mañana, sino que seguiría habiendo un tráfico de móviles, posiblemente a un precio muy superior al actual. Y que veríamos a los ciudadanos ocultarse para recibir y realizar llamadas, al abrigo de miradas indiscretas.

Un mundo sin drogas es una utopía inalcanzable.

Ahora bien, el tráfico de las mercancías que se prohíben no genera impuestos. Las ganancias van a parar íntegras a los traficantes-distribuidores, incluso muchas más de las que corresponderán a los productores. Porque el traficante pone la mercancía a disposición de los lugares en que hay demanda y es esta demanda la que determina el precio final. Lo que en Colombia cuesta 100, en Estados Unidos o Europa puede valer 10.000.

Por el contrario, desde el año 2024 está permitido en Alemania tanto el cultivo privado del cannabis para consumo propio como el cultivo comunitario y no comercial en asociaciones; pues bien, se calcula que este negocio genera entre 1.000 y 2.000 millones al año, aunque la tendencia es al alza, ya que el número de clubes no es capaz de hacer frente a una demanda de varios millones de consumidores ¹⁴.

¹³ Fuente: *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, p. 13.

¹⁴ Las cifras de importación de cannabis medicinal experimentaron en Alemania durante el año 2024 un constante incremento: 8,1 toneladas en el primer trimestre; 11,6 toneladas en el segundo trimestre; 20,7 toneladas en el tercer trimestre; y 31,7 toneladas en el cuarto trimestre. Cfr. diario *El País*, 5-7-2025.

El alto precio de algunas drogas produce el efecto sobre los consumidores de que con frecuencia recurren a la comisión de delitos patrimoniales para poder pagarlas. Muchos de los hurtos y robos se practican, en efecto, para conseguir dinero con el que afrontar el coste de la droga. A su vez, esa actividad delictiva genera un mayor trabajo en los Juzgados, y a la postre incrementa la población penitenciaria con los condenados por tráfico de drogas. El sistema punitivo omicomprendivo respecto al narcotráfico relega a los consumidores a la marginación social, en vez de potenciar una perspectiva social y sanitaria sobre ellos.

Pese a esta criminalización generalizada del mundo de las drogas, el legislador ha introducido además el delito de blanqueo de capitales, lo que supone una nueva consecuencia en el ámbito normativo; se trata bien de incrementar la condena a los narcotraficantes, bien de facilitar dicha condena, de tal manera que, si no fuera posible hacerlo por el delito de tráfico, que al menos lo sea por el de blanqueo. Seguramente se ha tenido en mente el caso del norteamericano Al Capone, que nunca fue condenado por sus actividades mafiosas relacionadas con la ley seca, sino únicamente por delito fiscal en 1931, que cumplió en la cárcel de Alcatraz. Lo más difícil no es ocultar la droga, lo más difícil es ocultar el dinero que esta genera, pues la posesión de dinero impele al uso, y ese uso es «pegajoso», deja huellas. Igualmente se introduce en nuestro Código Penal una agravación cuando los narcotraficantes pertenecen a una organización delictiva¹⁵. Desde la Fiscalía se propone además la tipificación penal del transporte y almacenamiento de gasolina sin autorización administrativa (los llamados «petaqueros», en cuanto abastecen de petacas de gasolina) con el fin de impedir el suministro a las narcolanchas¹⁶, aunque algunos tribunales aplican en estos casos el art. 568 del Código Penal, que castiga la tenencia o el traslado de sustancias inflamables.

II. POLÍTICAS DE ALGUNOS PAÍSES QUE HAN DESPENALIZADO CIERTAS DROGAS

Aunque bastantes países, *de facto* o mediante reformas legales, están tolerando el consumo de cannabis y de otras drogas, prefiero centrarme en un par de casos que, a mi entender, son suficientemente representativos.

¹⁵ Arts. 369 bis y 371.2 del Código Penal.

¹⁶ Cfr. Fiscalía General del Estado, *Memoria 2024*, cit., cap. II, 5.4.2. También se critican las Asociaciones de cannabis de Cataluña, que «siguen reiterando actividades que van más allá de lo permitido legalmente», en *Memoria*, cit., cap. II, 5.3.2.

A José Mugica¹⁷, presidente de Uruguay, lo que más le gustaba era luchar por las reformas sociales. Ante el aumento del narcotráfico y la violencia que conlleva, se planteó un experimento de orden social: la legalización de la marihuana, con el fin de robarle el monopolio del tráfico al mundo clandestino. Se trataba de poner en manos del Estado la producción, distribución y venta del cannabis, para comprobar si se reducían los efectos nocivos de la prohibición absoluta. Contra el frecuente argumento de que un solo país no podía legalizar ninguna droga, porque en tal caso todos los consumidores del mundo acudirían allí sin riesgo de ser detenidos, Mugica tuvo el coraje necesario para sacar adelante la Ley 19.172, de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana, promulgada por el Poder Ejecutivo el 24 de diciembre de 2013, tras su aprobación en las Cámaras uruguayas; con esta disposición, los ciudadanos o residentes del país mayores de 18 años, previo registro, pueden autocultivar hasta seis plantas, adquirir hasta diez gramos por semana en farmacias autorizadas o pertenecer a un club cannábico, con un mínimo de quince socios y un máximo de cuarenta y cinco.

La argumentación que Uruguay empleó para rechazar la contradicción entre la Ley 19.172 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, sin necesidad por tanto de la denuncia de este Tratado, es aproximadamente la siguiente: las partes de la Convención no violarían la Convención si sus tribunales nacionales determinaran que la criminalización del consumo personal es inconstitucional, por oponerse a derechos fundamentales; y si es inconstitucional penalizar el consumo, también debería serlo tipificar la posesión para el consumo; y de esto resulta que en Uruguay resulta compatible la vigencia de la Convención de 1988 y el Derecho nacional¹⁸.

En el año 2014, ya con la vigencia de la ley uruguaya, la compra de cannabis al narcotráfico clásico (normalmente prensado, de origen paraguayo) era del 58%, pero en 2018 disminuyó de forma significativa hasta el 11%¹⁹. La política criminal uruguaya en materia de drogas consiguió darle un considerable mordisco al narcotráfico ilegal.

Sin embargo, como nada es perfecto, en septiembre de 2017, algunos bancos boicotearon la venta de marihuana cerrando las cuentas de las farmacias que

¹⁷ Aparece siempre sin tilde en la u, pero a mí me atrae más pronunciarlo como Múgica.

¹⁸ En este sentido, la declaración del senador Roberto Conde, ponente de la Ley en el Senado uruguayo; *cfr.* Junta Nacional de Drogas (Uruguay) – Friedrich Ebert Stiftung, *Cómo se reguló el cannabis en Uruguay según sus actores políticos y sociales*, Montevideo, 2015, p. 98.

¹⁹ Junta Nacional de Drogas, Uruguay, VII Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Población General.

la expendían y de algunos clubes cannábicos, así como de los productores. Eso ocurrió con el Santander y el Banco brasileño Itaú. Aparentemente el estatal Banco República (BROU) pareció resolver la situación, asumiendo la prestación de los servicios. Pero entonces el Bank of America y Citibank amenazaron con dejar de operar en dólares con el BROU si mantenía esas cuentas, con el argumento de que manejar dinero proveniente del cannabis era ilegal y atentaba contra las medidas para controlar el blanqueo de dinero y los actos terroristas²⁰.

Más lejos aún ha ido Columbia Británica, una provincia de Canadá, que está llevando a cabo un experimento con drogas duras²¹. Mientras que Uruguay prueba con la liberalización de una droga que no causa daños a la salud, Columbia Británica se atreve con productos más peligrosos. El origen de esta nueva política se centra en el dato de que en el año 2023 fallecieron más de 2.500 personas por sobredosis o por drogas mezcladas con fentanilo. Pues bien, a partir de enero de ese mismo año y hasta 2026 se ha puesto en marcha el experimento de permitir a los adultos poseer 2,5 gramos de heroína, fentanilo, cocaína o metanfetamina, sin el riesgo de ser detenidos o que se les incauten las drogas, salvo que consuman en las cercanías de escuelas y aeropuertos. Todo ello con el fin de reducir las barreras y el estigma del consumo de drogas duras y que así se atrevan a pedir ayuda o tratamiento para salvar su vida. Se trata de no criminalizar a las personas por el consumo de drogas, y de tratar esta cuestión como un problema de salud. Se pretende, en definitiva, reducir la tasa de muertes por drogadicción. Las acusaciones por posesión de drogas han experimentado una reducción del 76 % en el primer año del experimento. Sin embargo, la tasa de muertes por toxicidad ha aumentado un 5 %.

Pero nuevamente esta política se ha enfrentado a críticas, ante la posibilidad de que los niños puedan contemplar cómo un drogodependiente consume la sustancia en público. Sin olvidar que algunos políticos canadienses pretenden una vuelta a la prohibición absoluta simplemente con el fin de obtener más votos en las elecciones.

III. LA PETRIFICADA SITUACIÓN DE ESPAÑA RESPECTO A LAS DROGAS

Cuando escribo estas líneas, verano y otoño de 2025, hace ahora 36 años, concretamente en 1989, un total de 61 profesores y magistrados formulamos un

²⁰ Cfr. diario *El País*, 1-9-2017.

²¹ Cfr. para lo que sigue *BBC News*, Vancouver, 30-3-2024.

manifiesto a favor de la despenalización de las drogas²²; algunos añadimos nuestro personal granito de arena²³. Según el barómetro del CIS de abril de 2021, el 49,7 % de la población española está a favor de la legalización de la marihuana, porcentaje que se eleva hasta el 90,1 % si es para uso medicinal²⁴. Desde 1997 cada año se celebra en Madrid la Marcha Mundial de la Marihuana, en la que se solicita su legalización²⁵. Pero la verdad es que da la impresión de que esas iniciativas y propuestas se las llevó y se las sigue llevando el viento.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales algunas de las disposiciones de las Comunidades Autónomas que han intentado regular las asociaciones de cannabis. En estos casos lo que se discutía era si una ley autonómica puede ejercitar un *ius puniendi* en sentido negativo o *ius non puniendi*; es decir, si una ley autonómica puede restringir el ámbito de aplicación de un delito establecido en una ley penal estatal, declarando la impunidad de algunos supuestos²⁶. El Tribunal de Garantías declara al respecto lo siguiente: «aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente»; y añade: «hemos declarado (SSTC 142/1988 y 162/1996) que, siendo la legislación penal competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas». Puesto que una norma penal estatal en blanco se puede complementar con una norma autonómica, el resultado es altamente paradójico, ya que la norma autonómica sí puede servir para ese fin (perjudicial para el ámbito de libertad del ciudadano), mientras que sin embargo no puede excepcionar a la norma penal estatal estableciendo una cláusula de atipicidad o de justificación (beneficioso para el ámbito de libertad del ciudadano). Y en relación con el problema que nos ocupa, y mientras el legislador estatal no cambie de criterio,

²² El manifiesto, elaborado por el Grupo de Estudios de Política Criminal en 1989, se puede consultar en Díez Ripollés / LAURENZO COPELLO (coords.), *La actual política criminal sobre drogas: Una perspectiva comparada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 637 ss.

²³ A. CUERDA RIEZU, «La despenalización de las drogas: tres parábolas históricas y una conclusión», en *Jueces para la democracia*, 2/1994, núm. 22, pp. 25-27.

²⁴ Fuente: Barómetro del CIS de abril de 2021, preguntas 23 y 24.

²⁵ Vid. diario *Público*, de 9 de mayo de 2025.

²⁶ Así la STC 144/2017, de 14 de diciembre, ha declarado inconstitucional la Ley Navarra (Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre), reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra. Y la STC 100/2018, de 19 de septiembre, ha hecho lo propio con la Ley 13/2017, de 6 de julio, de la Generalitat de Catalunya, de asociaciones de consumidores de cannabis. Sin embargo, la STC 29/2018, de 8 marzo, declaró conforme con la Constitución la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, que también regula las asociaciones de cannabis, si se interpreta de una determinada manera.

los clubes cannábicos siguen estando prohibidos. Y, por lo tanto, el consumidor de esa sustancia debe seguir recurriendo al mercado ilegal.

De otro lado, el Tribunal Supremo sigue enzarzado en torno a cuestiones como cuándo una sustancia causa o no grave daño a la salud; o si la cantidad de la droga objeto de tráfico es o no de notoria importancia; o qué partes de la planta de cannabis son consideradas estupefaciente; etc. etc.²⁷; o si el consumo o tenencia de una droga en el interior de un vehículo no es sancionable mediante la Ley de Seguridad Ciudadana²⁸, o por el contrario sí lo es²⁹. Lo cual no debe extrañar a la vista de los muchos conceptos abiertos e indeterminados que emplean los tipos legales. Pero nuestra superior jurisdicción ordinaria no parece plantearse ninguna duda sobre la necesidad de que el mundo de las drogas caiga casi por entero en la órbita del Derecho Penal.

Llamativa es la sentencia del Tribunal Supremo 1957/2001, de 26 de octubre, por lo que se refiere a ponderar la relación entre salud pública y vida en el ámbito de las drogas. El supuesto de hecho consiste en que el ciudadano boliviano Pedro Francisco ejerce de «mula», es decir, porta en su interior 66 cilindros rellenos de cocaína, con un peso neto de 567 g. y una pureza media de 80,5 %, que iba a destinar a su posterior comercialización; Pedro Francisco es interceptado en el aeropuerto de Madrid Barajas; la sustancia intervenida hubiera alcanzado en el mercado clandestino un importe de ocho millones de pesetas (48.080 euros), aproximadamente. Ahora bien, su hijo Daniel, entonces con 14 años, presentaba en el cerebro un cuadro patológico de meninges (meningioma), debiendo ser intervenido quirúrgicamente a la mayor brevedad posible, ascendiendo el importe de la intervención quirúrgica a 9.000 dólares americanos; Pedro Francisco había solicitado un crédito a tal fin en la «Cooperativa de Ahorro y Crédito Cristo Rey CBBA Ltda.» de Cochabamba, que le fue denegado, por no cumplir con la política crediticia de la institución y por haber determinado la insolvencia económica para cubrir el pago del préstamo. Pedro Francisco F. S. introdujo la droga en España con el fin de poder pagar la operación de su hijo.

²⁷ Véase el artículo de M. A. VILLEGAS GARCÍA y M. A. ENCINAR DEL POZO, «Cuestiones jurisprudenciales sobre el cultivo y el tráfico de cannabis», *Diario La Ley*, 29 de abril de 2025, con numerosas referencias de sentencias del TS sobre estos temas.

²⁸ Esa es la opinión de la Instrucción n° 7/2025, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior), por la que se regula la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado respecto a la tenencia ilícita o al consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el interior de vehículos particulares, utilizados exclusivamente como medios de transporte estacionados.

²⁹ A esta conclusión llega V. MAGRO, Magistrado de la Sala Segunda del TS, «No se puede legitimar el consumo de drogas en el interior de un vehículo estacionado alegando privacidad», *Conflegal*, actualizado: 03/8/2025.

La Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia 71/2001, de 23 de febrero, condenó a Pedro Francisco como autor de un delito contra la salud pública, con la concurrencia de la eximente incompleta del estado de necesidad, a la pena de cinco años de prisión y once millones de pesetas (66.110 euros) de multa, además de al pago de las costas y comiso de los efectos intervenidos. La Audiencia estima una eximente incompleta porque «no cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar», sino que es mayor; «frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica no se pueden contraponer como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrojan con el tráfico de estupefacientes, tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas». Parece que predomina una valoración cuantitativa: el peligro para Daniel es un mal menor que los «muchos perjuicios» que se pueden ocasionar con la droga a «tantas personas». El Ministerio fiscal formuló un recurso de casación impugnando la apreciación como eximente incompleta del estado de necesidad; alegaba que era superior el mal producido por el delito de tráfico de drogas contra la salud pública y que no se había acreditado que el acusado hubiera agotado antes todas las posibilidades y remedios para curar a su hijo, antes de recurrir a la comisión del delito enjuiciado.

El Tribunal Supremo rechaza la impugnación del Fiscal, pero no cuestiona la admisión de la eximente incompleta del estado de necesidad: «El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta a la apreciación de la eximente completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la Sala de instancia». La resolución reconoce la «angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte»; pero la ponderación de males del alto Tribunal confirma la valoración de la Audiencia Provincial: «la mayor gravedad del ataque a la salud pública que el tráfico de drogas pueda representar en comparación con el mal que para otro bien jurídico personal del sujeto se quiere evitar, es obstáculo para la estimación de la eximente completa, pero no para la apreciación de la incompleta».

En definitiva: la vida de una persona que corre el riesgo probado de perderse vale menos que la salud pública puesta hipotéticamente en peligro por el consumo de la cocaína, que en realidad no llegó al mercado ilegal, al ser decomisada. Sería interesante saber cómo fundamenta el Alto Tribunal esta asombrosa ponderación de males, aunque todo apunta a que sigue empleando un criterio cuantitativo de un solo necesitado frente a muchos (posibles) afectados. En otro lugar, hace ya muchos años, mantuve, y hoy lo sigo creyendo, que en la

ponderación de vidas humanas, por imperativo del principio de igualdad, no cabe aceptar un criterio cuantitativo, de modo que una sola vida no vale menos que muchas vidas; ni tampoco es asumible un criterio cualitativo, de modo que la vida de un enfermo, incluso terminal, no vale menos que la de otro sujeto sano³⁰. Pero ahora, y frente a la sentencia comentada, sigo pensando que con una ponderación basada en las penas que amenazan la lesión de los bienes jurídicos en conflicto, vale más la vida humana de una sola persona –cuya lesión se castiga como homicidio o asesinato– que la salud pública –cuya lesión o puesta en peligro merece las penas de los delitos de tráfico de drogas, notablemente inferiores a aquellos contra la vida–. Por otro lado, el delito de tráfico de drogas previsto en nuestro Código Penal es un delito de peligro abstracto, de modo que se comete aunque no se lesione la salud individual de ninguno de los consumidores de la droga que es objeto del tráfico. Y tampoco es posible que el tráfico de drogas, objeto de una condena penal, pueda afectar la salud pública –ni tampoco a la salud individual–, toda vez que junto a las penas, se impone además el decomiso de la sustancia intervenida, y por tanto su destrucción, lo que impide que tal salud pública –o individual– continúe en peligro.

Parece entonces que la magnificación del bien jurídico «salud pública» obedece a la obsesión de la incriminación, de base moralizante, respecto al tráfico de drogas ilegales.

IV. CONCLUSIÓN

Leyendo la oficial *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024* se obtiene el resultado de que el *statu quo* del marco normativo sobre las drogas no solo debe quedar inalterado, sino que incluso se hacen propuestas para mejorar y perfeccionar las normas relativas al blanqueo de capitales³¹ y el decomiso de los bienes procedentes del narcotráfico³²; sin olvidar que se proyecta hacer frente a «las presiones hacia la legalización del cannabis»³³. Un panorama que se puede resumir en que nada cambie para que todo siga igual.

Al margen de nuestras fronteras el panorama es aún peor: Donald Trump, el presidente de los Estados Unidos de América³⁴, ha ordenado a su ejército combatir a los carteles de la droga en el extranjero, con la aparente cobertura

³⁰ Cfr. A. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 154-155.

³¹ Vid. *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, p. 41.

³² Vid. *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, p. 46.

³³ Vid. *Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024*, p. 30.

³⁴ Que, no olvidemos, está condenado en su propio país por 34 cargos.

de declararlos organizaciones terroristas³⁵. El mismo Trump ha ofrecido una recompensa de 50 millones de dólares por la captura del Presidente de Venezuela, el dictador Nicolás Maduro, bajo la acusación de ser uno de los mayores traficantes de droga en el mundo y de estar vinculado al cartel de los Soles³⁶. Mediante la operación «Lanza del Sur» aproximadamente quince mil soldados estadounidenses están desplazados en el mar Caribe, incluyendo el portaaviones más grande del mundo, el *Gerald Ford*. Más de ochenta personas han sido asesinadas en el mar, con el argumento de que se desplazaban en narcolanchas procedentes de Venezuela y de que pretendían llevar droga a los Estados Unidos; y por lo menos en una ocasión se ha bombardeado a los naufragos que habían sobrevivido. No ha habido en ningún caso aprehensión de droga, ni pruebas de que la transportaran ni ningún juicio en el que se condenase a los supuestos traficantes. Se trata de puras ejecuciones extrajudiciales, sin ningún amparo en el Derecho nacional o internacional. Parece que Trump sopesa incluso la posibilidad de una invasión terrestre en Venezuela.

Diferentes circunstancias permiten dudar de que la intención de Trump sea la de enfrentarse al tráfico de drogas, de modo que cabe sospechar –escribo esta conclusión en diciembre de 2025– que en realidad pretende derribar a Maduro y a su régimen y controlar el petróleo que extrae este país, así como el gas y las tierras raras. El ex presidente de Honduras, Juan Orlando Hernández, condenado a 45 años de cárcel en Estados Unidos, ha sido indultado por Trump; ¿dónde queda pues la voluntad de este de perseguir hasta la muerte a los narcotraficantes? La propia Agencia de Control de Drogas estadounidense estima que el fentanilo entra por México y que el 74 % de la cocaína que llega a los EEUU, lo hace por el Pacífico; solo el 8 % llega en lanchas rápidas por el Caribe³⁷.

En resumen, lamentablemente, a la pregunta formulada como título de este trabajo, hay que contestar: Nada. No hemos aprendido nada. Y además corren malos tiempos para el abolicionismo, aunque sea parcial.

Pero, precisamente porque para alcanzar logros no queda más remedio que pecar de optimista, el objetivo de estas líneas es que algo se mueva en la conciencia de los legisladores para que promuevan una política de legalización controlada para adultos de, al menos, algunas drogas.

³⁵ Se ha generalizado esta tendencia de colgar el cartel de «terrorista» a todo aquello que algunos Estados se empeñan al máximo en combatir, aunque técnicamente no tenga encaje en la calificación legal de «terrorismo».

³⁶ Vid. diario *El País*, 20-8-2025.

³⁷ Vid. M. PEIRANO, «Si fuese una operación antidroga», diario *El País*, 1-12-2025.

101. LA HISTORIA INTERMINABLE DE LA MULTIRREINCIDENCIA

MIRIAM CUGAT MAURI
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Todos los penalistas estamos influenciados por el ambiente que nos rodea y en el que trabajamos, que inevitablemente se reconoce en los temas que elegimos para el estudio. A José Luis le tocó convivir muy de cerca con el drama del terrorismo, y sobre él escribió con tanto acierto que sus reflexiones traspasaron el muro de la academia y le valieron ser nombrado Presidente del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo; pero también ha sido testigo de otros momentos más luminosos de nuestra historia colectiva como los de la construcción europea y el Derecho internacional a los que también se ha dedicado desde la Universidad y otros foros en los que ha estado activamente presente como la Asociación Internacional de Derecho Penal de la que fue Secretario y Presidente, o la *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights* de la que ha sido Vicepresidente honorario. Sus intereses, publicaciones, reconocimientos y nombramientos son tantos y tan variados que alcanzan hasta la pertenencia a la Junta Directiva del Orfeón Donostiarra durante treinta años, lo que es solo una muestra de su más absoluta implicación en la sociedad en la que ha vivido.

Esa misma necesidad de dar respuesta a los problemas penales de nuestro entorno inmediato es la que a mí me lleva a preocuparme por el siempre irre-

suelto problema de la multirreincidencia en el hurto, sobre el que al tiempo en el que esto escribo está en curso una Proposición de Ley de reforma de nuestro Código penal¹, que en la actualidad ya se halla en fase de Dictamen de la Comisión², impulsada por el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya ante las invocadas quejas de vecinos y comerciantes, así como las declaraciones de impotencia de quienes deberían garantizar su persecución³.

II. EL EXIGUO CONTENIDO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY

Las noticias que han circulado sobre la reforma⁴ dan a entender que, en adelante, los «multirreincidentes»⁵ en el delito de hurto podrán ser castigados con penas de prisión aun cuando el valor de lo sustraído no supere los 400 euros, además de prever la posibilidad de imponer prohibiciones de aproximación a determinados lugares o comunicación con determinadas personas.

Sin embargo, no hay tal novedad en materia de prisión. Desde la reforma del Código por LO 1/2015 por la que se suprime enteramente el Libro III y se elevan algunas de las antiguas faltas a delito⁶, el art. 235.1, 7.º CP ya prevé la posibilidad de imponer penas de prisión a los multirreincidentes en el hurto (como también, el art. 250.1, 8.º respecto de la estafa), a lo que se añade que,

¹ *Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal* presentada por el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya (122/000083, BOCG, Serie B, núm. 97-1, 12-4-2024, en adelante, la Proposición de Ley).

² *Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (antes denominada Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal)* (122/000083, BOCG, Serie B, núm. 97-6, 18-12-2025).

³ Preámbulo «A esta realidad se añade la preocupación expresada por numerosos alcaldes, que constatan un incremento de conductas delictivas reiteradas que afectan de manera directa al comercio local, a la actividad económica y, especialmente, a la seguridad y tranquilidad de los vecinos. Las entidades locales, que con frecuencia son la primera administración en percibir estos efectos, han reclamado la necesidad de una respuesta más ágil y adecuada a los comportamientos multirreincidentes, así como instrumentos jurídicos que permitan reforzar la efectividad de las actuaciones policiales y judiciales.»

⁴ Solo a título de ejemplo: rtve: <https://www.rtve.es/noticias/20251210/junts-logra-prospere-ley-contra-multirreincidencia-se-votara-congreso-febrero/16853298.shtml>).

⁵ Con esta expresión, que es la que utiliza la Proposición de la ley de reforma, se hace referencia a quienes acumulan tres o más antecedentes por delitos análogos. Significado que se distancia del que históricamente había tenido la expresión con la que se hacía referencia a quienes acumularan antecedentes por delitos en los que ya se hubiera apreciado la agravante de reincidencia.

⁶ Reforma que analizo en CUGAT MAURI, M., «La discutible bondad de la supresión del Libro III», *Cuadernos de política criminal*, núm. 113, 2014; y CUGAT MAURI, M., «Consecuencias penales de la supresión del libro III», en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, 2015.

desde la LO 9/2022, tal posibilidad se extiende explícitamente a los supuestos en que los antecedentes sean por delito leve (art. 234.2, segundo inciso CP; sin previsiones análogas aquí para la estafa).

Del mismo modo, en contra de lo que se anuncia, tampoco se aprecia novedad alguna en lo que a la posibilidad de imposición de penas de inhabilitación. En la actualidad, el art. 57 CP ya contempla la posibilidad de imponer las prohibiciones de aproximación o comunicación del art. 48 CP a los condenados por una lista de delitos que incluyen al hurto y la estafa⁷.

A lo anterior se añade que, en los supuestos en que el anterior precepto quede corto en virtud de la restricción del ámbito aplicativo del art. 48 CP al lugar en que se haya cometido el delito o en el que resida o se halle la víctima, familiares u otros, cabe la aplicación del art. 56 CP. Este permite imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier derecho que tuviere relación directa con el delito cometido, mediante el que puede prohibirse acercarse a los lugares habituales del delito, como ciertos medios de transporte o centros comerciales. La única condición es que el sujeto haya sido condenado a una pena de prisión, lo que se cumple sin problema alguno en los supuestos de multirreincidencia.

La pregunta es pues, qué es lo que ha cambiado, y ya se adelanta que en lo que atañe a la regulación sustantiva de la multirreincidencia en el hurto, prácticamente nada. Más bien se corrigen falsos problemas o se agrava alguno. Las principales novedades se hallan en las previsiones relativas a la planta judicial y el proceso penal, donde sí que se amplían las posibilidades de imponer algunas de estas prohibiciones en concepto de medidas cautelares.

III. LOS ERRORES DE PARTE GENERAL

1. La vacua reforma de la agravante de reincidencia (art. 22.8 CP)

La propuesta de reforma de la reincidencia tiene por objeto adaptar su contenido al de los tipos específicamente cualificados por esa misma circuns-

⁷ Mientras existieron las faltas, las penas accesorias del ap. 3 del art. 57 CP se restringían a las que fueran contra las personas de los artículos 617 y 620 CP, lo que excluía a las faltas constitutivas de hurto aplicables a las sustracciones de cosas por valor inferior a 400 Euros. Sin embargo, desde la reforma de 2015, las previsiones del ap. 3 del art. 57 CP se extienden a todos los delitos leves incluidos en la lista del art. 57 CP (que incluye a los delitos patrimoniales y, por lo tanto, el hurto). A ello se añade que a los multirreincidentes en el hurto tampoco les serían aplicables las disposiciones más benignas del apartado tercero, sino las del apartado primero, toda vez que la previsión de pena de prisión para los multirreincidentes en el hurto con abstracción del valor de la cosa sustraída, hace que en ningún caso puedan considerarse leves.

tancia, que se hallan en la regulación del hurto y la estafa, afectados por las reformas de 2015 y 2022. A tal fin, la reforma del art. 22.8 CP prevé exceptuar de la general irrelevancia de los antecedentes por delito leve a los «*tipos agravados por multirreincidencia de delitos leves*».

Sorprende la necesidad de tal aclaración cuando, desde la LO 9/2022, el art. 234.2 CP reconoce explícitamente la relevancia de los antecedentes por delito leve, sin que nadie haya puesto en duda la aplicabilidad del precepto por el solo hecho de que estén excluidos de las condiciones generales de aplicación de la agravante genérica contenida en el art. 22.8 CP. Previsión que, además, la Proposición de Ley pretende extender a la estafa.

Quizás en la mente de los proponentes resonaran ecos del problema que había suscitado la interpretación y aplicación de los tipos cualificados de reincidencia múltiple introducidos por la LO 1/2015 en los arts. 235.1, 7.º CP para el hurto y 250.1, 8.º CP para la estafa. A propósito del primero, la STS 481/2017, de 28 de junio (Pleno) ya declaró que quedaban al margen los supuestos en que tales antecedentes fueran por delito leve, pero no solo por su exclusión formal del art. 22.8 CP, sino porque, además, lo contrario hubiera resultado desproporcionado, atendida la diferencia valorativa entre unos y otros.

Ahora bien, el problema de la irrelevancia de los antecedentes por delito leve quedó definitivamente resuelto desde que la LO 9/2022 los mencionara explícitamente en el art. 234.2 CP, que para respetar el principio de proporcionalidad prevé la aplicación de una pena superior a la prevista para el delito leve de hurto del art. 234.2, pero inferior al tipo cualificado de multirreincidencia en el hurto del art. 235.1, 7.º CP., que, como se verá, la Proposición en curso prevé restringir explícitamente a los delitos graves y menos graves.

Así las cosas, no se entiende qué es lo que añade la propuesta de reforma del art. 22.8 CP, que no solo es redundante en la declaración de la relevancia de los antecedentes por delitos leves en la modalidad cualificada por multirreincidencia, sino que ignora el significado profundo de los tipos cualificados cuya misión es precisamente sustraerlos de las normas de la parte general, sean las relativas a la determinación de la pena (como se infiere de la regla del art. 67 CP), sean las que atañen a la definición de la sustancia del delito, cuyo lugar natural es la Parte especial donde se ubica el art. 234 CP y no la general a la que pertenece el art. 22 CP.

2. La inquietante reforma de las reglas generales sobre determinación de la pena (art. 66.2 CP)

En análogo orden de defectos incurre la previsión de reforma del art. 66.2 CP.

De acuerdo con la Proposición de ley: «2. *En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las reglas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior, salvo lo dispuesto para los tipos agravados por multirreincidencia de delitos leves*».

Sin embargo, de ser tales tipos delitos leves —que no lo son—, sobraría una disposición que excluyera la multirreincidencia de las reglas para la determinación de la pena del art. 66 CP como si esta no formara parte ya del contenido esencial del delito.

A ello se añade que falla la premisa, pues los tipos agravados por multirreincidencia no son leves sino menos graves, pues permiten imponer la pena de prisión dirigida precisamente a evitar que «quien entra por una puerta salga por otra» para continuar delinquiendo.

Por consiguiente, también esta previsión debería suprimirse, pues no solo ignora la función de los tipos cualificados, sino también su clasificación como delitos menos graves por mor de la previsión de la pena de prisión, a no ser que el legislador confunda la levedad del hecho principal con la de sus antecedentes.

3. La desaprovechada reforma de suspensión de la ejecución (art. 80.2, 1.ª CP)

Parecida clase de reflexiones merece la auspiciada reforma del art. 80 CP, que si *a priori* podría considerarse un acierto por dirigir la atención a la fase de ejecución de la pena y la finalidad preventivo-especial que la preside, se asienta en las mismas confusiones conceptuales que las anteriores.

De acuerdo con la Proposición de Ley, aunque por lo general los delitos leves no cuentan a los efectos del requisito de primariedad delictiva, ello no es así cuando «*estos integren un tipo agravado por multirreincidencia de delitos leves*».

De nuevo, parece que el legislador vuelve a olvidar que lo que de otro modo sería considerado un delito leve (hurto por valor inferior a 400 euros) puede transformarse en menos grave cuando, por mor de la tenencia de pluralidad de antecedentes, se castiga con pena de prisión.

En otras palabras, para considerar que no concurre el requisito de primariedad delictiva no hacía falta que el legislador excluyera a quienes tuvieran

antecedentes por un tipo agravado por multirreincidencia de delitos leves, pues en la medida en que se castigan con pena de prisión no pueden considerarse leves ni por tanto irrelevantes a estos efectos. Ello sin perjuicio de la posibilidad general de prescindir del requisito de la primariedad delictiva en los supuestos del ap. 3 del art. 80 CP.

Por fin, al limitar la reforma del art. 80 CP a esta innecesaria aclaración, se pierde la oportunidad de valorar de algún otro modo las distintas situaciones que desde el punto de vista preventivo especial podrían tenerse en cuenta para la modulación de la ejecución penal en esta clase de delitos.

IV. LAS REFORMAS DE PARTE ESPECIAL

De la parte especial se reforman dos tipicidades relacionadas con el problema de la multirreincidencia: el hurto y la estafa.

No entro en otros aspectos de la Proposición de Ley como la reforma del art. 568 CP para hacer frente al problema que el Preámbulo califica de «petaqueo», que no guarda relación alguna con el problema de la multirreincidencia; y por los mismos motivos tampoco, en la reforma de la modalidad cualificada de hurto de productos agrarios (art. 235.1, 4.º CP) o la introducción de la específicamente dedicada a los dispositivos móviles (art. 235.1, 10.º CP).

Me limito a las que tienen que ver con el castigo de la reincidencia múltiple, advirtiendo que en esta ocasión el legislador guarda silencio acerca de otros delitos que también han estado en el centro de las preocupaciones sobre seguridad ciudadana como el hurto o robo de uso o las lesiones, objeto de las primeras reformas dirigidas al castigo de la habitualidad delictiva (LO 11/2003 y 15/2003).

1. Avances y retrocesos en la reforma del delito de hurto (arts. 234.2 y 235 CP)

Como se recordará, la reforma del art. 234.2 CP por la LO 9/2022 salió al paso del problema interpretativo que había suscitado la LO 1/2015 por la que se introdujo una nueva modalidad cualificada de hurto para aquellos supuestos en que *«al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza»*, del que solo se excluían expresamente los *«antecedentes cancelados o que debieran serlo»* (art. 235.1, 7.º CP), sin que nada se dijera de los delitos leves.

La posesión de tales antecedentes permitía saltar de la pena de multa del art. 234.2 CP a la pena cualificada de prisión de uno a tres años del art. 235 CP. La duda era si ello valía solo para los antecedentes por delitos graves y menos graves o también para los leves.

Ante tal dilema se barajaron diversas soluciones interpretativas para los supuestos en que el autor de un hurto por valor inferior a 400 euros acumulara antecedentes por delito leve de la misma especie: a) *La aplicación del tipo de delito leve del art. 234.2*, como sostuvo la STS 481/2017, de 28 de junio, Ponente D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro (Pleno)⁸, en especial consideración a la irrelevancia de los antecedentes por delito leve declarada en el art. 22.8 CP, además de los límites que impone el principio de proporcionalidad⁹; b) *La aplicación del tipo básico de hurto del art. 234.1*, en aras de una respuesta penal proporcionada, según la SAP Barcelona (6.^a) 783/2016, 11-10, Ponente. D. Eduardo Navarro Blasco –objeto del recurso de casación que dio lugar a la anterior sentencia¹⁰–; c) *La aplicación del art. 235*, defendida en el Voto particular a la citada STS 481/2017, de 28 de junio formulado por D. Pablo Lla-reña Conde y otros cinco Magistrados, en consideración a las posibilidades de la literalidad de la ley, así como la voluntad del legislador¹¹.

⁸ De acuerdo con la STS 481/2017, 28-6 (Pleno, con Voto particular firmado por 6 de los 17 Magistrados), «para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves.»

⁹ En este sentido también, SALINERO ALONSO, C., «A vuelta con el principio de proporcionalidad, de «non bis in idem» y la multirreincidencia en el delito de hurto: Análisis de la STS 481/2017, de 28 de junio», en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 921 ss.

En contra, AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, Derecho Penal aplicado», cit.; también, CADENA SERRANO, F.A., «Caso "La reiteración en los hurtos leves"», *Diario La Ley*, núm. 9485, de 25 de septiembre de 2019.

¹⁰ Así, NAVARRO BLASCO, E., NAVARRO BLASCO, E., «Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 477, critica que no se distinga la respuesta penal en función de la gravedad de los hechos que se reiteraban. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los hurtos cualificados. Práctica jurisprudencial*, ed. Reus, Madrid, 2021, pp. 151, 168; VÁZQUEZ BERDUGO, I., «Delitos de robo y hurto. Multirreincidencia. Evolución legislativa. Especial análisis de la reforma introducida por L.O 1/15, de 30 de marzo», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2016, p. 130.

¹¹ En este sentido, Circular FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, punto 7.1; DEL CARPIO DELGADO, J., «La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015, p. 12; VÁZQUEZ BERDUGO, I., «Delitos de robo y hurto», cit., p. 130; SOUTO GARCÍA, E., «La multirreincidencia en los delitos de hurto tras la LO 1/2015, de 30 de marzo: su regulación y aplicación práctica», *La Ley Penal*, núm. 141, 2019; GONZÁLEZ CASSO, J., «La multirreincidencia y los delitos leves. De la sentencia del Tribunal Supremo 481/2017, de 28 de junio de 2017, a la sentencia 684/2019, de 3 de febrero de 2020», *Diario La Ley*, núm. 9579, de 21 de febrero de 2020.

En suma, de las tres soluciones, la STS 481/2017, de 28 de junio optó por aquella que, aun pudiendo ignorar la voluntad del legislador, respetaba la literalidad de la ley y no entraba en contradicción con el principio de proporcionalidad mediante el doble salto punitivo del art. 234.2 al art. 235 sin pasar por el art. 234.1 CP.

Sin embargo, como es sabido, inmediatamente después, el legislador volvió a reformar la regulación del hurto a fin de que todos los multirreincidentes fueran castigados con pena de prisión, aunque de menor gravedad en el caso de antecedentes por delito leve. Así se recoge en el art. 234.2 CP desde la LO 9/2022, siguiendo el criterio de la SAP Barcelona (6.^a) 783/2016, 11-10.

En este estado de cosas, la actual Proposición prevé la reforma tanto del art. 234 CP como el 235.

En lo que al art. 234.2 CP se refiere, la primera de las novedades afecta al requisito de que el *«culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve»*, que se pretende reformular con la sustitución del último inciso por otro que exija *«al menos uno de carácter leve»*.

Sin embargo, con ello no se avanza en los criterios de delimitación del art. 234 respecto del 235 (y lo mismo vale para las relaciones entre el art. 248 y el 250 CP). La diferencia entre uno y otro tipo delictivo se halla en que el segundo exige la posesión de al menos tres antecedentes por delito grave o menos grave. Así se deriva de la STS 481/2017, de 28 de junio y prevé recoger explícitamente la Proposición de reforma en curso. Es este el requisito distintivo entre ambos preceptos, y no la posesión de al menos un antecedente por delito leve, que tanto puede dar lugar a la aplicación del art. 234 CP como del art. 235 CP.

Si lo que se quería era declarar la relevancia de los antecedentes por delito leve, distanciándose de la regla del art. 22.8 CP bastaba con mantener la fórmula actual.

Distinta valoración merece la supresión del requisito consistente en que *«el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 Euros»*. Este aspecto de la reforma debe considerarse acertado, pues la referida regla solo contribuía a agravar los peligros de *bis in idem* que amenazan a la agravante de reincidencia,

Si lo que confiere mayor gravedad al hecho es la tenencia misma de antecedentes, es contradictorio abrir la puerta a la consideración del valor de la cosa objeto de un delito ya juzgado. La acumulación de cuantías solo tuvo sentido en el primer tipo penal de falta reiterada elevada a delito (introducido por LO 11/2003) que permitía definir la respuesta penal en función del valor total de lo sustraído cuando esto se juzgaba por primera vez, en la misma línea

de lo que permite la regla del salto de tipo del art. 74.2 CP. Ahora bien, deja de tener sentido cuando la cuantía acumulada procede de hechos ya juzgados, confundiendo la lógica propia de la continuidad delictiva con la de la multirreincidencia.

Con todo, también pudiera ser que el único fin de la medida fuera eludir una aplicación restrictiva del tipo contraria al fin político criminal perseguido. De ser así, se habría conseguido.

2. La reforma pendiente de la estafa (arts. 248 y 250 CP)

Con carácter previo al análisis de los aspectos de la reforma en curso sobre la estafa, es preciso recordar que la LO 1/2015 introdujo un tipo cualificado en el art. 250 análogo al del art. 235 CP para el hurto; mientras que la LO 9/2022 olvidó reformar el tipo básico del art. 248 en sentido análogo al art. 234 CP.

Frente a tal disparidad, hoy se pretende la igualación del tratamiento de la multirreincidencia en ambos delitos. Con ese fin se prevé la reforma el art. 248 CP al objeto de reconocer la posibilidad de que, como en el art. 234 CP, los antecedentes puedan ser por delito leve. Asimismo, se prevé modificar el art. 250 en el mismo sentido que el art. 235 CP para exigir que, para la imposición de la más alta pena por reincidencia, como mínimo tres de los antecedentes sean por delito grave o menos grave.

La similitud en las previsiones de regulación de la multirreincidencia en el hurto y la estafa hace superflua cualquier consideración específica a esta.

Solo una diferencia se observa respecto de la regulación del hurto, que procede de la reforma de 2015, y es que en la estafa no basta con que los antecedentes pertenezcan al mismo Título, sino que se exige además que se contengan en el mismo Capítulo¹². En la práctica, la diferencia es más aparente que real por la exigencia añadida de identidad de naturaleza en ambos casos. Precisamente por ello, no se explica la diferencia formal respecto de la regulación del hurto, que en el peor de los casos podría dar la falsa impresión de que en el hurto importan los antecedentes por estafa (idéntico Título) y no a la inversa (distinto Capítulo).

¹² Desde la reforma de 1983 la agravante genérica de reincidencia ya había quedado restringida a los delitos del mismo Capítulo. Sin embargo, a partir del Código de 1995, se volvió a ampliar a los delitos del mismo Título y naturaleza. Con todo, las disparidades son más aparentes que reales, pues el hecho de que deba cumplirse el requisito añadido de la identidad de naturaleza y para ello deba tenerse en cuenta la afinidad de medio comisivo [STS 1222/1999, 23-7; ATS (Pleno) de 6-10-2000; y Consulta FGE 9/1997, 29-10], hace que, en estos delitos, prácticamente solo quepa la reincidencia por el mismo delito de hurto, en un caso, o estafa, en el otro.

V. REFORMAS PROCESALES Y DE PLANTA JUDICIAL

Hasta aquí, el balance de la reforma es ridículo en su alcance y, dejando de lado los errores de concepto en los que incurre, en nada contribuye a endurecer o mejorar la respuesta penal frente a la pequeña delincuencia reiterada. Las únicas novedades se hallan en las medidas procesales y de planta judicial, aunque tampoco son tantas como parece.

Entre las primeras, se prevé una supuesta ampliación de la legitimidad para el ejercicio de la acusación, así como la posibilidad de fundamentar las primeras diligencias y medidas cautelares en el fin de evitar la reiteración delictiva.

De acuerdo con ello, en el art. 105 LECrim, se incluiría un nuevo apartado en el que, tras las previsiones relativas a la legitimación del Ministerio Fiscal, se reconocería que «3. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, las entidades locales podrán ejercer la acción penal por los delitos de hurto previstos en el Capítulo I del Título XIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

A pesar de la ubicación en el art. 105 LECrim., no se trata de una acción pública como la que es obligado ejercicio para el Ministerio Fiscal al que se refiere el mismo precepto. Descartada su consideración como acción particular por no ser el ente local el ofendido por el delito, solo queda considerar que se reconoce a estos la posibilidad de ejercer la acción popular, aunque sin eximirles de la fianza para lo que hubiera debido reformarse el art. 281 LECrim.

Continuando con las reformas de orden procesal, también se prevé:

- a) la posibilidad de fundamentar la adopción de las primeras diligencias del art. 13 LECrim. en el fin de evitación de la reiteración delictiva,
- b) y lo mismo respecto de las prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, o aproximarse o comunicarse con determinadas personas previstas en el art. 544 bis LECrim. para los delitos del art. 57 CP, entre los que están los patrimoniales.

El problema que plantean estas medidas es el mismo que plantea la imposición de la prisión provisional con fin preventivo a cuya general crítica me remito.

En el fondo, parece un modo encubierto de introducir medidas de seguridad, sin resolver el problema de fondo de la lentitud de la justicia.

VI. REFLEXIONES FINALES

La impresión que se extrae de las modificaciones de la Parte general del Derecho Penal es el general olvido por parte del legislador de que los tipos cualificados constituyen una figura autónoma con un marco penal propio, en el que los antecedentes abandonan su naturaleza de circunstancia agravante genérica para pasar a formar parte sustancial del tipo y dar vida a un marco penal diferenciado del tipo básico, y, por tanto, ajeno a las reglas sobre determinación de la pena del art. 66 CP. En tal defecto incurren las previsiones que afectan a la agravante genérica de reincidencia (art. 22.8), las reglas de determinación de la pena ante la concurrencia de circunstancias (art. 66.2 CP), y las relativas a la suspensión de la ejecución (art. 80 CP).

Solo merecen aplauso algunos aspectos de la reforma de la parte especial y más en concreto: a) la supresión del requisito de acuerdo con el cual para la apreciación de la multirreincidencia por antecedentes leves es preciso que el montante acumulado supere los 400 euros, evitando el riesgo de *bis in idem*, aunque no se nos oculta que el fin político criminal es asegurar la imposición de la pena de prisión al multirreincidente; b) la introducción de la específica exigencia de que en las cualificaciones por multirreincidencia de los arts. 235 y 250 los antecedentes sean por delitos graves y menos graves, en consonancia con el principio de proporcionalidad; c) la previsión de un tipo cualificado en la estafa para los supuestos de reincidencia múltiple por delitos leves en el art. 248 CP, como mínimo, desde el punto de vista de la coherencia con la regulación del hurto.

En cuanto a las medidas procesales, la posibilidad de adoptar primeras diligencias y medidas cautelares con un fin preventivo merece idéntica crítica que la que hasta ahora se ha dirigido contra el fundamento preventivo en la prisión provisional [art. 503, aps. 1.3.º c) y ap. 2) LECrim.], y en la que huelga abundar.

Si las anteriores medidas son peligrosas, las relativas al ejercicio de la acción penal se quedan cortas si querían facilitar el ejercicio de la acción penal por parte de las entidades locales.

Por fin, huelga hacer comentarios a la eficacia de las previsiones sobre Planta judicial sin la correspondiente dotación presupuestaria. Pero ese es el eterno problema.

102. LA DESINFORMACIÓN COMO RIESGO PARA LA DEMOCRACIA: ¿RETO PARA EL DERECHO PENAL?

MERCEDES GARCÍA ARÁN
Catedrática de Derecho Penal

I. LA DESINFORMACIÓN, RETO PARA LA DEMOCRACIA

Las advertencias sobre la amenaza real bajo la que vive (y aun sobrevive) el sistema democrático constituye ya un lamentable lugar común basado en el auge electoral constante de las extremas derechas antidemocráticas. Ello ha permitido acuñar el concepto de *autocracias electorales*¹, entre las que destaca la evolución del sistema estadounidense en el segundo mandato de Donald Trump.

En el conocido trabajo de Levitski y Ziblatt se advierte sobre la forma paulatina en la que los sistemas democráticos se están desmantelando progresivamente², de manera que hoy ya parece posible acabar con la democracia de un sistema político sin necesidad de acudir al clásico golpe de estado autoritario, sino simplemente, mediante la manipulación de las vías democráticas tradicionales, esto es, los procesos electorales.

Se han indicado distintos factores determinantes del fenómeno, como el aumento de las desigualdades y la retirada del estado de bienestar que lleva a la desconfianza frente al orden establecido del sistema democrático y la opción

¹ Ampliamente desarrollado en FORTI, Steven, *Democracias en extinción. El espectro de las autocracias electorales*, Akal, 2024, especialmente pp. 273 y ss. analizando los modelos de Hungría e Israel.

² LEVITSKY, Steven- ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, Ariel, 2024, p. 95.

por discursos políticos opuestos al mismo³. Y junto a ellos aparece con fuerza la desinformación sobre hechos de la realidad social y/o política que benefician el discurso anterior.

Si bien es cierto que el debate político ha conocido siempre los bulos o la manipulación de la realidad en beneficio de unas u otras opciones, lo que caracteriza la situación actual es el carácter organizado de muchas de las campañas de desinformación dirigidas a condicionar el debate público y la formación de la voluntad de los ciudadanos, pretensión favorecida, además, por los instrumentos tecnológicos de difusión. Así describe acertadamente el fenómeno Núñez Castaño, citando como ejemplos de comprobada influencia en procesos electorales la intromisión rusa en el Brexit, el plebiscito colombiano sobre el acuerdo de paz con las FARC y las informaciones falsas contra Hillary Clinton en la primera elección de Donald Trump (2016)⁴. Fuera de procesos electorales concretos pero con clara aptitud para influir en la formación de la voluntad política, puede citarse la información publicada por OK diario (6/5/2016) sobre el supuesto pago de 272.000 dólares por parte de Nicolas Maduro a Pablo Iglesias en un bando de Islas Granadinas, desmentido por el propio banco así como la misma existencia de la cuenta corriente. Casas Hervilla pone de manifiesto la frecuente relación entre desinformación y delito de odio⁵, lo que puede comprobarse en noticias falsas como las siguientes⁶: la Generalitat de Catalunya por orden de Salvador Illa permite patrullas de la *sharía* en Girona según habrían avalado fuentes de los Mossos. (Circulado en X y Facebook. Desmentido por los Mossos); el nuevo reglamento de la Ley de Extranjería permite regularizar con antecedentes penales (Gaceta de la Iberofera. Falso, no se ha modificado nada y existe veto a los antecedentes penales).

En similar línea se encuentra el mensaje de Vox Noticias (23 junio 2020) en el que se atribuyó a cinco magrebíes una violación grupal cometida por españoles, lo que ya había sido demostrado. A este caso me referiré más adelante por la errónea relación establecida judicialmente con la libertad de expresión.

Las advertencias sobre los riesgos para la democracia que todo ello comporta son abundantes. En el ámbito europeo, cabe citar el Plan de Acción para

³ Así, FORTI, Steven, *Democracias en extinción*, p. 52

⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación y su incidencia en el Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 45, 2024, p. 8

⁵ CASAS HERVILLA, J. «La desinformación en campaña electoral y su relación con delitos de odio», en Cardona Barber, A. *Delitos de incitación al odio. Interpretación normativa y problemas aplicativos*, Valencia Tirant lo Blanch, 2025, p. 198

⁶ Los ejemplos que se recogen a continuación están tomados de Verificat, entidad de verificación sin ánimo de lucro (verificat.cat/es/fact-checking/?8115df_page=4) consulta 24 julio 2025

la lucha contra la desinformación aprobado en el Consejo Europeo los días 13 y 14 de diciembre y el informe de la Comisión Europea al Parlamento (COM(2018)236) en cuya introducción se afirma que la desinformación «obstaculiza la capacidad de los ciudadanos de tomar decisiones informadas».

En España, las previsiones más importantes se producen en el ámbito del Consejo de Seguridad Nacional, órgano responsable del procedimiento de actuación contra la desinformación que se establece en la Orden PCM/1030/2020 de 30 de octubre. Las actuaciones allí previstas en distintos niveles se desenvuelven principalmente en la detección de la desinformación y promoción de actuaciones de respuesta, atribuyéndose la competencia general a organismos del Sistema de Seguridad Nacional. Tal encuadre político-administrativo me parece relevante porque como veremos, el concepto de seguridad nacional es uno de los manejados doctrinalmente para plantear la posible respuesta penal y, en la Orden citada, se conecta tal concepto con el núcleo mismo del funcionamiento del sistema democrático: «... estos procesos de participación democrática se ven cada vez más amenazados por la difusión deliberada, a gran escala y sistemática de desinformación que persiguen influir en la sociedad con fines interesados y espurios» (anexo 1). En la misma línea, el Plan de Acción por la Democracia (2024) propone aprobar una Estrategia Nacional de lucha contra las campañas de desinformación.

Las limitadas citas anteriores solo pretenden recordar algo asumido y obvio, como se comprueba con una mera consulta a instrumentos de verificación (*fact-checking*): la desinformación es un reto para la democracia y su contenido esencial, esto es, la participación política mediante el sufragio basado en la información libre. La cuestión, entonces es: ¿constituye también un reto para el Derecho Penal?. Como veremos, existen tipos penales sancionadores de determinadas falsedades, pero lo que pretendo plantear aquí es si resulta aconsejable una tipificación genérica de la falsedad destinada a condicionar la formación de la voluntad popular.

Adelanto mi posición: creo que el principio de intervención mínima, el de ofensividad o el riesgo de limitación de las libertades de expresión y de información frecuentemente argüidos en contra de la tipificación penal no presentan problemas insalvables. En cambio, como también ha sido advertido por un sector doctrinal⁷, el principio de taxatividad de la definición típica puede resultar tensionado y/o de difícil cumplimiento.

⁷ DEVIS MATAMOROS, A. «Criminalización de las *fake news* en redes sociales: ¿necesidad de intervención o Derecho Penal simbólico?», *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022, p. 9. LEON ALAPONT, «El Derecho Penal ante las *fake news* y la desinformación: una vuelta de tuerca», *Revista General del Derecho Penal*, 39, 2023, p. 32

II. LA DESINFORMACIÓN, ¿RETO PARA EL DERECHO PENAL?

La reticencia ante una intervención penal específica se asienta en razonamientos sobradamente conocidos para los penalistas: el Derecho Penal no es apto para solucionar problemas sociales y políticos de este calibre y deben aplicarse antes tipos penales ya existentes y medidas extrapenales que incidan en la base del problema. Son argumentos que de una u otra forma aparecen en fundamentadas opiniones contrarias a la tipificación penal expresa y que considero mayoritarias en la doctrina que hasta ahora se ha ocupado del tema⁸, aunque también existen opiniones favorables a tal tipificación que abordaré más adelante⁹.

Debo reconocer que ante los numerosos ejemplos recientes de legislación penal compulsiva y simbólica dictada con la pretensión de solucionar inabarcables problemas de hondísimo calado, mi posición inicial –casi instintivamente–, es la de negar la oportunidad de una tipificación específica de las falsedades informativas. Sin embargo, ante el gravísimo acoso a la democracia que se está produciendo por estos medios, creo posible mantener la reflexión abierta así como relativizar alguno de los problemas que hasta ahora se han planteado. En todo caso, como recordaremos, las formas de desinformar son múltiples y no siempre expresas (manipulación de datos, titulares engañosos, algoritmos para adecuar noticias al perfil del usuario, etc.)¹⁰, frente a las que resulta ilusorio responder mediante el Derecho Penal. Por ello, en este punto conviene advertir que la eventual tipificación penal debería mantenerse en lo que probablemente constituye la punta del iceberg del fenómeno, esto es, la información expresa y deliberadamente falsa capaz de alterar la formación de la voluntad popular. Veamos algunas cuestiones a tener en cuenta.

⁸ Así, NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Aproximación...», p. 37; NAVARRO CARDOSO, F. «Aproximación político criminal a la desinformación», en León Alapont (dir.), *El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 453; DE LA MATA BARRANCO, N. «Bulos, Derecho Penal y estado de alarma», en *Almacén del derecho*, 19 abril 2020; DEVIS MATAMOROS, A. «Criminalización de las fake news». GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Pandemia, desinformación y verdad en Derecho Penal», en González Cussac/Velasquez Velasquez, *Derecho Penal y coronavirus*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022, p. 36. PAUNER CHULVI, C. «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red». *Teoría y realidad constitucional*, 41, 2018, p. 316. GARCÍA ARROYO, C. «De la desinformación a la posverdad a través de las redes sociales y la IA, ¿retos para el Derecho Penal?», *Revista Penal*, 56, julio 2025, p. 159. En la doctrina constitucional, PAUNER CHULVI, C. «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y realidad constitucional*, 41, 2018, p. 317.

⁹ Así, LEÓN ALAPONT, J., *El Derecho Penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca*; MARCHAL GONZÁLEZ, A., «La necesidad de un nuevo tipo delictivo: la desinformación como una amenaza para el orden público», *Boletín Criminológico del Instituto Interuniversitario de Criminología*. Sección Málaga, 219, 2023.

¹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Pandemia...», pp. 17 y 19. NÚÑEZ CASTAÑO, «Aproximación...», p. 22.

1. Sobre las libertades de expresión e información

Aunque no siempre aparece con nitidez en algunas argumentaciones, la libertad de expresión y la de información son dos derechos claramente diferenciados en el art. 20.1, a) y d) de la Constitución. Ambas libertades comparten los límites fijados en el número 4 del mismo artículo (derechos ajenos etc.) pero el derecho a comunicar y recibir información se limita a aquella que resulta «veraz». Resumidamente: la expresión se refiere a discursos, valoraciones y opiniones mientras que la información se refiere a hechos. Aunque es cierto que pueden solaparse, por ejemplo, cuando las opiniones amparadas por la libertad de expresión se apoyan en el relato de hechos, ello no debe impedir la distinción conceptual entre opiniones y hechos, especialmente a los efectos que aquí interesan, esto es la falsedad sobre los segundos. En otros términos: decir que la inmigración perjudica a España es una opinión, pero decir que cinco violadores españoles eran nacionales de Marruecos, es una mentira. Por ello no se entiende, como critica justamente Serra Cristóbal, que la Audiencia Provincial de Valencia considerara amparada tal información falsa en la libertad de expresión ¹¹.

La distinción ha sido claramente establecida por el TC, también a los efectos de precisar el derecho a recibir información *veraz*. En efecto, según consolidada doctrina constitucional, la protección de la información requiere el carácter veraz de la misma pero ello no equivale a la «verdad» objetiva de la información. Así, la STC 8/2022 de 27 de enero (remitiéndose a otras muchas), afirma que la veracidad «no supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información [...] sino que se debe privar de esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones» (FJ 3) En resumen: sólo está protegida constitucionalmente la información veraz y ésta no se equipara a la «verdadera» sino a la contrastada diligentemente.

A mi juicio, ello debería disminuir –incluso, eliminar–, el temor a que la tipificación penal de las informaciones falsas suponga un perjuicio de la libertad de información: no constituyen ejercicio del derecho a *dar* información,

¹¹ SERRA CRISTÓBAL, R. «De las falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública», *Revista Teoría y realidad constitucional*, 47, 2021, p. 219. Se refiere la autora a un tuit de Vox cuya falsedad estaba demostrada y cuyo archivo confirmó el Auto de la Audiencia de Valencia de 9/6/2020

sino que suponen un perjuicio para el derecho a *recibirla*. Resultaría al menos extraño que la libertad de dar información (veraz) fuera un límite para la protección del derecho a recibirla, que es lo que está afectado con la desinformación.

Es cierto, como señala parte de la doctrina contraria a la tipificación penal expresa de la desinformación, que no existe un derecho a la «verdad»¹². En efecto, pero ello no oculta el derecho a recibir información «veraz» (art. 20 CE) en los términos precisados por el TC. Cuestión distinta es la aquí planteada sobre la conveniencia de sancionar penalmente la afectación al derecho a recibir información veraz, sobre lo que volveré al abordar el bien jurídico protegido.

2. Sobre los tipos penales actualmente aplicables

En la doctrina citada se encuentran frecuentes referencias a los tipos penales vigentes que pueden ser utilizados para sancionar supuestos concretos de desinformación¹³. En esta línea es de cita obligada el documento difundido por la Fiscalía General del Estado en el contexto de la pandemia por COVID-19, sobre los tipos penales aplicables a casos de noticias falsas: delito de odio si se pretende el desprestigio de determinados colectivos, revelación de secretos (que según este documento «entraría en concurso» pero no se dice con qué), delito contra la integridad moral, desórdenes públicos si se acompaña de mensajes de alarma (art. 561 CP), injurias o calumnias si afecta al honor de personas concretas, salud pública si se refiere a supuestos métodos curativos, etc. (aunque se reconoce que es de difícil encaje en los verbos típicos de los arts. 359 y ss.), estafa, intrusismo y, delitos contra el mercado y los consumidores del art. 282 CP y, concretamente, difusión de desinformación que afecte a los mercados financieros (art. 284,1,2.º CP).

Sin poder analizar la corrección de las distintas calificaciones posibles, creo que se desprenden las consideraciones siguientes. En primer lugar, como dice la misma Fiscalía, no se sanciona la desinformación autónomamente considerada, sino cuando se produce en relación a determinados ámbitos (provocación al odio, honor, orden público, etc.). Ello es plenamente compartible y, creo, disminuye parte de los problemas planteados sobre el exceso de una eventual tipificación.

¹² Así, NAVARRO CARDOSO, «Aproximación...», p. 457; GARCÍA ARROYO, C, «De la desinformación...», p. 159

¹³ Así, DE LA MATA, N. «Bulos...»; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Pandemia», p. 26.

La cuestión, entonces, es si cabe delimitar un sector –un bien jurídico– no suficientemente cubierto frente a las falsedades informativas por los tipos penales actuales. Por otra parte, obsérvese que contamos ya con tipos de falsedad afectantes a los mercados financieros: además del delito especial de administradores contenido en el 282 bis, el tipo del art. 284,1,2.^a, ciertamente amplio que incluye no sólo «señales» falsas o engañosas sino también noticias o «rumores»¹⁴. Siendo así, no debería provocar especial rechazo sancionar la afectación al núcleo mismo del sistema democrático como es la participación política libre, esto es, –entre otras cosas– basada en una información no falseada. Añado aquí, adelantando consideraciones posteriores: basada en información no falseada dolosamente por quien conoce su aptitud para influir en los procesos electorales.

3. Elementos de una eventual tipificación específica

a) EL BIEN JURÍDICO

La primera cuestión es, lógicamente, el bien jurídico a proteger, que condiciona la ubicación sistemática del tipo resultante. De entrada, se ha puesto de manifiesto en la doctrina que el derecho a recibir información veraz no conlleva un paralelo *derecho a no recibir*¹⁵ información falsa. Comparto la anterior afirmación, pero a mi juicio no es necesario mantener el reconocimiento de un tal derecho para incriminar las noticias dolosamente falsas, en tanto los bienes jurídicos protegidos no necesariamente deben coincidir con derechos subjetivos.

Partiendo de la necesidad de que la desinformación punible no se sancione en abstracto sino referida a un determinado ámbito, las propuestas de bien jurídico de referencia son ciertamente amplias. León Alapont, reticente pero finalmente partidario de la tipificación penal autónoma, apunta a distintos valores que la desinformación pone en riesgo (estabilidad, defensa, seguridad e independencia del estado)¹⁶.

El concepto de «seguridad nacional» está implícito en los Informes Anuales de Seguridad Nacional: en el de 2024 se colocan las campañas de desinfor-

¹⁴ Amplitud analizada por GALÁN MUÑOZ, A en «Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El "caso Gamestop" como piedra de toque del delito del art. 284,1,2.º del CP», *Revista Penal*, 55, 2025, pp. 117 y ss.

¹⁵ SERRA CRISTÓBAL, C, «De las falsedades...», p. 231, seguida por DEVIS MATAMOROS, A. «Criminalización...», p. 6.

¹⁶ LEÓN ALAPONT, J. *El Derecho Penal ante las fake news...*, pp. 32-33.

mación entre los riesgos y amenazas para la seguridad nacional (junto al terrorismo, las emergencias, el espionaje etc.) y se denuncia que el sistema de desinformación pro-Kremlin haya difundido que España destina más recursos a Ucrania que a los daños provocados por la DANA, con el fin de provocar la desconfianza en las instituciones y trasladar una imagen de «país sumido en el caos»¹⁷. Parecidas referencias se encuentran en la introducción a la Orden PCM 1030/2020 arriba citada y en opiniones como la de García Arroyo destacando la generación de malestar social y la erosión de la confianza en las instituciones¹⁸, valoraciones que comparto pero que conducen a un concepto tan amplio de seguridad nacional que posee escasa eficacia como posible bien jurídico.

Mayor concreción ofrece el orden público como posible bien jurídico, propuesto por Devis Matamoros¹⁹ y Marchal González²⁰. Lógicamente, no lo limitan a un concepto de orden público como tranquilidad callejera, sino que asumen la evolución democrática del concepto que abarca la normalidad para el ejercicio de los derechos ciudadanos que, en palabras de Juanatey Dorado, permita la «participación activa plena de éstos en la sociedad»²¹. En la misma línea, Devis Matamoros, en apoyo del orden público afirma: «Un sistema democrático no puede tolerar que el pluralismo político se vea infectado por una ingente cantidad de hechos falsos que contaminan la libertad de pensamiento y que pueden suponer una amenaza para la cohesión social a través de reacciones violentas».

El párrafo anterior resume perfectamente el objeto de la preocupación: la manipulación del pensamiento que, añadido, afecta a la formación de la voluntad popular. En efecto, si lo que se pretende es actuar –con los escasos medios del Derecho Penal– contra las informaciones tendentes a manipularla, creo que las referencias genéricas al pluralismo, los valores democráticos, la estabilidad del sistema etc. deben concretarse en el concepto de participación política que asiste a los ciudadanos y que se desdobra en: a) la elección de sus «representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal» (art. 23.1 CE), lo que se corresponde con el derecho de sufragio activo y, b) «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos»,

¹⁷ Informe anual de seguridad nacional 2024, p. 99.

¹⁸ GARCÍA ARROYO, «De la desinformación...», p. 151

¹⁹ DEVIS MATAMOROS, A. «Criminalización...», pp. 7 y ss.

²⁰ MARCHAL GONZÁLEZ, «La necesidad de un nuevo tipo...», p. 29.

²¹ JUANATEY DORADO, C. «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras la reforma de 2015» en *Cuadernos de Política Criminal*, 120, 2016, p. 46

esto es, derecho de sufragio pasivo, (art. 23.2 CE) afectado cuando se perjudica a una candidatura difundiendo información falsa.

Efectivamente, el proceso de formación de la voluntad popular requiere condiciones de libertad e igualdad de oportunidades de manera que el derecho a recibir información veraz incide en la libertad del ejercicio del sufragio activo, pero también en la igualdad de oportunidades entre aquellos que se presentan a las elecciones en ejercicio de su derecho de sufragio pasivo. Todo ello constituye también el bien jurídico afectado por los delitos electorales²² definidos por Muñoz Conde como comportamientos que impiden o dificultan la libertad de los electores²³ o por Casas Hervilla como los que perjudican el libre ejercicio del derecho de sufragio activo o pasivo²⁴. Desde luego, no se pretende aquí que los procesos electorales estén absolutamente libres de influencias interesadas e informaciones sesgadas o incluso manipuladas. Pero insistamos una vez más que nos estamos planteando la reacción ante informaciones objetivamente falsas y dolosamente emitidas.

La relación entre derecho a la información y participación política está fuera de duda. El TC define a la información como «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático» (SSTC 172/2020 de 19 de noviembre, 8/2022 de 27 de enero). Y, como vimos, el TC protege constitucionalmente la información «veraz» (aunque no sea plenamente verdadera), exigiendo un deber de diligencia específico que, como dice De Miguel Barcena es el contrapeso a la especial protección de la libertad de informar²⁵. Así las cosas, la información falsa e inveraz por negligente, no está protegida constitucionalmente y podría ser tipificada como delito, pero la propuesta que formulamos aquí renuncia a esa posibilidad, centrándose, como veremos, en las falsedades dolosas que suponen el siguiente nivel de gravedad en la escala de afectación al derecho a recibir información veraz.

En una perspectiva colectiva, el torcimiento de la voluntad popular puede afectar al orden público como sistema de normalidad de ejercicio de derechos mantenido, como vimos, por un sector doctrinal. Pero, desde la perspectiva individual, afecta también al derecho a decidir las opciones políticas propias sin interferencias fraudulentas en el derecho a recibir información y a optar a

²² Así, CRUZ BLANCA, MJ «La protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-13, 2013, p. 13.

²³ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 861.

²⁴ CASAS HERVILLA, J. «La desinformación..», cit. p. 179.

²⁵ Así, DE MIGUEL BARCENA, J., «Las transformaciones del derecho a la información en el contexto del ciberperiodismo», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016, p. 152.

cargos públicos en condiciones de igualdad, lo que aconsejaría ubicar su protección penal entre los delitos «relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución» (como delito contra la Constitución, arts. 510 y ss. CP).

Me inclino por situar en primer plano la perspectiva individual, configurando un delito de lesión del derecho a recibir información veraz (perjudicado por la misma divulgación de la información falsa) que pone en peligro la participación política, como afectación al interés colectivo que, como veremos, puede quedar reflejada en la definición típica.

b) LOS ELEMENTOS TÍPICOS

Cuando se aborda el concepto de «desinformación» es frecuente en la doctrina plantear la convivencia de las noticias objetivamente falsas con otras situaciones más resbaladizas en las que se apela a emociones, se oculta información esencial, se crean o simulan apariencias, etc.²⁶, lo que lleva a no limitar la desinformación a las *fake news*. Al respecto, se menciona frecuentemente la distinción entre *misinformation* consistente en la información errónea sin ánimo de hacer daño y *disinformation*, como aquella información falsa difundida para obtener beneficios o engañar intencionadamente al público²⁷. El segundo concepto es recogido en una Comunicación de la Comisión Europea a distintas instancias de la Unión, sobre «La lucha contra la desinformación: un enfoque europeo» de 26 de abril de 2018 (COM (2018)236 final), que constituye un punto de partida para acotar una posible definición penal: la desinformación es una «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta o divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población y que puede causar un perjuicio público», línea cogida también, entre otros por Mendoza Calderón²⁸. Veamos la virtualidad del texto europeo citado para establecer los elementos de una eventual definición penal.

²⁶ Ampliamente, GONZÁLEZ CUSSAC, JL, «Pandemia, desinformación...», p. 23; NÚÑEZ CASTAÑO, «Aproximación...», pp. 21 y ss.

²⁷ Recogido, entre otros por SERRA CRISTÓBAL, R. «Noticias falsas (*fakes news*) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo», *Revista de Estudios Políticos*, 116, 2023, p. 17.

²⁸ En la misma línea, también es útil la definición de MENDOZA CALDERÓN, S.: la desinformación es la información falsa y deliberadamente creada para dañar a una persona, grupo social o estado», en «Fake news, discurso del odio y aporofobia: la criminalización de los vulnerables», en Benito Sánchez/Gil Novajas (coords.) *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 535.

En primer lugar, lógicamente, se trata de incriminar informaciones objetivamente falsas. El concepto de falsedad objetiva está suficientemente desarrollado en la teoría penal que lo equipara a la contradicción entre lo afirmado o expresado y la realidad. Entiendo que la intervención penal debería limitarse a casos de contradicción clara de los hechos que se manifiestan respecto de la realidad, dejando fuera de la tipicidad los casos de manipulación mediante omisiones, medias verdades, interpretaciones erróneas o meramente «engañosas».

Acudiendo a los instrumentos de verificación manejados por medios de comunicación pueden encontrarse ejemplos de unos y otros supuestos: por ejemplo, resulta engañosa y manipuladora la información en X según la cual la «inmensa mayoría» de presos extranjeros en las cárceles catalanas son marroquíes, cuando lo cierto es que son un 18,86% del total de presos (36,39% del total de extranjeros), pero cabe advertir que son la nacionalidad extranjera más común²⁹. En cambio, no cabe duda de que afirmar en período electoral que incluir dos papeletas distintas en el sobre supone votar a dos listas electorales constituye no sólo una falsedad sino una inducción a emitir un voto nulo³⁰. La restricción a las falsedades evidentes no supone benevolencia con la información conscientemente sesgada o incluso manipulada, sino la pretensión de concentrar la sanción penal en los casos más graves y evidentes, evitando desbordarla con casos discutibles o limítrofes que dependen de la interpretación de la realidad y que es mejor abordar desde políticas de información eficaces y transparentes.

En el ámbito del tipo subjetivo, entiendo que debería incluirse tanto el conocimiento directo de la falsedad como la actuación con temerario desprecio a la verdad, como se dice, por ejemplo en el delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP), que suele equipararse al dolo eventual. En mi opinión, en tanto se mantiene en el ámbito del tipo subjetivo, ello no significa subjetivizar el concepto de falsedad en la información típica penalmente. En otras palabras, aunque quepa apreciar un cierto componente subjetivo en el concepto de información veraz como objeto de la protección constitucional, a mi juicio, ello no impide desdoblar el tipo objetivo y el tipo subjetivo en la definición *penal* manteniendo un concepto objetivo de falsedad a la que se refiera el dolo directo o eventual.

²⁹ Verificat, desmentido publicado el 23 de enero de 2025

³⁰ Recogido por Verifica-RTVE en el período electoral previo a las elecciones del 23 de julio de 2023.

Y también al ámbito del tipo subjetivo pertenece el planteamiento de si debería exigirse para la tipicidad la intención específica de influir en las actitudes políticas de los ciudadanos³¹. En mi opinión, aunque ello perfila con mayor nitidez la gravedad de la situación, no resulta estrictamente necesario cuando lo que se castiga es difundir de manera dolosa o doloso eventual una información falsa, elementos subjetivos con sus clásicos problemas de prueba a los que no me parece necesario añadir el de un elemento subjetivo más.

Llegamos al elemento más difícil y discutible: como se ha repetido, no cabe sancionar la falsedad de la información en abstracto, sino referida a un ámbito concreto, como ocurre en otros tipos penales citados más arriba. En este caso, y de acuerdo con las consideraciones anteriores sobre el ámbito deseable de protección, creo que deberían considerarse dos pilares de la definición penal: a) restricción de las noticias falsas a aquellas relativas a hechos sociales o a la actuación de instituciones políticas o sociales y de sus miembros. Y, b) aptitud objetiva de la información para influir en las actitudes y acciones políticas de la ciudadanía, elemento que podría concretarse algo más, apelando a afectación al derecho de sufragio.

Como puede verse y se advirtió al inicio de estas páginas, el principal problema de la tipificación es el principio de taxatividad³². Soy consciente de que las expresiones que se acaban de apuntar ofrecen un espacio muy amplio a la interpretación que, además, es especialmente sensible por su clara referencia política. La calificación de las noticias objetivamente falsas como aptas para influir políticamente en la ciudadanía puede suponer un serio inconveniente a la sanción de los comportamientos que nos preocupan, pero resulta necesaria porque no cabe la sanción de la falsedad en abstracto y sin referencia ni deben incluirse aquí informaciones irrelevantes para la formación de la voluntad popular. Y si se admite la afectación a la participación política basada en información veraz, ello debería quedar reflejado con una u otra redacción, en el texto legal.

Llegados a este punto, se plantea el parentesco de lo descrito con los delitos electorales propuesto por Navarro Cardoso³³ y desarrollado por Casas

³¹ Así lo propone LEON ALAPONT, como intención de influir o alterar la capacidad decisoria ciudadana, *El Derecho Penal ante las fake news...*, p. 34.

³² DEVIS MATAMOROS, A. «Criminalización de las fake news...», p. 9. También, LEON ALAPONT, *El Derecho Penal ante las fake news...*, p. 32.

³³ NAVARRO CARDOSO, «Aproximación político criminal...», p. 458, apunta tal relación anunciando su desarrollo en otro trabajo en preparación que, en el momento de redactar estas páginas, todavía no ha visto la luz.

Hervilla³⁴. Efectivamente, las normas que definen la mayoría de delitos electorales tipificados en los arts. 135 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General pretenden limitar las interferencias en las decisiones de los electores (limitaciones a la propaganda, publicación de encuestas etc.) e incluso, sancionar su manipulación abierta ofreciendo dádivas o recompensas al solicitar el voto o inducir a la abstención (art. 146 LOREG). El esbozo de delito de desinformación ofrecido en estas páginas y basado en el torcimiento del proceso de participación popular, está en la línea de los delitos electorales con los que puede compartir bien jurídico, aunque sin limitar su aplicabilidad a los periodos electorales.

4. Otras cuestiones: *ultima ratio* y simbolismo de los tipos penales

Brevemente, por razones de espacio, apuntaré alguna cuestión sobre los conceptos enunciados en este epígrafe. La referencia al carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal apela, lógicamente, a la posibilidad de utilizar otros instrumentos de prevención y sanción no penales. En dicho ámbito es de interés el Código de Prácticas sobre desinformación de 2022 aprobado por la Comisión y el Comité Europeo de Servicios Digitales el 13 de febrero de 2025 e integrado en la Ley de Servicios Digitales. En dicho texto se enuncian actuaciones preventivas y de control (privación de incentivos financieros a quienes desinformen, transparencia de la publicidad política, integridad de las plataformas, etc.).

Sin duda, ese es el ámbito más importante de intervención preventiva en el que puede incluirse también el filtraje de las informaciones en las distintas plataformas. No podemos desarrollar aquí los problemas de censura previa que ello puede plantear, pero conviene recoger la advertencia de Pauner Chulvi sobre la inutilidad de los algoritmos de filtro cuando se trata de detectar falsedades que requieren la actividad humana de comparación con la realidad³⁵. Pero en todo caso, son instrumentos que pueden convivir con la intervención penal, especialmente si, en aplicación del carácter fragmentario del Derecho Penal, se limita a comportamientos tan graves como los aquí seleccionados.

Y en cuanto al posible simbolismo de una eventual tipificación penal, considero normas simbólicas aquellas que se agotan en el mensaje punitivo

³⁴ CASAS HERVILLA, «La desinformación...», p. 213, quien mantiene la posible remisión de determinadas informaciones en contexto electoral los delitos contra el honor o la integridad moral.

³⁵ PAUNER CHULVI, «Noticias falsas...», p. 309.

■ UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR: AL SERVICIO...

que constituye un fin en sí mismo, en lugar de suponer un instrumento real al servicio de una mejor protección de algún bien jurídico. En tal sentido, una norma como la que hemos esbozado sería simbólica si no contara con reales posibilidades de aplicación eficaz, condiciones que, en mi opinión, no pueden descartarse sin más.

103. CORE VALUES OF CRIMINAL LAW – BACK TO BASICS, FAIRY TALE LAW OR PROTECTING THE RULE OF LAW?

ANDRÉ KLIP¹

I. CORE VALUES AND CURRENT CHALLENGES

When the scientific program for the new cycle of the AIDP for 2024-2029 was debated², José Luis de la Cuesta was one of the discussants who showed to be quite concerned about the future of criminal law in times of penal populism. I am afraid I cannot take away these concerns. However, it demonstrates that this topic qualifies to honour his lifelong contribution to a balanced place of criminal law in modern society.

Section 1 of the AIDP will focus on the general part of substantive criminal law and establish what the role of criminal law is in our times. Both countries that apply civil law as well as those of the common law tradition have undergone quite some changes in the last century. The current regime of most civil law systems is still based on the foundations drafted in the late 19th or early 20th century. This put a strong emphasis on codification and legal principles that are there to protect the citizen against too much criminal law: the legality principle and the *ultima ratio* principle. The first carries elements to

¹ This is an elaborated version of my presentation to the Conference O Papel do Direito Penal no Mundo Atual organized by the Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), and the Brazilian National Group of the AIDP on 12 and 13 November 2025 in Rio de Janeiro. See <https://www.youtube.com/watch?v=kXetoi2uSrA> starting around 35th minute.

² See André KLIP, Concept Paper for the AIDP-IAPL XXIIth International Congress of Penal Law, Core Values for Criminal Justice Systems, see <https://www.penal.org/sites/default/files/files/AIDPConcept%20PaperXXIIthPenalCongressFinal.pdf>

protect the citizen and to give legitimacy to the state intervening. It is based on the presumption that the citizen knew what s/he was not allowed to do because that conduct had previously been explicitly, precisely, and publicly criminalized. This entitles the state to respond and punish. The latter relates to criminalisation theories that make the use of criminal law conditional to the existence of certain conditions and criteria. One of the most important being that there must be a harm or that the behaviour is morally wrong. By applying criminalisation theories, states do two things at the same time: they provide themselves with a normative standard on the basis of which they can decide whether to criminalise or not *and* by making use of the criteria resulting from the criminalisation theory, they legitimise state intervention.

One of the features of substantive criminal law in the common law world used to be that it was not codified but had developed over centuries in case law and relied on precedent. Case law shaped the rules on criminal responsibility, as well as on criminal conduct. As a result of which also common law had developed a general part and a special part. Today, this situation has changed dramatically. Whilst most common law states have kept a dominant place for the rule of precedent, more and more states have codified extensively, some even on the general part. For most common law states, the list of common law offences is closed, and no new ones will be added to those that were formulated over centuries. These developments show that the differences between the two dominant systems have decreased and that they have far more in common now than in the 19th century.

Criminal law has always been challenged to find its place in society. That as such is not new, but the issues at stake now may be different. So the question at this stage is, what are the challenges for criminal law in our day of age? I basically see three different challenges that appear across the world and that do raise existential questions.

1. Do criminal justice systems possess adequate instruments to respond to contemporary crime? This relates to the existential reasons of having a criminal justice system.

2. Is the criminal justice system recognized as an inherent and integral part of the rule of law? This raises the question whether we can have one and not the other. Can we have a state under the rule of law without a *criminal justice* system? Can we have a criminal *justice* system without being a state under the rule of law?

3. Can the rule of law survive the political waves that may influence the criminal justice system? Are the rule of law and the criminal justice system sufficiently protected against political abuse?

II. THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM WITH ITS FOUNDATIONS IN THE 19TH CENTURY

Most modern criminal justice systems share a couple of essential characteristics which consist of codification, the principle of legality, the ultima ratio principle and the corner stone of individual (not group) responsibility. As a consequence of that, all norms relevant for the application of criminal law are written into the legislation. The codification of norms aims at contributing to certainty for both the citizen as well as the state. The presumption of the codification is that citizen knows what is allowed and what is prohibited on pain of punishment. Civil law states have typically codified the general part that deals with the criminal responsibility over individuals, entities as well as in time and space. They have also listed the criminalized conduct in the special part of what is in most states a Penal Code.

The codification rule is very much linked to the legality principle. This principle not only demands that the conduct has been criminalized before the citizen behaves in the undesired way. It thus prohibits retrospective application of criminal law. Criminal law may not come as a surprise to the citizen, it must be predictable, clear, precise and transparent. It therefore requires that the norm is public. Also the ultima ratio principle has two sides. On the one hand it makes clear to the state that only if other tools are unable or ineffective in suppressing the undesired conduct, criminal law may be used. On the other hand, it is exactly this last resort character that contributes to the highly symbolic character of criminalization. Whilst the latter aspect is intended, it also makes criminal law attractive for those that are more interested in the punitive element than in the legal one. Criminalisation theories may help to determine whether there is a situation in which criminal law is the only means to curtail undesired human conduct.

The application of these principles are designed to lead to a reduction of crime and criminality, control the powers of the state and at the same time, guarantee the impartiality and the independence of the judiciary. The intended effects of such a system are that it may also protect the individual. In this context it is often referred to the criminal justice system with the classical metaphor as providing to its citizens a sword and a shield. The question is whether

these foundations and choices that date some centuries ago continue to give guidance to modern societies or whether they are (partially or formally) abandoned in practice and whether there are reasons to revise or rethink the foundations for the criminal justice system.

III. THE WORLD HAS CHANGED

Modern criminal law is the product of the age of Enlightenment. Since then the world has changed, continues to change and will for sure change in the future as well. Law has never been a static instrument and is always subject to changes, amendments and revisions. There are various factors that have contributed to a rather drastic change of the context in which a criminal justice system functions in comparison to the world known in the 19th century. I would like to distinguish five different factors: the fundamental change of the character of crime and criminality; the globalization of life; the emergence of a virtual or digital world; the development of the risk society; and finally the expansion of the application of criminal law.

The first factor relates to the character of the crime. Whereas in the past crimes inherently consisted of physical conduct (an object is taken away and stolen; the victim is stabbed with a knife in the chest; a woman is raped by a man). These crimes continue to exist, but are now joined by crimes that do not necessarily have a physical shape, such as digital fraud, attack on a service provider or the use of automatic weapons. The list can be extended endlessly. Every now and then new technological developments require to reflect on what this means for individualizing criminal responsibility. An example here is artificial intelligence that raises numerous questions: how to determine who is responsible for what? The maker or the user of AI and when and who is that?³. And how is one supposed to know that one is actually using AI?

Globalization of human life is a further contributor to changes. Modern humans travel all around the world. Other than our predecessors, we have been to many places outside the area in which we were born and grew up. Resulting from that we may also commit crimes or be the victim of those elsewhere in

³ Artificial Intelligence and Criminal Law, XXIst Penal Congress Paris 2024, see https://penal.org/xxist-international-congress-of-penal-law-2024/?_gl=1*1t5spbb*_up*MQ..*_ga*MTk2NzE4NzA5LjE3NjY0OTMxMDg.*_ga_YCVJ188Z2N*cze3NjY0OTMxMDckbzEkZzEkdDE3NjY0OTMxMTckajUwJGwwJGgw

the world. This may happen in our physical presence but also without⁴. In addition, as criminal conduct has always followed human movements, numerous trafficking crimes have evolved (drugs, weapons, women, organs etc).

A third factor is the digitalization of human life. All of us spend hours per day behind a screen or a cell phone and we actually live in a virtual world in which attention becomes scarce⁵. This raises the question whether the rules applicable in the classical physical world also apply copy/paste in the digital world? Is stealing data or programs also theft? Is killing an avatar in a game similar to demolition, bodily harm or even murder? The information society not only poses numerous new questions to criminal law⁶, but also makes it harder for the general public to distinguish between real facts, opinions on social media and the legal reality. As a result of which the value of real law decreases or is not recognized at all.

Sociologists have described modern western society as a risk society. For criminal law this means that there is a claim from society on the criminal justice system to prevent and/ or punish situations in which risks have materialized and lead to damage or harm. This may lead to a call for prosecution of the architect that constructed a building that collapsed after an earthquake. It may also lead to prosecuting the national seismographic institute for not having been able to understand the signals of earth and give a fair warning to the people living in the building. And it may lead to putting on trial the governor of the province who did not send out a warning to the population after receiving notice from the seismographic institute. The penal risk society demands that somebody is held accountable even for results of what in its ultimate origins is not human behaviour but a natural disaster. Is this logical as humans now know more and criminal law requires us to use our knowledge to prevent harm and casualties?

Or does this mean that we have reversed criminal responsibility by starting from the end result and look back at which individual comes close to having been in a position to reduce harm? Whatever the driving force is, these claims automatically attach far more weight to the undesired result than to the actual (and blameworthy character of the) contribution of the individual to it. To a certain extent, modern society does not accept the reality that some things

⁴ The struggle of contemporary criminal law is reflected in the various quotes from articles that appeared on the conference day in the journal *O Globo*, Rio de Janeiro, quarta-feira de 12 de novembro 2025. *Globo*, p. 23: «OpenAI é condenada por violar direitos autorais de músicas na Alemanha.»

⁵ See on these and many other analytical notions: Javier Augusto DE LUCA, *Deasafios del Derecho Penal* 2025, <https://www.youtube.com/watch?v=gYaJXEqqAf0> starting 3 hours 38th minute.

⁶ Information Society and Penal Law, XIXth Penal Congress Rio de Janeiro 2014, see https://penal.org/former-aidp-international-congresses/?_gl=1*yim7bd*_up*MQ..*_ga*MTk2NzE4NzA5LjE3NjY0OTMxMDg.*_ga_YCVJ188Z2N*cZ3NjY0OTMxMDckbzEkZzEkdDE3NjY0OTMxMTckajUwJGwwJGgw.

simply happen. It brings the wonderful news to potential victims that criminal law may prevent that undesired/ unwanted things happen. It wishes to rule out that criminal law does not cover certain situations. There must always be somebody to be hold accountable; it creates culpability and responsibility by shaping new duties of care or other legal goods. In doing so, it applies criminal law as a kind of life insurance. However, it overlooks that life insurance policies do not protect you against death, but merely give a financial compensation to somebody else for what inevitably will happen.

The fifth and last factor consists of the expansion of the application of the penal law in time, in space, concerning persons and in conduct. The temporal aspect shows three varieties: one is that preparatory crimes and other conduct before the complete offence have been criminalized. The other is that the statute of limitations has been extended in many situations and in some countries even has been abolished completely with regard to some crimes. The third is that the general tendency is to increase penalties⁷. A major expansion of the application of the law can be seen in extending jurisdiction beyond national territory and nationals. States have interpreted their understanding of territory in a rather extensive manner and have introduced new jurisdictional concepts, such as the protective principle and the most extreme the principle of universal jurisdiction⁸. In addition, criminal justice systems face the challenge of vesting jurisdiction over crimes that have no (clear) location, because they are committed in the digital world. They do so through rationalization of classical jurisdictional principles with a localization. Many legal systems have enlarged the range of persons that may be subject to criminal law by widening notions of cooperation, creating criminal responsibility for legal entities, responsibility for the conduct of others and sometimes even vesting responsibility over branches of the state.

All of these developments and factors have taken place at the same time. The result is that we never had so much criminal law!⁹. A cynical comment would be that as criminal lawyers, we might be very proud and happy that our working field has so successfully expanded and enjoys wide public support for

⁷ *Globo*, p. 4: «O crime de terrorismo fixa pena de 12 a 30 anos de prisão. Agora, com o substitutivo, será de 20 a 40 anos de pena (para integrantes de facção)».

⁸ Katalin LIGETI, John VERVAELE and André KLIP, Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law, A European Law Institute Instrument (ELI Reporters), Oxford University Press 2018 (333 p.); Katalin Ligeti, John Vervaele and André Klip, Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union, Instrument of the European Law Institute, 2017, (60 p.) https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Conflict_of_Jurisdiction_in_Criminal_Law_FINAL.pdf

⁹ *Globo*, p. 2: «Regular criptoativos ajudará a combater o crime organizado. Iniciativa do BC é essencial para apertar controles sobre esquemas sofisticados de lavagem de dinheiro».

further growth. However, the more serious approach is another. The question of where the limits of criminal law ought to be has not been raised. That is remarkable as one can see a linear process through which there is more and more criminal law every year. Where will it end?

IV. CRIMINAL LAW: SIMPLY THE BEST!

It appears that criminal law enjoys an unlimited and undisputed popularity. It is recognized and appreciated as a system that can be politically deployed. It is regarded as a most useful system for political purposes. That is surprising as the track record of the criminal justice system as a system capable to suppress crime is neither impressive, nor convincing. The political expectations of the criminal justice system are huge and it also seems that public opinion (the man in the street) is convinced that more and harsher criminal law is the right answer to societal problems¹⁰. The consequence being that the punitive gap between the criminalized conduct in the books and the conduct subjected to law enforcement in all societies is increasing. There is more and more prohibited conduct that simply will not be investigated and not be prosecuted. And still societies permanently demand more. Whilst politicians may argue that crime should not pay for those that commit it and therefore we need more criminal law, crime does pay for politicians. Being tough on crime pays off and brings votes. No *ultima ratio* but *primo emotione*. Obviously the criminal justice system has some tools that have major symbolic ramifications: it may publicly accuse and try individuals and it may detain them in prison.

Maybe the criminal law enjoys such a popularity because it is appreciated as a tool that may influence the society as a whole and individual conduct in particular. This is an inherent intended function of criminal law and the criminal justice system, and it forms the existential reason to criminalise conduct. What is striking is the imbalance between the belief and expectations from criminal law and its real potential to deliver. The latter is rather poor and despite that societies want more of a system that has proven to have little impact and they increasingly want that now and immediately and create a permanent attention for more criminal law. Politicians are waiting for new scandals to arrive that enable them to take new punitive measures and are eager to attach their name to the legislation. This means that facts are ignored and that the assessment of whether criminal legislation is needed is on a fictional and emo-

¹⁰ *Globo*, p. 4: «Vamos entregar um marco legal do combate ao crime organizado no Brasil».

tional basis.¹¹ The criminal justice system gradually becomes a fairy tale, based on fact free legislation, as criminalisation criteria are not applied¹². Fairy tale law satisfies short term emotions, but has no link with real crime. The punitive gap increases the more fact-free criminalisations a state introduces.

It may be that the symbolic nature of criminal proceedings (an accusation and a public trial) as well as of the incarceration steer the interest here. However, what is clear is that some have discovered the utility of criminal proceedings against political opponents in particular and to demonstrate power to the public in general. We may see examples of such abuse in various countries in which investigations are initiated, people are stigmatized as being guilty without a decent charge.

This shows an interest in the punitive element of criminal law only, not in the legal element. They wish to punish and do not necessarily want to follow a legal procedure. The result may then become something that has the appearance of a legal process (the theater or exposure function) but is in essence mere punishment and the suppression of political opponents¹³. Once the legal system is no longer capable to prevent this abuse, the state will be able to synchronize and to subject all branches of the state to the will of those in power. A cynical observation is that the synchronized repressive system to be used for political purposes is far more effective than the regular criminal justice system combating ordinary crime. This means that the rule of law is endangered when the motivation to use punishment is solely political and the individual an opponent¹⁴.

V. THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM AS A DUAL USE SYSTEM

In all first year courses in criminal proceedings we teach our students, following Blackstone, that it is more important that one innocent will not be convicted than that ten guilty will be acquitted¹⁵. A state under the rule of law

¹¹ *Globo*, p. 2: «O tema da segurança pública è o campeão em suscitar essa aflição por fazer alguma coisa (qualquer coisa) para "dar uma satisfação à sociedade" sem que se saiba direito o quê».

¹² *Globo*, p. 25: «Trump extinguiu pesquisa anual sobre fome alegando que ela «inflava números,» usados pela oposição».

¹³ *Globo*, p. 26: «Se eles [palestinos] estiverem andando muito rápido, é suspeito. Se estiverem andando muito devagar, também é suspeito. Se três homens estiverem andando e um deles ficar para trás, é uma formação de infantaria dois para um, uma formação militar».

¹⁴ *Globo*, p. 26: «Principal opositor de Erdogan é acusado de 142 crimes. Promotoria pede penas que somam mais de 2 mil anos contra prefeito de Istambul, preso e afastado do cargo desde março».

¹⁵ *Globo*, p. 24: «Os EUA ainda não apresentaram provas de que as embarcações atacadas estavam sendo utilizadas para o tráfico de drogas ou de que representavam uma ameaça ao país».

will therefore use the criminal justice system to combat corruption¹⁶. It will prosecute acts and intimidation that affect the democratic institutions¹⁷. It will protect minority groups against both crime and the state exceeding its powers. It will adhere to the individualization of criminal responsibility. The very fact that the criminal justice system has an inherent political character does create a problem and even various dilemma's. Investigations may be initiated with a goal or method of political persecution. This raises the question of how to safeguard that only objective criteria determine decisions?

Whereas some may abuse the criminal justice system as a tool to persecute their opponents¹⁸, those that have not yet obtained a position of control over the state that enables them to subject others to criminal prosecution may be prosecuted themselves. They may be prosecuted because they allegedly have intimidated judges or members of parliament, or may have attempted to overthrow the government¹⁹. However, they may complain that the prosecution is politically motivated. I am afraid that a criminal justice system is unable to defend itself appropriately against the claim or blame of political justice: neither against the unjustified allegation, nor against the abuse²⁰. We are here faced with the difficulty of how to objectively distinguish the ordinary use of the criminal justice system from its abuse. How to recognize interference that endanger impartiality and independence?

When the state powers are able to synchronize the authorities, especially the judiciary, the criminal justice system is ready to be used for political purposes only that have nothing to do anymore with the rule of law. This is a situation that violates the balance of powers described by Montesquieu in the Trias Politica. It is a situation in which the executive takes over the powers of the legislative and judiciary branch. Such abusive actions may amount to intimidation of members of the opposition in parliament in order to bring them in

¹⁶ *Globo*, p. 10: «O Ministério Público também considera que houve abuso de poder econômico e político na transferência voluntária de recursos para municípios em desproporção ao orçamento de anos anteriores e que a publicidade institucional foi usada para promover a campanha de reeleição».

¹⁷ *Globo*, p. 31: «o esquema criminoso evidencia uma profunda infiltração no sistema político e na administração pública, buscando capturar setores estratégicos do Estado para garantir a impunidade e consolidar a dominação territorial da facção».

¹⁸ *Globo*, p. 8: «O tema também foi assunto na pré-campanha de 2022, quando Bolsonaro enviou ao Congresso uma proposta para que a definição prevista na lei passasse a contemplar ações violentas com fins políticos ou ideológicos, retomando a brecha para a criminalização de movimentos sociais».

¹⁹ *Globo*, p. 10: «O procurador-geral da República, Paulo Gonet, pediu ontem a condenação dos dez integrantes do chamado núcleo três da trama golpista, formado por integrantes das forças de segurança, sendo nove militares, incluindo kids pretos, e um policial federal».

²⁰ *Globo*, p. 32: «Os condenados pelo ato golpista de 8 de janeiro de 2023 alegam inocência e que sofreram perseguição. Seus seguidores, que já estão com a cabeça feita, gritam pelos quatro cantos do mundo a mesma ladrinha».

line. It may require utmost loyalty of its own party members. The political power may bypass parliament and legislate by decree without consultation. Judges may be nominated in order to change the balance in courts or to change the case law. Intimidation of independent judges may take place by subjecting them to proceedings before a disciplinary chamber. Civil servants may be forced under threat of dismissal to disobey the existing law. Governments may also abuse the criminal justice system by not making use of it to protect victims of crime. This may be done passively (inertia) or actively by giving instructions not to investigate or prosecute.

Both the use of the criminal justice system as well as the abuse present impartiality and independence as core values²¹. Dictators such as Stalin and Hitler loved criminal proceedings as they demonstrate their unlimited power. Both over those that are standing trial, as well as those that act a role in it as judge or prosecutor or are merely watching it as a spectator. It will help them when there is criminalization of a vaguely described conduct. In Nazi-Germany, it was «conduct against the healthy sentiments of the people.» The combination of a wide criminalization that offers ample opportunity for interpretation and a synchronized judiciary leads to punishment only, preceded by a stage in which actors play a criminal trial according to a script with a predetermined outcome. Things may be turned upside-down and eventually lead to providing one opinion and view that applies to all: War is Peace; Freedom is Slavery and Ignorance is Strength²².

VI. TASKS FOR THE PARTICIPANTS TO THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

More than crime and criminality, the major risks for the criminal justice system in our times consists of anti-democratic forces. The modernization of criminal law needs to take into account the society of the 21st century. We need to rethink the role of criminal law in the context of its vulnerability for abuse. In this context it is important to recognize that most contemporary criminal justice systems have criminalized concepts that are not only multi-interpretable: terrorism; organized crime; conspiracy, but also emphasize perpetrators as

²¹ *Globo*, p. 26: «A organização militar afirma que as forças israelenses «permanecem comprometidas com o Estado de Direito» e que "as alegações de má conduta são minuciosamente examinadas". Os militares também citaram que diversas investigações estão sendo conduzidas pela Divisão de Investigação Criminal da Polícia Militar».

²² George ORWELL, *Nineteen Eighty-Four*, 1949.

member of a group. In doing so, the individual is dehumanized and becomes a terrorist²³, illegal immigrants²⁴, mafiosi or gang member. These kind of qualifications makes it easier to apply random competences. Whilst this contribution focuses on substantive criminal law, the automatic consequence of more substantive criminal law is more investigating powers. In addition, often specific new investigatory techniques are introduced. Current tendencies have embraced the criminal justice system as a rather useful idiot for the abusive state. As a result it no longer protects the individual, neither against crime, nor against the state.

For sure the penalty, the punishment of an individual is an essential element of every criminal justice system. However, in the end criminal law only has a future if the emphasis is not on the punitive aspect of criminal law, but on its legal dimension²⁵. In the 21st century, the criminal justice system must take on its shoulders a new task to serve society and that is to defend the rule of law, with which it is inextricably linked.

Maastricht 31 December 2025, André Klip is Professor of Criminal Law, Criminal Procedure and the Transnational Aspects of Criminal Law at Maastricht University. He is a member of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences. He is Vice-president of the AIDP and directs its Scientific Committee. He is a judge at the 's-Hertogenbosch Court of Appeal (criminal division) in the Netherlands.

²³ *Globo*, p. 25: «Trump afirma que há fraude no Snap, com imigrantes sem documentação correta se beneficiando do programa e gente que passa o dia jogando videogame em casa e só sai para buscar o voucher. A demonização de quem recebe o auxílio se baseia em fatos?».

²⁴ *Globo*, p. 24: «O medo do aumento da criminalidade, ligado ao crescimento da imigração irregular, é a principal preocupação dos chilenos».

²⁵ A.A.G. PETERS, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie Utrecht 1972.

104. APROXIMACIÓN AL GÉNERO COMO FACTOR FUNDAMENTAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

MIKELE LAPEIRA ASTORKIA

Investigadora predoctoral UPV/EHU

I. EL GÉNERO: DETERMINISMO BIOLÓGICO VS. CONSTRUCTO SOCIAL

La disyuntiva entre la importancia de los factores genéticos y los factores medioambientales, que se ha llegado a conocer como la articulación *natura* y *nurtura*, ha afectado a todos los comportamientos humanos. Desde el momento de la gestación humana los genes no actúan de manera aislada del medio ambiente, de ahí que se haya encontrado una gran interacción entre experiencia y mecanismos biológicos en los comportamientos humanos¹. La confluencia de genes y ambiente es una constante en el desarrollo del organismo humano, que se halla abierto a incorporar nuevo material del exterior, que permite cambios tanto en el cerebro y cuerpo, como en el comportamiento².

Por lo contrario, los y las deterministas biológicos/as defienden que las acciones y los comportamientos humanos son respuestas generadas por las propiedades bioquímicas del cerebro que son determinantes en el comportamiento humano, y son creadas únicamente por los genes propios. Por este ar-

¹ BLEIER, R., *Science and Gender: A Critique of Biology and its Theories on Women*, New York: Pergamon Press, 1984.

² MAQUEIRA D'ANGELO, V., «Género, Diferencia y Desigualdad», en Beltrán E., Maquieira V., Álvarez, S. y Sánchez C., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial Ciencias Sociales, Madrid, 2001, pp. 133-134.

gumento de naturaleza se define la inevitabilidad de los actos humanos, argumento mayoritario de los deterministas³.

Sobre esta premisa se articula el argumento que apoya el determinismo biológico, basando la asimetría de la posición entre hombres y mujeres, en las diferencias biológicas subyacentes de la estructura del cerebro. Complementa su argumento explicando que debido a estas diferencias, el proceso de selección natural ha llevado al hombre a hallarse, de manera natural, en una situación de superioridad en la correlación de fuerzas entre hombres y mujeres⁴.

El determinismo biológico generó una ceguera sobre la cual se legitimó que los hombres obtuvieran el poder político-público de manera intencionada con el interés de mantener el *statu quo* imperante masculinista. Sin embargo, la categoría del género como constructo social supuso una irrupción en la exclusión y discriminación de las mujeres, deconstruyendo el argumento del biologismo (determinismo biologista), que frenaba todas las transformaciones sociales, por su carácter innato e inmanejable⁵.

De todas las opresiones existentes, ninguna ha adquirido una marca de naturaleza de tal calibre como la opresión histórica de la mujer, así, el argumento ontológico sobre que la estructura asimétrica de géneros se basa en características naturales, ha legitimado y perpetuado la misma; hasta el punto de insertarse completamente en el imaginario social, siendo difícil de derrocar, incluso con argumentos racionales, debido a la inmutabilidad del orden natural de las cosas al cual no puede afectar la voluntad humana⁶.

Sin embargo, el argumento del biologismo resulta demasiado simplista ya que no contempla los aspectos psicológicos, sociales y económicos, que tienen una irrefutable fuerza en la conducta humana⁷. En este sentido, el sexo sí es una realidad anatómica sobre la cual se ha fundamentado el concepto de lo femenino, sin embargo, históricamente no hubiese tenido ninguna significación política o cultural, ni supondría la base de la jerarquización de los géneros, si no se hubiese traducido en desventaja social⁸. Esta situación de lógica natural conllevó el nacimiento del género debido a la necesidad disruptiva derivada del determinismo biológico que era inherente al concepto sexo, que

³ LEWONTIN, R., ROSE, S., y KAMIN, L., *No está en los genes. Racismo, genética e ideología*, Barcelona, Crítica, 2009, p. 17.

⁴ *Ibid.*; MAQUIEIRA D'ANGELO, V., «Género», cit.

⁵ MARTÍN CASARES, A., *Antropología del Género. Culturas, Mitos y Estereotipos Sexuales. Feminismos*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 2006, p. 43.

⁶ COBO BEDIA, R., «El género en las ciencias sociales», en Laurenzo Copello, P., Maqueda Abreu, M.L., y Rubio Castro A., *Género, violencia y derecho*, ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 251.

⁷ LEWONTIN, R., ROSE, S., y KAMIN, L., *No está*, cit.

⁸ COBO BEDIA, R., «El Género», cit., p. 251.

tal y como hemos expuesto, marcaba simbólica y efectivamente el destino de los hombres y las mujeres⁹.

Por ello, el género se acuña para explicar la dimensión social y política¹⁰ que se ha construido sobre el sexo, es decir, ser mujer no solo es tener un sexo femenino, también significa una serie de prescripciones normativas como conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso de constructo social, así como la asignación de espacios sociales asimétricamente distribuidos, que supone la jerarquización de toda actividad, atribuyendo un mayor desvalor a los definidos como femeninos¹¹.

Debido a ello, el uso de la categoría de género rechaza las explicaciones biológicas que legitiman la subordinación de la mujer bajo el hombre en función de la capacidad de parir de las primeras y la mayor fuerza muscular de los hombres, entre otros argumentos de carácter biológico. Frente a ello, el género demuestra la creación sociocultural de las ideas sobre los roles que deben adquirir tanto los hombres como las mujeres¹², y de esta forma, se observa que la categoría del género tiene como referente al colectivo de las mujeres¹³, y que sobre su marca anatómica se ha construido una normatividad que desemboca en un sistema material y simbólico traducido políticamente en subordinación femenina¹⁴.

Por lo tanto, el género es una categoría que designa una realidad cultural y política, que se ha asentado sobre el sexo, es decir, se trata de una categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado. Así este constructo social se ha ido redefiniendo históricamente en función de la correlación de fuerzas de las mujeres en las distintas sociedades, excluyendo las explicaciones biológicas que defienden la subordinación femenina, y comprendiendo que se trata una creación totalmente social de ideas sobre roles apropiados para mujeres y hombres¹⁵.

⁹ MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit., p. 43.

¹⁰ Cobo apunta a la dimensión sociopolítica adjudicada al género femenino aludiendo a los papeles de esposa y madre en el ámbito privado-doméstico, cuya característica más visible ha sido el carácter no remunerado de todo este trabajo de reproducción biológica y material.

¹¹ COBO, R., *El género*, cit. p. 253; MAQUIEIRA D'ANGELO, V., «Género», cit., p. 159.

¹² SCOTT, Joan, «El género: un categoría útil para el análisis histórico», en *Historia y Género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, p. 28.

¹³ En esta línea, Simone DE BEAUVOIR en su libro *El Segundo Sexo* mencionó que de hecho el único colectivo con la marca de género es el de las mujeres, ya que la categoría universal de persona y el género masculino están unidos, y de ahí que haya que definir a las mujeres en relación con su género, siendo los hombres el paradigma de la calidad universal de persona que trasciende el cuerpo. Sin embargo, Luce Irigaray sostiene en su obra *Ese sexo que no es uno* que el sexo femenino es la *ausencia* en la economía significativa masculina, por lo que no está marcada como un género, sino que es la ausencia del mismo, siendo el sujeto que no es «uno» ante la hegemonía masculina.

¹⁴ COBO BEDIA, R., «El género», cit. p. 253.

¹⁵ COBO BEDIA, R., «El género», cit., p. 253; SCOTT, J., «El género», cit. p. 28.

Se trata de un complejo sistema de significado enraizado en los mecanismos por los cuales las personas de una determinada cultura identifican quiénes son, qué deben hacer y cómo deben relacionarse, dentro de un marco u otro en función de las similitudes y diferencias que tengan en relación con las demás personas que se hallan en el mismo espacio¹⁶. Así, se demuestra que la característica sociocultural del género como factor que genera la situación de subordinación de las mujeres, lejos de ser una cuestión de biologismo, es una cuestión social correlacionada con la coyuntura histórica y política de la sociedad¹⁷.

1. La concepción del género en la actualidad

El género es la consecuencia derivada de un proceso que ha generado un constructo social en el que se adjudican simbólicamente expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres¹⁸. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género¹⁹.

No obstante, esta adjudicación lejos de ser una representación neutral de lo femenino y de lo masculino, es la forma por la que se articula la relación de poder existente entre el hombre y la mujer, que resulta en la dominación del primero sobre la última²⁰. Así, Rosa Cobo explica que el género es una normatividad –femenina o masculina– sobre la que subyace el sexo en sentido biológico; siendo el género, de este modo, un principio de jerarquización entre hombres y mujeres distribuyendo recursos y espacios de manera asimétrica a cada cual²¹.

El género diferencia a hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social que se lleva a cabo con la aplicación en el imaginario social de

¹⁶ SANAHUJA YII, M.E., *Cuerpos sexuados, objetos y prehistoria. Feminismos*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 2002, p. 76.

¹⁷ BARRÈRE UNZUETA, M.Á., «La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de Género en las Políticas Públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 87-88, 2010, p. 37.

¹⁸ JERICÓ OJER, L., «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal», Monge Fernández, A. y Parrilla Vergara, J. (2019), en *Mujer y Derecho Penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*: (ed.). Barcelona, J.M. BOSCH EDITOR.; PÉREZ MACHÍO, A.I., «El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista», *Revista Penal*, núm. 51, 2023, pp. 242-262.

¹⁹ MAQUEDA ABREU, M.L., «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, pp. 2-3.

²⁰ JERICÓ OJER, L., «Perspectiva» cit. pp. 286-287.

²¹ COBO BEDIA, R., «El género», cit. p. 49; ERICE MARTÍNEZ, E., «Perspectiva de género y Derecho Penal», *Boletín Penal de Jueces y Juegos para la Democracia*, n. 10, 2018, p. 22; COBO BEDIA, R., en AMORÓS, C., *10 palabras clave sobre mujer*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1995.

diferencias en el conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades. Este proceso histórico se desarrolla a diferentes niveles como el estado, el mercado de trabajo, las escuelas, los medios de comunicación, la ley, la familia y a través de las relaciones interpersonales, generando así, una fuerte jerarquización debido a que a los que se definen como masculinos se les atribuye mayor valor²².

El núcleo del concepto del género es, en definitiva, la construcción social de los individuos asociados a la idea de mujer y de hombre. Esta construcción se realiza de manera difusa asociando símbolos culturales que aportan representaciones sobre lo femenino y lo masculino, y atribuyendo conductas e impulsos, con una pretendida idea de permanencia intemporal, que se pueden interiorizar mediante conceptos normativos²³.

La dimensión socio-política que adquiere el género se configura sobre el sexo femenino que genera prescripciones normativas y, como acabamos de mencionar, asigna espacios sociales asimétricamente distribuidos. Mediante las estructuras jerárquicas y de subordinación provenientes de esta asimetría que genera desigualdad, se exhiben y perpetúan los estereotipos asignados a los hombres y a las mujeres en función del género correspondiente²⁴. De este modo, el género es un elemento transversal en todas las relaciones sociales, así, la división de trabajo es un claro ejemplo de la relación de poder derivada del género, estableciendo entre ellas no relaciones de complementariedad, sino de sometimiento, de aquí la dimensión social del género²⁵.

El género es una categoría jerarquizadora al tratarse de un principio de orden, reveladora de una correlación de poder entre hombres y mujeres. Inevitablemente, todos los hombres experimentan una situación de poder sobre la mujer, aunque sea de manera simbólica y no realmente fáctica, incluso aquellos que están convencidos racionalmente de la igualdad de la dignidad de las mujeres, puesto que se trata de una ilusión masculina de un derecho «natural» al poder²⁶.

²² MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit., p. 40.

²³ ERICE MARTÍNEZ, E., «Perspectiva», cit. pp. 22-23.

²⁴ PÉREZ MACHÍO, A., «El enfoque», cit.; JERICÓ OJER, L., «Perspectiva», cit.; ERICE MARTÍNEZ, E., «Perspectiva», cit.

²⁵ ERICE MARTÍNEZ, E., «Perspectiva», cit.; Cobo explica en *El género en las ciencias sociales* que la normatividad establecida en base al género ha desembocado en los papeles de esposa y madre en el ámbito privado-doméstico, siendo su característica más visible el carácter no remunerado de todo este trabajo de reproducción biológica y material.

²⁶ CIRILLO, L., «Virtualidades pedagógicas del feminismo para la izquierda», *Revista Internacional de Filosofía Política (UNED-UAM)*, n.º 25 2005, pp. 46-47.

En definitiva, el género ha resultado ser el descubrimiento de un constructo cultural en el cual subyacen las profundas desigualdades sociales emergentes de la asimetría estructural entre géneros, en detrimento de los poderes fácticos de las mujeres²⁷.

2. El sujeto del género: ¿una cuestión de sexo o de género?

Tras la aproximación realizada al concepto del género, para la mejor comprensión del sujeto que ostenta la marca del mismo, se debería analizar el énfasis puesto en la separación sexo-género, con base en la inmutabilidad del sexo.

Es evidente que el género es un constructo social que legitima y perpetúa las relaciones de poder entre los sexos, la oposición sexo-género o cuerpo-mente, comprendiendo el sexo como un concepto fundamentalmente natural, ha entrado en tela de juicio entre teóricas que tratan de abandonar las bases estructuralistas (naturaleza-cultura y cuerpo-mente) tras comprender que esta distinción es un artificio que establece límites en un mismo *continuum*²⁸.

Tras miles de años de evolución, es imposible distinguir a ciencia cierta lo que es natural y biológico, de lo que es generado en el seno de una sociedad, ya que la misma evolución cultural influencia inevitablemente la evolución física, debido a que es el comportamiento el que orienta la selección natural, hasta el límite de que el genoma quede fuera del plano ante la fuerza cultural²⁹.

Así, varias teóricas feministas, entre las que destaca Judith Butler, sostienen la máxima de que el sistema sexo/género no es una contraposición de lo natural y lo cultural³⁰, sino que la dualidad de los sexos se establece de manera discursiva, respondiendo a intereses sociopolíticos, por lo que concluyen que la categoría sexo es una construcción social, así como el género³¹.

Desde los estudios *queer* (en los que profundizaremos a continuación) se realiza una des-ontologización de las políticas y de las identidades de género

²⁷ COBO BEDIA, R., «El género», cit., p. 251.

²⁸ TUBERT, Silvia, «La crisis del concepto de género», en Laurenzo, P., Maqueda, M.L., y Rubio A., *Género, violencia y derecho*, ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 93.

²⁹ MONOD, J., *El azar y la necesidad*, Tusquets, Madrid, 1970, pp. 188-189; MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit., p. 63.

³⁰ Al superar la dicotomía mimética del sexo/género la conclusión a la que se llegó fue que el género construye el sexo ya que si se trata de una concepción socio-simbólica a partir de categorías biológicas pertenecientes a cada sociedad concreta, no habrá ninguna construcción sociocultural, sin realidades biológicas percibidas.

³¹ TUBERT, S., «La crisis», cit., p. 94; SANAHUJA YU, M.E., *Cuerpos*, cit., p. 36; WITTIG, M., *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Egales, Barcelona, 2006.

donde los cuerpos solo pueden llegar a ser inteligibles dentro del esquema dicotómico de los dos sexos, para lo cual se ponen en tela de juicio las operaciones discursivas que construyen la normatividad sexual observables en la cultura occidental ³².

La distinción sexo/género demuestra una discontinuidad radical entre cuerpos sexuados y géneros culturales, por el contrario, esta línea teórica comprende que al ser el género una significación cultural, no se podrá confirmar de manera absoluta que provenga de un sexo. De hecho, resultará imposible dar por sentado la categoría binaria del sexo, por lo que no se podrá comprender de manera mimética la relación entre sexo y género, ya que ni siquiera el sexo tendrá una esencia inamovible, siendo el mismo sexo un constructo social, de una evolución de miles de años ³³.

En este sentido, continúa argumentando Judith Butler que carece de sentido defender que el género es a la cultura lo que el sexo a la biología desde el momento en que el sexo como concepto es un instrumento cultural creado de manera discursiva, por mucho que la naturaleza sexuada se tome como prediscursiva para garantizar el marco binario y se pueda actuar sobre él de manera cultural ³⁴.

No se puede aludir, según esta corriente, a un cuerpo que no haya sido interpretado según unos significados culturales concretos, y por ello mismo, el sexo podría no cumplir esa característica prediscursiva debido a la facticidad anatómica sobre la cual se articula el constructo del género ³⁵. De hecho, la asignación de características generizadas proviene desde antes del nacimiento, cuando ni siquiera están formadas las primeras propiedades sexuales y se puede advertir diferencia alguna entre sexos. Es decir, argumentan que el sexo siempre ha sido género ³⁶.

Así, el uso de género como un concepto práctico que facilite la diferenciación de los aspectos sociales de los biológicos puede no ser válida, teniendo

³² SIERRA GONZÁLEZ, A., «Una aproximación a la teoría *queer*: el debate sobre la libertad y la ciudadanía», *Cuadernos del Ateneo*, n. 26, 2008, p. 29.

³³ BUTLER, J., *El género en disputa. El Feminismo y la Subversión de la identidad*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2007, pp. 54-55.

³⁴ *Ibid.*, p. 56; el filósofo Derrida es conocido por su afirmación *il n'y a pas de hors-texte* que se traduce como «no hay nada fuera del texto». Esta afirmación no es una declaración ontológica, sino epistemológica, al sostener que todo lo que percibimos y comprendemos es a través del lenguaje y la interpretación y que nada existe más allá, teoría que Butler hace suya para argumentar que nada existe de manera prediscursiva, siendo todo consecuencia del lenguaje (de ahí la teoría discursiva del sexo).

³⁵ *Ibid.* pp. 56-57.

³⁶ *Ibid.* p. 57, según Butler, si el sexo no se puede marcar con una característica prediscursiva, se tendrá que atender a que no existe una diferencia real entre el sexo y el género, dotando a ambos de carácter discursivo, de ahí que exponga su máxima insistiendo en que el sexo siempre ha sido género; MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit. p. 41.

en cuenta que el completo sistema de relaciones que el género saca a la superficie puede incluir el sexo, pero no está determinado por él, ya que la conexión entre el sexo y los roles sexuales asignados al mismo no conllevan una correlación directa³⁷.

Sin embargo, diversas académicas discrepan de esta teoría sobre la construcción social del mismo sexo. La determinación del sexo del embrión parte de una misma base femenina que posteriormente puede variar en función de la presencia o ausencia del cromosoma Y, cuya presencia acarreará la producción de gónadas masculinas, que se traducen en testículos, y la creación de un «macho». Si bien, no siempre es tan sencillo, ya que es posible que ciertas personas nazcan con genitales ambiguos, dejando en evidencia la lógica dicotómica que la biomedicina siempre ha impulsado, así, esta categoría intersex (como variación al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente) derroca el estricto binarismo del sexo³⁸.

La inferencia que la cosmovisión sociocultural binaria puede realizar en la biología se plasma en la insistencia biomédica de ajustar estas personalidades intersex a uno u otro sexo, incluso mediante intervención quirúrgica para la «normalización genital»,³⁹ que desprende una necesidad de encasillar a todo ser humano en uno u otro sexo⁴⁰. El «obstáculo» que supone esta falta de asignación de un sexo concreto demuestra que no existe una anatomía puramente dicotómica, así, de nuevo el determinismo biológico se encuentra en entredicho al dejar de lado la existencia de las personas intersex⁴¹.

³⁷ SCOTT, J., «El género», *cit.*, p. 29.

³⁸ FISCHER PFAEFFLE, A.E., «Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales», en MAFFIA, D., *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Ed. Feminaria, Buenos Aires, 2003, pp. 24-25; CABRAL, M., y BENZUR, G., «Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad», *Cuadernos Pagu*, Córdoba, Argentina, 2005, pp. 283-284.

³⁹ Fischer Pfaeffle argumenta que: «La designación del sexo también se basa en el tamaño correcto que deben tener tanto el clítoris como el pene, de las criaturas al nacer. El clítoris para ser «normal» debe medir entre 0 y 0.9 cms y el pene entre 2.5 y 4.5. Si un clítoris es mayor de 0.9, es anormal; y si un pene es menor de 2.5 es también «anormal». Esta clasificación de lo que es normal o anormal, de lo que es correcto o incorrecto, es arbitraria, construida a partir de un pensamiento simple y prejuicioso. Si el clítoris pasa de determinada medida, o sea es mayor, fuera del padrón y de los criterios establecidos por la biomedicina, y no alcanza la medida que supuestamente debe tener un pene, la criatura sufre la amputación del órgano (mutilación); si no tiene una vagina, se le crea una y es transformado en sexo femenino, posteriormente deberá tomar hormonas para desarrollar senos. Es más fácil, según los médicos.» Asimismo, no solo repercute en el área genital, sino que también puede ser una cuestión cromosómica, desde el descubrimiento de la existencia del XXY, además del XY (macho) y XX (hembra).

⁴⁰ El sexólogo John Money fue uno de los promotores de la operación para la reasignación de sexo para las personas intersexuales. Véase el caso de los hermanos gemelos Reimer.

⁴¹ CABRAL, M., y BENZUR, G., «Cuando digo intersex», *cit.*, pp. 285-286; CABRAL, M., «Pensar en la intersexualidad, hoy», en MAFFIA, D., *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Ed. Feminaria, Buenos Aires, 2003, pp. 117-119.

Si bien, la cultura puede modelar algunos aspectos de nuestra existencia corporal, resulta demasiado simplista decir que lo anatómico también deriva de los intereses políticos coyunturales, ya que el contexto sociopolítico no puede incidir completamente en todos los aspectos de la vida humana⁴². Por mucho que esta cosmovisión binaria sea una cuestión ideológica de raíz político-social, el sexo, en todas sus variaciones (no necesariamente dos) sigue siendo una cuestión natural, a la que se le dota o impregna de teoría ideológica, de la que deriva el género (hegemónica y erróneamente comprendida como dual)⁴³.

2.1 MÁS ALLÁ DE LA COSMOVISIÓN BINARIA DEL GÉNERO

El pensamiento dualista ha afectado tanto nuestro imaginario social que no somos capaces de percibir a las personas como tal, sino que ya los asociamos *a priori* con la marca de hombre o mujer. Se asume que el rol de género atribuido en el nacimiento será el mismo de manera constante a lo largo de toda la vida, cuando realmente no hay motivo alguno para garantizar la continuidad de esa experiencia subjetiva, pudiendo ser más o menos femenina, masculina o andrógina⁴⁴, debido a su carácter dinámico y variable⁴⁵.

La identidad de género desafía niveles personales y emocionales de la percepción de la propia identidad construida según los modelos culturales que se halla dominada por una cosmovisión binaria. Si el género opta a ser un concepto operativo debe superar la base dual que ostenta, y aglutinar otras formas de socialización e identidades como las personas transgénero que traspasan las características establecidas en las líneas del binarismo⁴⁶.

La falta de correspondencia entre sexo y género es fácilmente comprensible si atendemos a la existencia de múltiples roles de género⁴⁷, como conse-

⁴² NUSSBAUM, M.C., «The Professor of Parody», *The New Republic*, 1999, pp.37-45.

⁴³ MARTÍNEZ, Ariel, «Los cuerpos del sistema sexo/género. Aportes teóricos de Judith Butler», *Revista de Psicología - Segunda Época*, vol. 12, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 2012, pp. 130-131; COBO, R., «El género», *cit.*, p. 251. COBO apunta a que la biología *per se* no tiene capacidad de generar una jerarquía si no se dota artificialmente de ideología, atendiendo a la culturalidad de las subordinaciones y discriminaciones.

⁴⁴ Una persona andrógina muestra unos rasgos sexuales exteriores poco definidos o ambigüos desde una perspectiva binaria, o que no coinciden con las características propias del sexo asignado al nacer.

⁴⁵ MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, *cit.* pp. 44-49

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ La falta de correspondencia se acentúa más aún si se tiene en cuenta la presencia de personas intersex, las cuales han sido obligadas a encasillarse en uno u otro sexo, pero que de manera innata no pertenecen al sistema binario del sexo, tal y como lo comprende la biomedicina hegemónica, por lo que el género en términos binarios tampoco encontraría su correspondencia.

cuencia de la derivación de intereses sociopolíticos que cambian entre diferentes culturas. La vida social que deriva de la asignación de un género varía en cada caso concreto, ya que como venimos diciendo, no se trata de un concepto estático ⁴⁸.

Como diría Simone de Beauvoir, no se nace mujer: una llega a serlo ⁴⁹, por lo que en definitiva, lo que es evidente es la característica discursiva del género, comprendido como una categoría dinámica, que responde a intereses sociopolíticos, por ello la desigualdad de género se reproduce y se modifica en función de la capacidad de las mujeres para articularse como sujeto político, sin que sea de ningún modo estático, ni inmutable ⁵⁰.

La identificación del sexo con el género se rompe al comprender el constructo social que es el género, que nace como reacción al sexo. Si bien, el género había nacido como una categoría binaria que respondía (en teoría) a la dicotomía anatómica del sexo, se tuvo que redefinir debido a su falta de operatividad ante las múltiples construcciones identitarias. No es baladí recordar que el sexo tampoco se puede comprender de manera binaria, si atendemos a la mencionada categoría intersex ⁵¹.

¿Quién es, entonces, el sujeto del género? La categoría de mujer se halla en entredicho ⁵². El sujeto político que deriva del género –comprendiendo el género como la marca de una diferencia que implica el estado subordinado de las mujeres ⁵³– es de vital importancia tanto en términos de legitimación como de exclusión. El ser mujer no es una categoría exhaustiva que se limita a los atributos correspondientes a un sexo concreto, sino que la categoría de mujer, como género, varía en función de los contextos históricos y socioculturales, debido a su carácter dinámico ⁵⁴.

La unidad y universalidad de la categoría de la mujer como colectivo político no atiende a los privilegios de raza y clase, y ha dejado de lado las diversas intersecciones que, como veremos más adelante, confluyen en la ca-

⁴⁸ THURÉN, B.-M., *El Poder Generizado. El desarrollo de la antropología feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas, Universidad Complutense de Madrid, 1993, pp. 94-101.

⁴⁹ BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Ediciones Cátedra, 2017, p. 87.

⁵⁰ COBO, R., «El género», cit. p. 253; CIRILLO, L., «Virtualidades», cit., p. 47.

⁵¹ MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit. p. 68.

⁵² Recordemos que la categoría intersex varía el standard de corporalidad femenina o masculina, por lo que anatómicamente puede haber personas no encasilladas como hembras, de género femenino. La falta de correspondencia total entre sexo y género hace que la condición de mujer no sea una característica dada desde el nacimiento sino que, citando a Beauvoir: «mujer se hace».

⁵³ DE LAURETIS, T., *Género y teoría queer*, Mora (B. Aires) [online]. 2015, vol. 21, n. 2; Rubin diría una década después de escribir su popular ensayo *The Traffic in Women*, que «el género es la estructura social de la opresión de las mujeres».

⁵⁴ BUTLER, J., *El género*, cit., p. 50.

tegoría de las mujeres. Asimismo, la matriz cultural deja fuera del colectivo identitario a aquellos sujetos cuyo género no es consecuencia del sexo, y a aquellos cuya sexualidad no tiene origen en el género o sexo, excluyendo a aquellas personas que «no nacieron mujer»⁵⁵.

Algunas identidades de género no se adaptan a esa inteligibilidad cultural, ni a la comprensión de las personas con base en su género, es decir, no se caracterizan ni como hombre, ni como mujer. Si la mujer llega a serlo, es un término en procedimiento, siendo una práctica discursiva que debe mantenerse abierta a nuevas categorías relacionales y experimentales⁵⁶. De ahí, el auge de las teorías *queer* que van más allá de las conocidas identidades sexuales adentrándose en todas las cuestiones de exclusión, mediante políticas identitarias para todos los grupos marginados por el capitalismo globalizado⁵⁷.

En última instancia, lo que comprendemos como sujeto del género no es únicamente la mujer como ser humano con ciertas características, sino la situación de la misma en la sociedad, por lo que la identificación con la categoría de mujer, como colectivo subordinado al género masculino, es lo que crea el sujeto⁵⁸.

II. CONCLUSIONES

La corriente que apoya el determinismo biológico acude al argumento ontológico sobre que la estructura asimétrica de géneros se basa en características naturales debido a la inmutabilidad del orden natural de las cosas, a la cual no puede afectar la voluntad humana, para perpetuar la asimetría existente entre hombres y mujeres, en detrimento de la última. Situación ante la que las feministas americanas se sublevaron al acuñar el género, y demostrando la diferencia dicotómica entre el resultado de la condición biológica (sexo) y lo creado en el seno sociocultural (género), para configurarlo como un concepto que responde a una construcción social que abarcaba los aspectos relacionales de las definiciones normativas de la feminidad, y las situaciones de subordinación y asimetría entre mujeres y hombres, poniendo de relieve que la biología o la anatomía no eran las responsables de la jerarquización entre hombres y mujeres.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 60-70

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ MARTÍN CASARES, A., *Antropología*, cit., p. 279.

⁵⁸ THURÉN B.M., *El Poder*, cit., p. 94.

Así, se creó el sistema sexo/género como el conjunto de disposiciones mediante las cuales la sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, donde se satisfacen estas necesidades sexuales transformadas, y comprende de este modo que la opresión de las mujeres no es un hecho natural, sino un producto social que se lleva a cabo por medio del sistema sexo/género, como conjunto de disposiciones por el cual la materia biológica del sexo y la procreación humana se encuentran afectadas por la intervención humana y social, y satisfechas en una forma convencional, en clara desventaja para la mujer.

La condición de mujer va más allá de tener un sexo femenino, debido a que adquiere una dimensión social y política que se ha construido sobre el mismo, por ello se le asignan a la mujer una serie de prescripciones normativas como conductas y actividades que generan una relación de sometimiento y subordinación mediante la asignación de espacios sociales asimétricamente distribuidos, que supone la jerarquización de toda actividad, atribuyendo un mayor desvalor a los definidos como femeninos.

Si bien, las feministas postestructuralistas de los años 90 y de los 2000 ahondaron aún más en la opresión articulada por razón de género, llegando a poner en tela de juicio la necesidad del concepto de género, debido a la característica social del mismo sexo. Es decir, sostienen que el sistema sexo/género no es una contraposición de lo natural y lo cultural, sino que la dualidad de los sexos se establece de manera discursiva, respondiendo a intereses sociopolíticos, por lo que concluyen que la categoría sexo es una construcción social, así como el género.

Esta línea teórica comprende que es imposible dar por sentado la categoría binaria del sexo, por lo que no se podrá comprender de manera mimética la relación entre sexo y género, ya que ni siquiera el sexo tendrá una esencia inamovible, siendo el mismo sexo un constructo social, de una evolución de miles de años. No se puede aludir a un cuerpo que no haya sido interpretado según unos significados culturales concretos, y por ello mismo, el sexo podría no cumplir esa característica prediscursiva debido a la facticidad anatómica sobre la cual se articula el constructo del género.

La inferencia que la cosmovisión sociocultural binaria puede realizar en la biología se plasma en la insistencia biomédica de ajustar todos los cuerpos a uno u otro sexo, incluso mediante intervención quirúrgica para la «normalización genital» cuando se trate de personas intersex, demostrando que no existe una anatomía puramente dicotómica, así, de nuevo el determinismo biológico se encuentra en entredicho.

Aun así, es comprensible que la cultura pueda modelar algunos aspectos de nuestra existencia corporal, pero resulta demasiado simplista decir que lo anatómico también deriva de los intereses políticos coyunturales, ya que el contexto sociopolítico no puede incidir completamente en todos los aspectos de la vida humana. Por mucho que esta cosmovisión binaria sea una cuestión ideológica de raíz político-social, el sexo, en todas sus variaciones (no necesariamente dos) sigue siendo una cuestión natural, a la que se le dota o impregna de teoría ideológica, de la que deriva el género (hegemónica y erróneamente comprendida como dual).

Lo que sí resulta evidente es la característica discursiva del género, comprendido como una categoría dinámica, que responde a intereses sociopolíticos que han llegado a afectar tanto a nuestro imaginario social hasta llegar a percibir a las personas únicamente desde una perspectiva dualista que asociamos *a priori* con la marca de hombre o mujer. Se asume que el rol de género atribuido en el nacimiento será el mismo de manera constante a lo largo de toda la vida, dejando de lado que se trata de una experiencia subjetiva pudiendo ser más o menos femenina, masculina o andrógina, debido a su carácter dinámico y variable.

En definitiva, si el género opta a ser un concepto operativo debe superar la base dual que ostenta, y aglutinar otras formas de socialización e identidades como las personas transgénero que traspasan las características establecidas en las líneas del binarismo. Por ello, los estudios *queer* nacen como una política disruptiva en el plano del esquema dicotómico de los dos sexos, realizando una des-ontologización de las políticas y de las identidades de género, adentrándose en todas las cuestiones de exclusión, mediante políticas identitarias para todos los grupos marginados por el capitalismo globalizado, para poder ir más allá de la normatividad sexual binaria imperante en la cultura occidental.

105. DESINFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

ÁNGELA MATALLÍN
Universidad de Valencia*

I. INTRODUCCIÓN

La desinformación se ha consolidado como una de las grandes amenazas de la democracia y así se reconoce a nivel nacional y supranacional. El Informe de Riesgos Globales 2025 del *World Economic Forum* señala que la desigualdad y la polarización ocupan un lugar destacado entre las principales inquietudes de los ciudadanos, avivadas por el fenómeno de la desinformación, *que por segundo año consecutivo, es la principal preocupación a corto y medio plazo en todas las categorías de riesgo*^{1, 2}.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto «La desinformación como amenaza a la seguridad nacional: propuestas de regulación» (PID2024-160519OB-I00), dirigido por Antonio Fernández Hernández y María Luisa Cuerda Arnau, y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ World Economic Forum. (2025), <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2025>, p. 4.

² El Informe de Seguridad Nacional 2024 destaca entre los riesgos sociales, y, en primer lugar, la preocupación por el posible empleo del ciberespacio para fines irregulares y por las campañas de desinformación. *Son dos amenazas para la seguridad nacional que, al margen de la situación coyuntural de cada año, siempre han ocupado los puestos más altos en el ranking del mapa de riesgos. Si hubiera que destacar un aspecto concreto de 2025, este sería la irrupción de la inteligencia artificial generativa como tecnología que amplifica la capacidad para la creación de contenidos (texto, audio, imágenes y vídeos). La eventual posibilidad del empleo de esta tecnología avanzada por parte de determinados actores para transmitir información falsa es una amenaza cada vez más acuciante* (p. 277).

Esta realidad incontestable y las crecientes dificultades para identificar en este contexto general de desinformación cual es la realidad, además de representar un peligro en sí mismo, en los distintos ámbitos de actuación sobre los que se proyecta, genera y amplifica otros riesgos *de o en* el marco de conflictos armados o desórdenes públicos, así como una deficiente percepción de las crisis climáticas y de su posible concreción en fenómenos meteorológicos extremos (ej. Danas³ de la Comunidad Valenciana).

En este contexto, y a pesar de su trascendencia, la desinformación medioambiental, como sector específico dentro del fenómeno global de la desinformación, no suele ser objeto de análisis particularizado.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, acepta la definición de desinformación establecida en la COM (2018) 236⁴, *como información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas*⁵.

Frente a esta definición, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua parece ofrecer un concepto más amplio de desinformación, que no solo incluiría la información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines, sino también la ocultación o insuficiencia de información⁶.

De cualquier forma, el objetivo de este trabajo no es realizar una reproducción panorámica de las diferentes definiciones existentes de desinforma-

³ f. Meteor. *Depresión en niveles altos de la atmósfera, que, aislada de la circulación general atmosférica, se mueve de forma independiente y puede producir grandes perturbaciones con precipitaciones muy intensas* (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo (Bruselas, 26.4.2018/COM(2018) 236 final).

⁵ *Esta Comunicación se presenta sin perjuicio de las normas legales aplicables en la Unión o en sus Estados miembros con respecto a los temas analizados, incluida la desinformación que incluye contenido ilegal. Esta Comunicación se presenta sin perjuicio de los enfoques y las medidas en curso para luchar contra los contenidos ilícitos, incluidos los contenidos terroristas en línea y los materiales de abuso sexual de menores.*

⁶ Desinformar se define en el Diccionario de la Lengua española como *dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines; dar información insuficiente u omitirla.*

ción, que son muchas y dispares, sino, tan solo, poner de manifiesto las notas comunes que a mi juicio debería tener el fenómeno en su proyección específica sobre el medio ambiente, como punto de partida para abordar en un momento posterior su posible relevancia penal. Es decir, el objeto propuesto se centra en ofrecer un significado aproximativo de la locución *desinformación medioambiental*, como paso previo y necesario para abordar la posible relevancia penal de ciertas conductas relacionadas con el bien jurídico medioambiente, o producidas con ocasión de graves catástrofes medioambientales, por su trascendencia y efectos (ej. negacionismo climático), siempre que ostenten una ofensividad suficiente para justificar la actuación del Derecho Penal, sin que representen ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y/de información.

En este sentido, consideramos una necesidad académica afrontar dicha delimitación terminológica, por la ausencia generalizada de nomenclatura específica en la materia.

II. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA

La desinformación medioambiental no es objeto de conceptualización independiente. Por el contrario, viene siendo englobada en el término genérico de desinformación, sin concreción específica en este ámbito temático, lo que contrasta con la trascendencia del fenómeno, como riesgo global, en sus distintas realizaciones, especialmente en lo que se refiere a los nocivos efectos de la desinformación climática, locución que, ocasionalmente, sí es objeto de utilización, aunque sin ofrecer una noción normativa que concrete su significado.

Esta tendencia a tratar la desinformación de modo amplio, sin referencia directa a su dimensión medioambiental⁷, se observa igualmente en diferentes marcos institucionales de carácter supranacional, que reconocen la desinformación como un peligro social y político, pero que rara vez abordan explícitamente este tipo de desinformación como amenaza diferenciada, limitándose a reproducir, en el mejor de los casos, la locución *desinformación climática*, sin definición expresa de su significado.

Es en este ámbito de la desinformación climática, por la relevancia del tema, donde sí empezamos a observar movimientos desde instancias oficiales para alertar sobre la necesidad de actuar. En este sentido, por ejemplo, la ONU ha comenzado a visibilizar el problema, llegando en 2025 a la adopción de la

⁷ Salvo excepciones, como la ya apuntada de la desinformación climática.

Declaración sobre Integridad de la Información Climática, en el marco de la CO30, como primer marco intergubernamental establecido para combatir la desinformación sobre el clima, partiendo de la configuración del derecho a la información y, en paralelo, de la desinformación, como vulneración del mismo⁸.

En efecto, los graves efectos de la desinformación climática generan una mayor preocupación por esta concreta área medioambiental, potenciando las acciones normativas y tutelares. Así, el Comité Directivo para la integridad de la información sobre el cambio climático destacó en su Declaración el gran impacto que produce la desinformación, la información errónea, el negacionismo, los ataques deliberados contra periodistas, defensores, científicos, investigadores y otras voces públicas dedicados al medio ambiente, así como otras tácticas utilizadas para socavar la integridad de la información sobre el cambio climático, en la medida que con ello disminuye la comprensión del público sobre el fenómeno, retrasan la adopción de medidas urgentes y amenazan la respuesta climática mundial y la estabilidad social⁹.

También en el ámbito de la Unión Europea se aprecian avances conceptuales sin soporte normativo, circunscritos a la definición de *desinformación climática* como difusión intencional de informaciones falsas sobre el cambio climático y las políticas climáticas, advirtiendo que este tipo de contenido «socava la confianza en la ciencia, debilita el apoyo público a la acción climática, dificulta la aplicación de políticas e incluso mina la democracia»¹⁰.

Estos reconocimientos recientes sugieren, pues, que la desinformación en materia climática empieza a ser considerada una amenaza *sui generis*, vinculada a la seguridad colectiva y al cumplimiento de los objetivos ambientales, y aunque tal consideración aún no se ha consolidado en todos los foros, sí permite apreciar una clara tendencia favorable a su futura delimitación específica.

Frente a esta realidad, y reconociendo la gravedad de esta forma concreta de desinformación, referida al clima, lo cierto es que también existen otros sectores de la que podemos denominar *desinformación medioambiental*, como la proyectada sobre la pérdida de biodiversidad y sus efectos, o sobre las consecuencias de los incendios forestales, por citar algunos ejemplos, que también generan un gran impacto sobre el bien jurídico medio ambiente o sobre otros bienes jurídicos de alto valor constitucional (ej. el derecho de sufragio), que

⁸ Además de como derecho fundamental en nuestra constitución.

⁹ *Declaration on Information Integrity on Climate Change*

¹⁰ https://climate.ec.europa.eu/eu-action/climate-disinformation_en

también exigen acciones tutelares, previa catalogación de este tipo de ofensas, pues no todas las conductas de desinformación relacionadas con el derecho/deber a un medio ambiente adecuado o con otros objetos de tutela van a estar amparadas constitucionalmente.

Desde esta perspectiva académica y crítica, considero que la falta de un marco conceptual consolidado para la desinformación medioambiental exige su determinación, diferenciando claramente el fenómeno de otros supuestos distintos como los errores u omisiones no intencionales, con el objetivo clarificar su verdadera naturaleza, pues no conceptualizar adecuadamente esta amenaza supondría dejar espacios de indefinición, ajenos a una posible acción tutelar.

1. *Misinformation, disinformation* y otros fenómenos semejantes

La distinción esencial entre *disinformation* y *misinformation* se sitúa con carácter general en la intencionalidad de la conducta, de manera que mientras la *misinformation* se relaciona con la difusión de contenidos falsos, erróneos o no verificados ausentes de voluntad de engaño, la *disinformation* se identifica con la falsedad intencional, vertida para manipular o causar perjuicio¹¹. A partir de esta idea general de consenso, y sin embargo, las opiniones varían sobre los contenidos a incluir en esta categoría, lo que puede generar cierta confusión terminológica. En este sentido, y por ejemplo, puede utilizarse el término *disinformation* en sentido más amplio que el señalado, abarcando otras conductas afines, relacionadas con la desinformación, que contribuyen a la perturbación del discurso público, la erosión de la confianza y la polarización social, influyendo, en última instancia, en las decisiones de las personas en su vida privada y pública, moldeando su opinión¹².

Es precisamente para evitar esta posible confusión terminológica, que consideramos necesario clarificar con precisión los conceptos que vamos a

¹¹ Cfr., entre otros, CARRASCO-FARRÉ, C.: «The fingerprints of misinformation: How deceptive content differs from reliable sources in terms of cognitive effort and appeal to emotions», en *Humanities and Social Sciences Communications*, volume 9, Article number: 162 (2022) (<https://www.nature.com/articles/s41599-022-01174-9>); WARDLE, C., & DERAKHSHAN, H.: Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Council of Europe, 2017, pág. 20 (<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>); JACK, C.: Lexicon of Lies: Terms for problematic information, Data & Society, 2017 (https://datasociety.net/pubs/oh/DataAndSociety_LexiconofLies.pdf).

¹² Steering Committee on Media and Information Society.CDMSI.28th Meeting. Strasbourg, 3-5 December 2025, pág. 2.

utilizar en la investigación, ya que la posible intervención del Derecho Penal ante los mismos solo será admisible cuando por la gravedad de la conducta determinante resulte justificada la limitación de los derechos fundamentales afectados.

La variedad fenomenológica que pueden asumir las conductas de desinformación, especialmente, en materia medioambiental, así lo exige, siendo necesario tomar postura sobre su contenido para incluir –o no– en este último concepto, que circunscribe nuestro objeto de análisis, otros fenómenos relacionados, como el comúnmente conocido *greenwashing o blanqueo ecológico*, entendido como la práctica de difundir afirmaciones medioambientales engañosas en el ámbito corporativo¹³, y que, por lo tanto, podemos considerar como una modalidad específica de desinformación.

Solo de esta manera, podremos evitar confusiones indeseadas, cumpliendo nuestro objetivo de realizar una aproximación solvente sobre la noción de desinformación medioambiental, que afrontaremos a continuación, como paso previo y necesario al análisis de su relevancia penal, problemática esta, que por el carácter limitado de este trabajo no será objeto de tratamiento.

2. Desinformación medioambiental

Caracterizada la desinformación punible por su intencionalidad manipuladora, esto es, limitando la intervención de esta rama del ordenamiento a las conductas de *disinformation* antes señaladas, puede resultar adecuado partir del concepto normativo establecido al efecto en la Comunicación sobre la lucha contra la desinformación en línea¹⁴, COM (2018) 236, recogido en nuestra Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. De conformidad con el mismo, aceptamos la definición de desinformación allí establecida, como *información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público», incluyendo en este perjuicio público las amenazas a los procesos democráti-*

¹³ El blanqueo ecológico hace referencia a la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal, comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos. Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Texto pertinente a efectos del EEE). Considerando 11.

¹⁴ *Vid., supra.*

cos y a bienes públicos tales como la salud, el medio ambiente o la seguridad, entre otros».

A partir de aquí, el objetivo es realizar una primera aproximación al concepto de desinformación medioambiental con relevancia penal, como especie del fenómeno general de la desinformación. Nos encontramos ante una realidad cuya importancia va en aumento, en consonancia con el impacto de alguna de sus manifestaciones, como la referida al cambio climático, que por ausencia de reconocimiento explícito y de un marco conceptual sólido debemos clarificar.

Esta laguna de tratamiento contrasta con la gravedad del problema, pues la difusión de narrativas falsas sobre el clima u otros fenómenos medioambientales, sin duda son capaces de socavar los consensos científicos, alimentando la duda social y entorpeciendo las políticas públicas.

En este ámbito, y, por lo tanto, se plantea una doble necesidad. Por un lado, debemos resaltar el carácter amenazante de la desinformación medioambiental, especialmente climática, como fenómeno específico que erosiona las bases del Estado Social y Democrático de Derecho para adecuar la acción ante la crisis planetaria actual, y, por otro, criticar el enfoque insuficiente que hasta ahora ha caracterizado su tratamiento en informes globales y marcos normativos nacionales e internacionales, abogando por el desarrollo de un enfoque más riguroso y específico, pues solo reconociendo conceptualmente la realidad de la desinformación medioambiental, como una amenaza específica, y su posible trascendencia penal, podremos diseñar estrategias eficaces para combatirla y proteger la respuesta colectiva al deterioro integral planetario de nuestro tiempo.

A partir de aquí, considero apropiada, como primera aproximación al concepto de desinformación medioambiental, limitar su relevancia penal a aquellas conductas falsas o engañosas que se crean, presentan y divulgan con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población y que puede causar un perjuicio público sobre el bien jurídico medio ambiente o sobre otros bienes distintos, con motivo o en el ámbito de una catástrofe natural. Esto es, considero un buen punto de partida limitar el significado de la desinformación medioambiental punible a ciertas conductas que merezcan el calificativo de desinformación medioambiental en el sentido propuesto, bien por determinar ofensas relevantes sobre el bien jurídico medio ambiente¹⁵, bien por determinar ofensas relevantes sobre otros bienes jurídicos, como el derecho de

¹⁵ En su triple proyección sobre el cambio climático, pérdida de biodiversidad y la contaminación

sufragio o el orden público¹⁶, siempre que las mismas, sin constituir ejercicio legítimo de derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información, puedan tener entidad lesiva suficiente para justificar la intervención del Derecho Penal, en un doble sentido.

La importancia singular del bien jurídico colectivo medio ambiente, soporte fundamental de otros derechos como la vida y la salud, configurado como derecho humano universal¹⁷, justificaría¹⁸ la actuación de esta rama del ordenamiento. Así se deduce del texto constitucional, ya que el art. 45.3 CE, reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo una suerte de deber constitucional de penalización, que permite afirmar que si hay un bien jurídico colectivo que reúna al mismo tiempo el merecimiento y la necesidad de protección penal ese es el medio ambiente en sentido amplio (en su triple proyección sobre cambio climático, tutela de la biodiversidad y contaminación)¹⁹.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

El problema planteado sobre la relevancia penal de la *desinformación medioambiental*, tras la delimitación conceptual realizada, es un problema de límites. Por un lado, los derivados de la necesidad de tutela del medio ambiente o de otros bienes jurídicos que pueden resultar afectados por la desinformación medioambiental, como el derecho de sufragio o el orden público, y, por otro, el necesario respeto de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información, derechos que, por su condición de pieza esencial del

¹⁶ Cuando las conductas de desinformación se relacionen o proyecten sobre problemas o cuestiones medioambientales o se produzcan en el ámbito y con ocasión de grandes catástrofes naturales (ej. Dana).

¹⁷ Tras su declaración como tal por instancias supranacionales. El derecho a un medio ambiente saludable como derecho humano universal fue proclamado oficialmente por primera vez el 28 de julio de 2022, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución histórica que reconoce este derecho para todas las personas del mundo.

La resolución afirma que todas las personas tienen derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Aunque no es jurídicamente vinculante, se espera que tenga un efecto catalizador, alentando a los países a incluir este derecho en sus constituciones y tratados regionales. Esta decisión se suma a una resolución previa del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que el 8 de octubre de 2021 ya había reconocido este derecho en su sesión número 48 mediante la Resolución 48/13 de 2021.

¹⁸ Tendría justificación constitucional.

¹⁹ También vemos adecuadas las propuestas de incluir como crimen internacional autónomo el ecocidio, no condicionado –como ocurre actualmente– a la existencia de un conflicto armado, para dar respuesta a los ataques más graves al medio ambiente conectados con la política estructural de una organización. Pero, mientras se alcanza tan deseable objetivo, los sistemas de justicia nacionales y el Estado español, están obligados a ofrecer una tutela penal eficaz o cuya eficacia, al menos, no quede por debajo de los límites generales de contención de la criminalidad grave.

sistema democrático en tanto que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, solo pueden restringirse, respetando las exigencias del principio de legalidad, siempre que no resulte afectado su contenido esencial y exista justificación constitucional por tener la conducta desinformadora ofensividad suficiente para determinar una afección relevante de otros bienes jurídicos constitucionales²⁰, dignos de tutela²¹.

²⁰ Medio ambiente u otros bienes jurídicos, afectados de forma relevante (ej. orden público...).

²¹ Delimitación conductual que, por lo limitado de nuestro trabajo, no será objeto de tratamiento, quedando pendiente su desarrollo para un momento posterior.

106. LA DIFÍCIL ELABORACIÓN DEL PASADO NACIONALSOCIALISTA POR LA CIENCIA ALEMANA DEL DERECHO PENAL: EL «CASO EDMUND MEZGER»

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

1. En los últimos cinco años se han publicado en Alemania dos voluminosos volúmenes, en los que, a través de diversos capítulos redactados por diferentes autores, se exponen y se analizan diversos aspectos del Derecho Penal, que, tanto en el plano legislativo como en el judicial o jurisprudencial, teórico y académico, fue desarrollándose desde el momento en que se constituyó la República Federal Alemana (Bundesrepublik Deutschland, BRD, en sus siglas en alemán) tras la aprobación de su Ley Fundamental en 1949, hasta su reunificación con la República Democrática Alemana (Deutsche Demokratische Republik, DDR en sus siglas en alemán) en 1990, tras la caída del Muro de Berlín en 1989.

El primer volumen (Steinberg, Georg/Koch, Arnd/Popp, Andreas (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990. Grundlagen, Allgemeiner Teil und Rechtsfolgende im zeitgeschichtlichen Spiegel von Gesellschaft und Politik* 1.^a edición, Baden-Baden 2020, Nomos, 612 pags.) trata de la Parte General, de los Fundamentos del Derecho Penal y de las Consecuencias jurídicas del delito.

El volumen segundo (Andreas Popp, Arnd Koch, Georg Steinberg (Hrsg.) *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990 Besonderer Teil Der Besondere Teil des Strafrechts im zeitgeschichtlichen Spiegel von Gesellschaft und Politik*, 1.^a edición, Baden-Baden 2024, Nomos 462 pp.) trata de los temas de la Parte especial del Derecho Penal que fueron más discutidos entre 1949

y 1990, dedicando sin ningún orden sistemático diferentes apartados a cuestiones puntuales como el Derecho Penal político, la coacciones y la resistencia, los delitos contra la libertad religiosa, la incitación al odio, los delitos sexuales, prostitución, la homosexualidad, la pornografía, la protección del honor, los delitos de homicidio, la eutanasia y el aborto.

Los editores explican en un breve prólogo que el origen de esta obra colectiva, surgió de la necesidad sentida por muchos de los asistentes a un Congreso celebrado en Postdamm en marzo y noviembre del 2019, de recoger y tratar de forma monográfica en una obra colectiva los distintos temas que caracterizaron la elaboración del Derecho Penal de la República Federal de Alemania desde su creación como Estado independiente después de la derrota del régimen nacionalsocialista en la Segunda Guerra Mundial, hasta la caída del Muro de Berlín y la consiguiente reunificación en una misma nación alemana, incluyendo desde entonces bajo una misma denominación el otro Estado independiente que igualmente se había formado tras la Segunda Guerra Mundial, la República Democrática Alemana, cuyo Derecho Penal queda fuera de consideración en esta obra.

El primer problema que para esa reconstrucción del nuevo Derecho Penal (y del resto del ordenamiento jurídico) hubo que afrontar fue, paradójicamente, tener que contar con la presencia y colaboración activa de muchos de los que habían intervenido y ocupado importantes puestos en la elaboración del Derecho Penal del anterior régimen; una larga lista de profesores y jueces que tras superar algunas dificultades, habían vuelto a ocupar sus anteriores puestos o incluso puestos más importantes en la Universidad, en la Administración del Estado o en la Administración de Justicia, integrándose también en las Comisiones encargadas de la elaboración del nuevo Derecho Penal.

Un caso paradigmático de esta esquizofrénica continuidad personal es el del catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Múnich, Edmund Mezger, uno de los penalistas de más prestigio antes, durante y después del régimen nacionalsocialista. Erich Hilgendorf se refiere expresamente a él en su Introducción al primer volumen (pp. 33 ss.). Efectivamente, Mezger era ya uno de los penalistas de mayor prestigio en el ámbito del Derecho Penal en los años previos al régimen nacionalsocialista durante la República de Weimar, época en la que entre otros trabajos de índole dogmática publicó un Tratado de Derecho Penal de gran influencia no sólo en el ámbito jurídico alemán, sino también en el español e italiano, idiomas a los que pronto fue traducido. Pero en 1933, con el acceso al poder del régimen nacionalsocialista, Mezger fue nombrado miembro de la Comisión de reforma del Derecho Penal y rápidamente a partir de la publicación el mismo año de un libro sobre Política crimi-

nal y de otros trabajos menos importantes, cambió su orientación científica dogmática hacia una concepción del Derecho Penal que, de acuerdo con los postulados ideológicos del régimen nacionalsocialista, debía tener como misión principal la limpieza étnica y la eliminación del cuerpo social de los elementos dañinos a los que en un primer momento llamó «parásitos sociales» (*Sozialschändlichen*) y luego «extraños a la comunidad» (*Gemeinschaftsfremde*). A partir de ese momento, participó activamente durante todo el período de tiempo en el que el régimen nacionalsocialista ostentó el poder, en la elaboración de proyectos legislativos destinados a llevar a cabo este objetivo, convirtiéndose en una especie de «penalista oficial del régimen».

Y, sin embargo, a pesar de esta fuerte y evidente vinculación, con la ideología y el régimen nacionalsocialista, tras la terminación de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente derrota del mismo, Mezger siguió siendo igualmente un penalista importante y de gran prestigio académico, manteniendo hasta su jubilación en 1952 su puesto como catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Múnich; recibiendo ese mismo año un Libro Homenaje editado por sus colegas muniqueses Engisch y Maurach, en el que participaron los más importantes juristas alemanes de la época; publicando sendos Manuales de Derecho Penal de gran éxito entre los estudiantes de Derecho en las décadas de los años 50 y 60, ostentando también el cargo de Presidente en funciones de la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal durante la larga etapa del Gobierno de Konrad Adenauer en la nueva República Federal.

A la vista de todo ello se pregunta Hilgendorf en la Introducción antes citada:

«¿Cómo fue posible que un hombre con el pasado de Mezger pudiera hacer carrera en la joven República federal? La biografía de Mezger es una prueba de la ilimitada capacidad de cambio espiritual de juristas que lo mismo aceptan los métodos jurídicos habituales, que se adaptan tácitamente a otros. Como ningún otro (Mezger) asumió el papel de un convencido luterano que, en expresión de Bernd Rüthers, dice: "Aquí estoy, y puedo hacer otra cosa"».

Desde luego, no deja de ser sorprendente, que un penalista con el pasado nacionalsocialista que tenía Mezger, volviera a ser uno de los principales protagonistas en la construcción de Derecho Penal del nuevo régimen democrático, completamente opuesto al régimen anterior. Pero no menos sorprendente es que este pasado se ocultara cuidadosamente durante más de medio siglo hasta que cincuenta años más tarde fuera descubierto y puesto de relieve por

un penalista no alemán, tal como reconoce expresamente Hilgendorf en la nota 72 de esta Introducción:

«Esta cuestión fue planteada con especial agudeza por Francisco Muñoz-Conde en su Autobiographie, en E. Hilgendorf (Hrsg.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, 2019, p. 319 (340 ss.)».

La misma sorpresa expresa el que fue Catedrático de Derecho civil y Rector de la Universidad de Constanza Bernd Rüthers, destacando, en una amplia y elogiosa recensión a la versión alemana de mi monografía sobre Edmund Mezger, (Muñoz Conde, Francisco Edmund Mezger-Beiträge zu einem Juristenleben, en: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Germanistische Abteilung*, 2010, 127, pp. 888-893), la importancia que tiene poner de relieve, también en el momento presente, el pasado y la vinculación que tuvieron con el régimen nacionalsocialista muchos juristas alemanes que, como Mezger, protagonizaron después la reconstrucción del Derecho Penal y de todo el ordenamiento jurídico bajo los principios de un Estado de Derecho democrático. La opinión de Rüthers es especialmente relevante, por tratarse de uno de los pocos juristas de la generación de la posguerra que, a diferencia de lo que ocurrió con otros colegas de su generación, analizó y criticó abiertamente desde sus primeras publicaciones la teoría jurídica nacionalsocialista y el pasado nacionalsocialista de uno de sus más importantes juristas, el conocido politólogo Carl Schmidt.

Igualmente crítico con la continuidad personal de Mezger en la renovación del Derecho Penal de la nueva república federal, es el catedrático de Derecho Penal e historiador del moderno Derecho Penal alemán en la FernUniversität, Thomas Vormbaum, cuando, en varios lugares de su Introducción a la historia del moderno Derecho Penal alemán, cita mi monografía sobre Mezger y los documentos que obran en la misma como una evidencia irrefutable de la estrecha vinculación que éste tuvo con el régimen nacionalsocialista, transcribiendo además como prueba de su temprana adscripción a la ideología nacionalsocialista una intervención de Mezger el 5 de junio de 1934 en la Sesión 37 de la Comisión de Reforma del Derecho Penal, en la que ya entonces expresaba claramente cuál tenía que ser en su opinión la misión del Derecho Penal en el régimen nacionalsocialista. Literalmente decía Mezger en aquella Sesión:

«Se trata de una lucha entre razas en el espacio vital alemán; una lucha en la que abiertamente hay que asumir la dureza y las injusticias inherentes a esa lucha, teniendo clara la idea fundamental de que se trata de una batalla entre dos frentes contrapuestos, en la que hay que responder a la dureza con dureza; una

batalla en la que el Derecho Penal, por principio, puede ser un medio absolutamente idóneo, eficaz e incluso en algunos casos exterminador».

A la vista de este texto, Vormbaum se pregunta:

«Cómo fue posible que en el Ministerio de Justicia, en el que existían los Protocolos de las anteriores Comisiones de Derecho Penal y los materiales de trabajo de los anteriores cincuenta años, no se le ocurriera a nadie echarles una mirada, antes de que se decidiera nombrar al Profesor de Múnich Mezger Presidente en funciones de la Gran Comisión para la reforma del Derecho Penal que se constituyó en la República Federal después de la guerra. Y sí se sabía, cómo es que no se vio en ello ningún problema» (Vormbaum, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 4.^a edición, 2019, p. 198. notas 263 y 265).

Desde luego, lo que podía leerse sin mayor esfuerzo en los Protocolos y Actas que obraban en los Archivos del Ministerio de Justicia a los que se refiere Vormbaum, no era más que un anticipo del programa que Mezger que estaba dispuesto a llevar a cabo y que efectivamente realizó durante el período nacionalsocialista para configurar el Derecho Penal de acuerdo con los postulados ideológicos y las directrices político-criminales de este régimen.

Como muestras del contenido de este programa se pueden citar, por ejemplo:

- Su decidida adscripción desde el primer momento al nuevo Estado y a sus ambiciones territoriales y de limpieza racial, como expresamente declara ya en el Prólogo a su «Kriminalpolitik» escrito en octubre de 1933;

- Su defensa del «sano sentimiento del pueblo», de la analogía y, en última instancia, de la «voluntad del Führer» como fuente de creación del Derecho Penal;

- Su aceptación de las medidas de esterilización obligatoria de los portadores de enfermedades hereditarias, propuestas en una Ley de 1933, que luego propuso, en un artículo en 1938 dedicado específicamente a este tema, extender también a los asociales, porque, en su opinión, la asocialidad que mostraban las personas que habían sido objeto de su investigación podía considerarse también como una especie de enfermedad hereditaria, cuya propagación debía evitarse con la esterilización de sus portadores;

- Su defensa de la «custodia de seguridad», es decir, del internamiento en Campos de concentración por muchos años o por tiempo indeterminado para los reincidentes incluso en delitos escasa gravedad, introducida en una Ley de 1933.

– Su «teoría del dolo» con la que propugnaba imponer la pena del delito doloso (que podía ser también la de muerte en delitos como el ultraje a la raza y la homosexualidad, que él denominaba «*crimina odiosa*»), sustituyendo el conocimiento de la ilicitud como elemento constitutivo del concepto de dolo por el concepto de «culpa por la conducción de vida» y por una actitud de «enemistad o ceguera jurídica» respecto a los valores de la «comunidad del pueblo», la *Volksgemeinschaft* constituida sólo por auténticos alemanes de raza aria.

– Su intervención directa en la redacción de un Proyecto, que por encargo del Ministerio de Justicia, redactó en 1943 en colaboración con su colega muniqués, el Profesor de Criminología Franz Exner, para el «Tratamiento de los extraños a la comunidad» (*Behandlung der Gemeinschaftsfremde*), en el que proponía el internamiento por tiempo indefinido en campos de concentración como el de Dachau, de los llamados «extraños a la comunidad», eufemismo con el que, según el historiador alemán Detlev Peukert en su fundamental obra «*Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde*» (Köln 1982), se pretendía sustituir el término extranjerizante en el idioma alemán de «Asozialen», incluyendo en él, no sólo a delincuentes, sino también a mendigos, vagabundos, personas sin trabajo conocido y a homosexuales, para los que en el Proyecto se proponía, además de su internamiento en campos de concentración y exterminio, su esterilización o castración, como la medida más eficaz para evitar su propagación. Un verdadero programa de eliminación de los que entonces también se llamaban «parásitos sociales» (*Sozialschändlingen*), proponiendo su «*Ausmerzung*» (término alemán de origen medieval utilizado para mandar al matadero en el mes de marzo a los animales que no eran aptos para la reproducción); es decir, su «exterminio», o eliminación física.

Y por si todo esto fuera poco, también en el transcurso de mi investigación en el Archivo federal (Bundesarchiv) de Berlín, entre otros documentos que descubrí en dicho Archivo, encontré una correspondencia del Jefe de la Sección IV de las SS al Comandante del Campo de Concentración de Dachau, en las cercanías de Múnich, para que al eminente profesor de la Universidad de Múnich, se le autorizara, accediendo a su petición para visitar campos de concentración, como el de Dachau, y observar sobre el terreno las personas que iban a ser destinatarias directas de las medidas previstas en el mencionado Proyecto para el tratamiento de los «extraños a la comunidad» que ya había sido presentado y aprobado en la Akademie für Deutsches Recht en febrero del mismo año, y sobre el que se preveía organizar en julio de ese mismo año un

curso de capacitación para el personal que se iba a encargar de la aplicación del mismo, curso que obviamente iba a ser dirigido por el propio Mezger.

Datos todos ellos más que suficientes para haberlo excluido de cualquier comisión que tuviera como objeto la creación de un nuevo Derecho Penal acorde con los valores democráticos expresados en la Ley Fundamental de Bonn, y desde luego para impedir que fuera nombrado nada menos que presidente en funciones de la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal, creada en el Gobierno de Konrad Adenauer.

A todo ello hay que añadir que, por supuesto, Mezger había sido también miembro del partido nacionalsocialista y de prácticamente todas sus instituciones jurídicas y académicas.

Para quien quiera comprobar estos datos y su correspondiente reflejo documental, remito a mi monografía: Muñoz Conde, Francisco: *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, de la que también hay traducciones al portugués de Paulo Busato y al alemán de Moritz Vormbaum.

Esta continuidad personal de Mezger para elaborar, al menos en teoría, un Derecho Penal con un contenido jurídico diferente al que poco años antes había propuesto, tuvo que repercutir, se quiera o no admitir, en mayor o menor medida, en la redacción del nuevo Ordenamiento jurídico, que ciertamente incluyó algunas propuestas provenientes del período nacionalsocialista; sobre todo teniendo en cuenta que la continuidad personal no solo se dio en el caso de Mezger, sino también en el de otros importantes juristas, como Reinhart Maurach en el ámbito del Derecho Penal; Theodor Maunz en el Derecho constitucional, o Karl Larenz en el Derecho civil; todos ellos, por cierto, todavía en los años 60 del pasado siglo, catedráticos y compañeros de Mezger en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich.

Lógicamente, esto no fue un hecho puramente casual, sino el resultado de una especie de pacto o confabulación, tácita o expresamente adoptada, por los mismos que habían protagonizado ese pasado; un secreto a voces, con la complicidad de los que entonces se llamaron «Schweigenkartelle» («cárteles del silencio»), grupos de gente en todos los sectores sociales, y no sólo en los jurídicos, que conocían ese pasado y prefirieron no tenerlo en cuenta, elaborando una especie de «borrón y cuenta nueva», que les permitía renacer como «el Ave Fénix de sus propias cenizas», ocultando el pasado y aprovechando lo que todavía se consideraba una parte positiva de sus biografías, sus muchos conocimientos aprendidos e incluso asumidos antes del período nacionalsocialista.

Fue así cómo prácticamente todos los que tuvieron una posición destacada en ese periodo siguieron ocupando o volvieron a ocupar sus puestos académicos.

micos, o incluso otros más importantes también en diversos ámbitos de la Administración del Estado o de la Justicia, tras la farsa de pasar por un «proceso de desnazificación» puramente formal.

Lo que desde luego se puede calificar como un caso de deficiente elaboración, por su base, del pasado nacionalsocialista por la Ciencia alemana del Derecho Penal. Una deficiente elaboración del pasado que de algún modo también estuvo presente en otros de los muchos temas que constituyeron objeto de reformas y discusiones doctrinales habidas en los años siguientes a la instauración del régimen jurídico y político de la República Federal Alemana, muchas de las cuales aún persisten en nuestros días.

Un segundo problema relacionado con la elaboración del nuevo Derecho Penal de la República federal, fue encontrar una fórmula que permitiera impedir que los que habían estado más vinculados con el régimen nacionalsocialista y cometido a su amparo crímenes execrables, y que ahora campaban por su respeto libremente o incluso formando parte de las Comisiones renovadoras del Ordenamiento jurídico, se les pudiera exigir cualquier tipo de responsabilidad, incluidas las de carácter penal, por su implicación o colaboración en los graves crímenes cometidos por aquel régimen.

Evidentemente, este no era un problema que afectara solo a los juristas que habían vuelto a sus cátedras o a sus funciones en el ámbito de la Administración del Estado y de la Justicia, sino a otros muchos sectores de la política, de la sociedad o del mundo profesional y empresarial. Pero fueron esos mismos juristas los que, una vez integrados en las comisiones dedicadas la configuración del nuevo ordenamiento jurídico conforme a los postulados de la Ley Fundamental de la República Federal, buscaron desesperadamente desde un principio una fórmula que impidiera la incoación de procesos en los que se les juzgaran por los hechos delictivos que pudieran haber cometido durante el régimen nacionalsocialista. Una vez terminados los Procesos de Núremberg y otros que paralelamente se llevaron a cabo en diversas zonas ocupadas por las tropas de las potencias aliadas vencedoras, dicha tarea correspondía a los tribunales de justicia alemanes. Y, efectivamente, pronto se abrieron algunos procesos, en los que se juzgaron y condenaron, aunque con penas que a veces no llegaron siquiera a cumplirse, a algunos de los responsables de los crímenes cometidos por los *Einsatzgruppen* en el este de Europa o por funcionarios del campo de exterminio de Auschwitz. Pero pronto también se levantó la alarma no solo entre los que temían que todavía podían ser acusados por los crímenes que habían cometido, sino también en muchos sectores de la población, medios y políticos, los llamados *Schweigenkartelle*, «cárteles del silencio», que preferían cerrar y dar carpetazo jurídico a este oscuro capítulo de la historia

alemana. Para evitar que esto pudiera suceder se puso en marcha la búsqueda de una fórmula jurídica, una especie de amnistía encubierta, que impidiera exigir responsabilidades penales a quienes de un modo directo habían colaborado o incluso ejecutado personalmente los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista, que, en principio, deberían ser juzgados por los propios Tribunales alemanes.

La solución a este segundo problema suscitó en la República Federal Alemana un amplio debate jurídico y político, que fue más allá de 1990, y que incluso todavía hoy perdura. Para ello se plantearon complejas y discutibles posibilidades sobre la aplicabilidad de la prescripción a los hechos cometidos antes del 7 de mayo de 1945, evitando, por ejemplo, la aplicación retroactiva de la no prescripción de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, declarada en la Convención de la ONU y aprobada en el Parlamento alemán, a los hechos que merecían esta calificación y que aún podían ser juzgados por los Tribunales de Justicia alemanes. Otros prefirieron elegir el camino de la dogmática, considerando que esa responsabilidad correspondía como autores solo a los principales dirigentes del partido nacionalsocialista (Hitler, Himmler, Goebbels, etc.), ya fallecidos, pero no a los que en cumplimiento de sus órdenes ejecutaron personalmente dichos delitos, que aún andaban campando por sus respetos libremente en todos los ámbitos y sectores de la sociedad alemana, a los que todo lo más les correspondería la calificación de cómplices, o como autores de «simples homicidios» no de asesinatos a castigar con una pena sensiblemente más leve, que en todo caso, a partir del 7 de mayo de 1965, ya habría prescrito. Al mismo tiempo, también se discutía en el ámbito social, mediático y político la conveniencia o inconveniencia de remover un pasado que muchos preferían ocultar o ignorar, a pesar de las muchas evidencias de que, como decía el título de una película en aquella época, «los asesinos aún seguían entre nosotros».

Y fue así como, entre los «carteles del silencio» y lo que entonces algunos llamaron una *kalte Amnestie* o amnistía encubierta, se consiguió la escandalosa impunidad que todavía hoy muchos alemanes consideran como una verdadera «vergüenza jurídica y política».

Evidentemente, esta cuestión supone también una ulterior dificultad para la elaboración del pasado nacionalsocialista en la ciencia alemana del Derecho Penal. Actualmente (comienzos del año 2026), con el transcurso del tiempo y la natural desaparición física de los sujetos que pudieron tener un pasado penalmente relevante por los hechos cometidos en el período nacionalsocialista, este problema ha pasado a ser ahora más un tema de investigación histórica que un problema jurídico actual. La transición de un régimen autoritario o to-

talitario como fue en Alemania la del régimen nacionalsocialista a otro democrático, con personajes, juristas y políticos, que igualmente ocuparon cargos de responsabilidad en ambos regímenes, fue, como en casi todas las transiciones habidas en otros países, una transición compleja e incompleta que nunca satisfizo a todos y que, como se puede ver en algunos capítulos de los volúmenes mencionados al principio de este artículo, continúa todavía hoy siendo un obstáculo insalvable para una elaboración objetiva del pasado nacionalsocialista.

107. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LAS NORMAS Y ESTRATEGIAS GLOBALES Y NACIONALES ANTICORRUPCIÓN¹

HÉCTOR OLASOLO² & PABLO GALAIN PALERMO³

I. INTRODUCCIÓN

El profesor José Luis de la Cuesta ha estado siempre vinculado al Derecho Penal internacional y a temas relacionados con un mundo globalizado y una sociedad mundial que ya no puede ser explicada ni comprendida sin con-

¹ El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación «Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario).

² Licenciado en Derecho y Teología por las Universidades de Salamanca (España) y Santo Tomás (Colombia). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. El Prof. Héctor Olasolo se desempeña actualmente como Profesor Titular de Carrera en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia y Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Es, además, Director Académico de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia (<https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion>) y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional (<https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/contenido-y-compoicion-de-la-red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-cot>). Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co. ORCID: 0000-0001-9724-0163.

³ Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile. Doctor Europeo en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (Uruguay). Director del Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP). Ex Becario Marie Curie, DAAD y MPI (Alemania). Correo electrónico: pablo.galain@unab.cl, ORCID: 0000-0002-8283-9939.

siderar fenómenos criminales trasnacionales. De allí, que nuestra contribución a su merecido homenaje refiera al problema de la corrupción, cuya prevención dista mucho de llevarse a cabo de manera exitosa por medio solo del derecho y su arsenal punitivo.

En ese sentido, ya no es sostenible la consideración de la corrupción como acto desviado individual, porque hoy en día su conceptualización debe comprender formas colectivas o asociativas desviadas que se manifiestan por medio de instituciones, organizaciones y redes y obligan a una nueva comprensión del fenómeno en sus manifestaciones trasnacionales.

En esta línea, la primera sección de este trabajo explica cómo, a lo largo de la historia, ha habido un esfuerzo concertado por equiparar la corrupción con determinadas sociedades, sistemas económicos, identidades o idiosincrasias consideradas por los actores hegemónicos como «subdesarrolladas» o «desviadas» (con relación a la visión y metas «del mundo desarrollado»), dentro de esa concepción individual del acto desviado propio de determinado sistema o colectividad propicia o inspiradora del fenómeno de la corrupción.

En la segunda sección, se analiza como la concepción imperante a nivel nacional e internacional del fenómeno de la corrupción hace un excesivo énfasis en los «sujetos» corrompidos, sin prestar, por tanto, la debida atención al contexto y circunstancias en las que se desempeñan los corruptores y las instituciones, organizaciones y redes de las que son parte, lo que hace que dicha concepción no capte adecuadamente la realidad del siglo XXI y contribuya a distorsionarla, salvaguardando de la concepción global de la corrupción a quienes fomentan la inversión y el mercado global característico desde la caída del muro de Berlín.

La tercera sección se centra en analizar la necesidad de una nueva estrategia anticorrupción, dada la falta de idoneidad de la estrategia global anticorrupción construida en siglos anteriores (cuyo impacto en el ámbito nacional es evidente) a la hora de hacer frente a la corrupción (tanto en su dimensión interna como transnacional), examinando para ello: (a) las limitaciones a las que se enfrentan las jurisdicciones nacionales a la hora de abordar las dinámicas de corrupción generadas por las instituciones públicas, las entidades privadas y las organizaciones delictivas transnacionales, dado que las teorías dominantes para explicar los comportamientos corruptos (como, por ejemplo, la de la elección racional y la del agente-principal) son insuficientes cuando dichas dinámicas constituyen un elemento central de su gobernanza⁴; y (b) cómo el

⁴ OLASOLO, H./ GALAIN PALERMO, P./ MACLEAN, R.J.B.: «Corruption as a Central Element of Governance», *International Criminal Law Review*, vol. 25, n. 2, 2025, pp. 217-246. Doi: <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10230>.

Derecho Penal tradicional, al ocuparse de casos individuales de abuso o conducta desviada, no aborda la dinámica subyacente a tales entidades y redes complejas de criminalidad que pueden, por tanto, seguir existiendo a pesar de la pérdida de algunos de sus integrantes.

Todo ello teniendo en cuenta que la prevención y la no repetición deben, en todo caso, basarse en la comprensión de la organización y el funcionamiento institucional (corrupción pública), organizacional (corrupción privada) y en red (redes complejas de corrupción) de las entidades corruptoras, sin que ello signifique renunciar a las instancias internacionales cuando los Estados hayan sido capturados por redes complejas de corrupción (cuestión abordada en otros trabajos)⁵.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones alcanzadas.

II. LA EQUIPARACIÓN DE LA CORRUPCIÓN A LO LARGO DEL TIEMPO CON DETERMINADAS SOCIEDADES, SISTEMAS ECONÓMICOS, IDENTIDADES O IDIOSINCRASIAS «SUBDESARROLLADAS» O «DESVIADAS»

Definir qué se comprende por «corrupción» siempre ha sido una tarea compleja porque, aunque formalmente se entiende como una conducta abusiva que se desvía del cumplimiento imparcial de la función asignada (ámbito público)⁶ o del mandato recibido (sector privado) en términos materiales, en el fondo se trata de comportamientos cuyo (des)valor está estrechamente relacionado con la cultura de una sociedad determinada⁷, en el marco de una rea-

⁵ OLASOLO, H. (dir.): *Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte I. Vol. 16*, Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Disponible en: <https://editorial.tirant.com/es/libro/respuestas-a-la-corrupcion-transnacional-desde-el-derecho-internacional-penal-parte-i-hector-olasolo-alonso-9788410564237>; OLASOLO, H. (dir.): *Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal, Parte II, Vol. 17*, Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Disponible en: <https://editorial.tirant.com/es/libro/respuestas-a-la-corrupcion-transnacional-desde-el-derecho-internacional-penal-parte-ii-hector-olasolo-alonso-9788410564244>.

⁶ VALEIJE, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1995, pp. 32 y ss.; ÜBERHOFEN, M.: *La corrupción en el derecho comparado*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1997, p. 71.

⁷ ROTHSTEIN, B.: «Fighting Systemic Corruption: The Indirect Strategy», 147(3) *Daedalus*, 2018, pp. 39 y ss.; VON ALEMANN, U.: «The Unknown Depths of Political Theory: The Case for a Multidimensional Concept of Corruption», 42, *Crime, Law & Social Change*, 2004, pp. 26 y ss.; NAGEL, S.: *Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 28 y ss.; BAUTISTA-BEAUCHESNE, N.: «Corrupción y anticorrupción: ¿un problema folclórico?», *Crime, Law and Social Change*, (vol. 73), 2020, pp. 161 y ss.

lidad nacional (en particular: el correcto funcionamiento de la administración o del mercado)⁸.

De esta manera, la corrupción se ha identificado históricamente con la contaminación o enfermedad del «cuerpo político»⁹, la apropiación privada de la esfera pública¹⁰, la oposición al «bien común»¹¹ o la destrucción de la «virtud pública» y la «moralidad política»¹².

Más recientemente, durante la Guerra Fría, se ha equiparado con la participación del Estado en la producción o en la generación de bienes y servicios en condiciones monopolísticas¹³.

En los últimos treinta y cinco años, tras la Caída del Muro de Berlín, si bien algunos han identificado la corrupción con los procesos de inversión privada¹⁴, la mayor parte de la literatura la han relacionado con el subdesarrollo económico y/o la cultura de incumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos (a menor tasa de crecimiento económico y recaudación de impuestos, mayor corrupción)¹⁵. Incluso, no faltan quienes, como Robinson, la han vinculado al propio funcionamiento del Estado debido a la forma clientelista en que opera (no se trataría, por tanto, de una cuestión cultural, sino de la forma en que funcionan las instituciones políticas a través de las que se ejercita el poder, concediendo favores a ciertas personas y promoviendo intervenciones discrecionales)¹⁶.

Por ello, desde la década de 1990, la sociedad internacional ha diseñado políticas para el desarrollo económico con frecuencia vinculadas a estrategias anticorrupción dirigidas a sectores en los que el Estado mantiene altos niveles de

⁸ LIFANTE, I.: *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima, 2021.

⁹ PAGE, O.: «Corrupción institucional», 41 *Veritas*, 2018, p. 9. Hoy en día, se sigue hablando de la corrupción como un cáncer que hay que extirpar, ARELLANO-GAULT, D.: *Corruption in Latin America*, Routledge, Nueva York, 2020, pp. 19 y ss; CARBAJO CASCÓN, F.: «Aspectos Jurídico-Mercantiles de la corrupción», Fabian Caparros (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, pp. 55-60.

¹⁰ THOMPSON, D.: «Two concepts of corruption», 16 *Edmond J. Safra Research Lab Working Papers*, 2013, pp. 9 y ss. www.law.uh.edu/assignments/fall2013/24767-1.pdf/, consultado el 07.03.2024.

¹¹ PAGE, O.: *supra* nota 6, pp. 9 y ss.

¹² VON ALEMANN, U.: *supra* nota 4, p. 25.

¹³ BECKER, G.: «To Root out Corruption, Boot out Big Government», *Business Week* (vol. 31), 1994, pp. 1 y ss.

¹⁴ MAURO, P.: «Corruption and Growth», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n.º 3, 1995, pp. 681 y ss. Algunos autores se refieren a «maquinaciones corruptas que se producen principalmente en las interfaces entre la política, los negocios y la administración». NAGEL S.: *supra* nota 4, p. 34. (Traducción propia).

¹⁵ PERSSON, A./ ROTHSTEIN, B.: «It's My Money. Why Big Government May Be Good Government», 47(2) *Comparative Politics*, 2015, pp. 215, 217 y ss.

¹⁶ ROBINSON, J.: «¿Por qué fracasan los países? Entrevista a James Robinson», *Koyuntura*, vol. 41, n.º 5, 2014, p. 4.

intervención¹⁷. Esto ha hecho, además, que: (a) la aplicación de estas políticas se haya convertido en un foco de atención para las organizaciones internacionales dedicadas a ofrecer préstamos y otras soluciones económicas y financieras a los Estados en desarrollo, puesto que su incumplimiento promueve comportamientos desviados que afectan negativamente a las tasas de crecimiento del PIB y a otros indicadores económicos¹⁸; y (b) se haya hecho énfasis en la búsqueda de mecanismos para medir los niveles de corrupción existentes en dichos Estados¹⁹, para lo que algunos autores²⁰ han sugerido la adopción de índices cuantitativos y metodologías claras en el proceso de contratación pública²¹.

Todo esto ha sido, en gran parte, consecuencia de que, tras la caída de la URSS, los Estados hegemónicos han promovido la desregulación y expansión de los mercados²² y, con ello, una visión globalizada de la corrupción como una característica inherente a los Estados débiles (y, en particular, un problema vinculado a ciertas formas de gobierno)²³ o a las culturas de ciertos países²⁴.

Sin embargo, esta aproximación ignora: (a) el papel de las políticas neoliberales de privatización de las funciones públicas tradicionales en los ámbitos de

¹⁷ KAUFMANN, D./KRAAY, A./MASTRUZZI, M.: «Measuring Corruption: Myths and Realities», *Banco Mundial, Reducción de la pobreza y gestión económica*, 2007, pp. 1-5., openknowledge.worldbank.org/handle/10986/9576/, consultado el 11.12.2024. Sobre el aumento constante de las funciones de vigilancia e intervención estatal en cuestiones administrativas para prevenir riesgos sobre «bienes públicos» y en relación a la actividad económica: Rivero, R.: *El Estado Vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 63 y ss.

¹⁸ ROTHSTEIN, B.: «¿Qué es lo contrario de la corrupción?», 35 (5) *Third World Quarterly*, 2014, pp. 740 y ss.

¹⁹ BRODSCHI, E./FRACCHIA, E./LÓPEZ, M.: «Corrupción y desarrollo: Una revisión crítica de la literatura reciente», *Academia.edu.*, 2008, pp. 5 y ss., www.academia.edu/15177394/Corrupci%C3%B3n_y_desarrollo_Una_revisi%C3%B3n_cr%C3%ADtica_de_la_literatura_reciente/, consultado el 11.12.2022; Kaufmann/Kraay/Mastruzzi: *supra* nota 14, pp. 1 y ss.

²⁰ FAZEKAS, M./TÓTH I./ KING, L.: «An Objective Corruption Risk Index Using Public Procurement Data», *Eur J Crim Policy Res* 22, 2016, pp. 369-397; FAZEKAS, M./ KOCIS, G.: «Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data», *British Journal of Political Science*, vol. 50, n. 1, 2020, pp. 155-164; FAZEKAS, M./TÓTH, O.-K./ P KING, L.: «Anatomía de la gran corrupción: un índice compuesto de riesgo de corrupción basado en datos objetivos», 2013, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://digiwhist.eu/wp-content/uploads/2015/08/Fazekas-Toth-King-Composite-indicator_v2_20131.pdf; Golden, M./ Picci, L.: «Propuesta de una nueva medida de la corrupción. Ilustrada con datos italianos», *Economics & Politics*, vol. 17, n.º 1, 2005, pp. 37-75.

²¹ Este índice permitiría identificar factores de riesgo específicos o señales de alerta en la contratación pública que están asociados a un mayor riesgo de corrupción (por ejemplo, licitaciones únicas, falta de transparencia en el proceso de selección o precios inusualmente altos).

²² FARIA, J. (ed.), *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 42 y ss.; Hellman, J./Jones, G./Kaufmann, D.: «Captura del Estado, captura al día. Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (vol. 21), 2001, p. 35.

²³ Estados cuya matriz productiva se basa fundamentalmente en la extracción de recursos naturales escasos. ACEMOĞLU, D./ ROBINSON, J.: *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, 13.ª ed., Editorial Grupo Planeta, Barcelona, 2022, pp. 393 y ss.

²⁴ PERSSON, A./ROTHSTEIN, B./TEORELL, J.: «The failure of Anti-Corruption Policies. A Theoretical Mischaracterization of the Problem», *The Quality of Government Institute, Universidad de Gotemburgo*, 2010, pp. 8 y ss. www.gu.se/sites/default/files/2020-05/2010_19_Persson_Rothstein_Teorell.pdf, visitado el 10.12.2022.

la seguridad, la salud, la educación, la energía, los servicios penitenciarios e incluso en la administración de justicia mediante el uso de la «inteligencia artificial»²⁵; (b) los altos niveles de secretismo en la implementación de estas políticas y la falta de transparencia corporativa²⁶; (c) el impacto de la progresiva eliminación de la separación entre los ámbitos público y privado²⁷; (d) la contribución de las grandes empresas (principales actores en el ámbito económico-financiero y en el sector de la financiación política en la mayor parte de los Estados, con independencia de su condición de hegemónicos, potencias medias o en vías de desarrollo)²⁸; y (e) el aporte de los medios por los que se ejerce el poder a nivel local, regional, nacional y transnacional²⁹.

Además, se trata de una aproximación a la concepción de la corrupción enormemente reduccionista que la sigue equiparando con ciertos comportamientos individuales desviados que perjudican a la sociedad en su conjunto y socavan la competencia del libre mercado, lo cual, sin embargo, no puede ser motivo de sorpresa porque, como se ha expuesto, a lo largo de la historia ha habido un esfuerzo concertado por equiparar la corrupción con el comportamiento de las personas en determinadas sociedades, sistemas económicos, identidades o idiosincrasias caracterizadas como «subdesarrolladas» o «desviadas» por el poder hegemónico.

III. LA IMPORTANCIA DE PRESTAR LA DEBIDA ATENCIÓN A LA PARTE «CORRUPTORA» A LA HORA DE DEFINIR EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Como se ha visto en la sección anterior, en las últimas décadas el debate sobre la «corrupción» se ha desvinculado de aquellas entidades privadas (em-

²⁵ En cuanto a los mecanismos de lucha contra la corrupción en el ámbito judicial, véase HAISSINER, M./PASTOR, D.: *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 87; GUZMÁN, A./GALAIN PALERMO, P.: «Las nuevas tecnologías en el sistema penal uruguayo», Rank/Malarino/Gil (eds.), *Nuevas Tecnologías y Sistema Penal: un estudio de los ordenamientos latinoamericanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2025, pp. 325-356; en relación con los derechos fundamentales, véase NIEVA-FENOLL, J.: «Technology and fundamental rights in the judicial process», *Civil Procedure Review*, vol. 13, n.º 2, 2022, pp. 55 y ss.; en relación con la responsabilidad penal de las empresas, véase DOS SANTOS, H.: *Inteligência Artificial e Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas*, Nova Causa, Braga, 2023.

²⁶ O' NEIL, C.: *Armas de destrucción matemática. Como el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing Libros SL, Madrid, 2019, pp. 26 y ss.

²⁷ MITCHELL, D.: «On Corrupt Institutions», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Routledge, Reino Unido, 2024, pp. 1 y ss.; Sandoval, I.: «Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana», *Revista Mexicana de Sociología*, n.º 78, 2016, pp. 119 y ss.

²⁸ ROSE-ACKERMAN, S.: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reformas*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2001, pp. 36 y ss.

²⁹ *Idem*.

presas nacionales, consorcios internacionales y actores transnacionales) que participan en prácticas corruptas con el fin de incrementar sus beneficios. Esta desvinculación se ha extendido también al impacto negativo que las políticas económicas neoliberales internacionales tienen sobre toda una serie de medidas dirigidas a fortalecer el buen gobierno, como, por ejemplo, la falta de transparencia, control institucional y supervisión pública³⁰.

Todo esto se ha producido a pesar de que el actual sistema económico mundial no solo permite las «fusiones» entre instituciones públicas y empresas privadas mediante políticas de «corregulación»³¹ (en las que proliferan los programas de cumplimiento como nuevo paradigma³²), así como las asociaciones público-privadas, sino que también promueve la desregulación (es decir, la ausencia o eliminación de leyes o mecanismos de control) y la práctica de las puertas giratorias, que permite a los empresarios y políticos de alto nivel rotar entre el sector público y el sector privado³³, lo que hace que los intereses privados sean favorecidos mediante la gestión de los asuntos públicos³⁴.

En este contexto, los grandes actores económicos y financieros nacionales y multinacionales, así como las organizaciones criminales transnacionales, todos ellos caracterizados por su alto potencial de corrupción (un factor que no se mide en las encuestas de percepción de esta última)³⁵, recurren sistemáticamente a prácticas corruptas para garantizar que las decisiones públicas toma-

³⁰ En cuanto a la influencia de los actores privados en las cuestiones públicas en América Latina, véase PEÑA, V.: «Latin American: the proliferation of public organizations», en Powell, Wafa & Mau (eds.), *Corruption in a Global Context. Restoring Public Trust, Integrity, and Accountability*, Routledge, Londres, 2020, pp. 275-287; p. 277.

³¹ NIETO MARTÍN, A.: «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa», *Polít. crim.*, 5, 2008, pp. 1-18.

³² En español: NIETO MARTÍN, A.: «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 1, 2023, pp. 1-42.

³³ HUISMAN, W./VANDE WALLE, G.: «The Criminology of Corruption», en De Graaf/von Maravić/Wagenaar (eds.), *The Good Cause Theoretical Perspectives on Corruption*, Barbara Budrich Publishers, EE. UU., 2010, p. 122; TERRADILLOS, J.: «Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español», *Nuevo Foro Penal*, n.º 93, 2019, p. 36.

³⁴ No se trata solo de la captura del Estado por intereses privados, sino también de acuerdos ilegales para crear alianzas entre empresas privadas y públicas con el fin de perjudicar a terceros competidores. Volviendo al caso de la empresa Odebrecht, junto con las otras grandes empresas constructoras (OAS, Camargo Correa y Andrade Gutiérrez) controlaban, como un cártel, todas las licitaciones, precios y adjudicaciones relacionadas con las grandes obras públicas y, a través de su alianza estratégica con la empresa pública Petrobras, ampliaron su radio de acción más allá de las fronteras en cooperación con las más altas autoridades políticas dentro de una «política estatal» de liderazgo geopolítico regional. Véase DURAND, F.: «Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos», Pontificia Universidad del Perú, 2018, pp. 63 y ss. Esta alianza entre las empresas y el Estado demuestra que no siempre se produce una captura del Estado, sino que puede haber dinámicas de cooperación. *Ibid.*, p. 67.

³⁵ GALAIN PALERMO, P.: «Uruguay», en Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 383-442.

das por las autoridades locales, regionales, nacionales e internacionales (tanto en los países menos desarrollados como en los más desarrollados, y en las propias organizaciones internacionales) sirvan a sus intereses privados. Además, estas prácticas a menudo se organizan de manera que aparenten ser formas de cooperación *público-privada*³⁶.

Del mismo modo, estas entidades buscan también el apoyo a su favor de las autoridades de los países más desarrollados y de los dirigentes de las organizaciones internacionales, ya sea mediante prácticas manifiestamente ilegales o mediante medidas «normalizadas» que gozan de una apariencia de legalidad, como la financiación de partidos políticos o de campañas electorales de candidatos que, una vez en el poder, adoptan políticas públicas o regulaciones en su ámbito de actuación, o tratan a través de los medios de comunicación de influir en la opinión pública a favor de sus intereses³⁷. La relación entre los actores privados poderosos y la financiación (ilegal) de los partidos políticos distorsiona el funcionamiento del Estado de Derecho, porque no solo explica las decisiones ejecutivas (gobernanza) favorables a los intereses privados sino también la ausencia de control y reacción de los otros poderes republicanos (parlamentario y judicial).

Desde esta perspectiva, escándalos como el de Enron (2006), que implicó la falsificación de los estados financieros, la manipulación de las cuentas corporativas y la creación de una falsa imagen de solidez financiera, que fueron promovidas por sus directivos durante años, constituyen un ejemplo de cómo la cultura corporativa puede, con el tiempo, institucionalizarse³⁸. Estas empresas multinacionales logran espacios de impunidad jurídica que solo, en ocasiones, pueden erosionarse cuando las maniobras delictivas ponen en peligro intereses de ciudadanos de países hegemónicos, como sucedió en el escándalo de Odebrecht (2009) cuando algunas actividades ilícitas afectaron intereses de accionistas de una filial norteamericana, haciendo caer el precio de las acciones³⁹.

Además, las autoridades de los países desarrollados y de las organizaciones internacionales, de donde proceden las empresas multinacionales y donde se encuentran las instituciones financieras que desempeñan un papel funda-

³⁶ HUISMAN, W./VANDE WALLE, G.: *supra* nota 30, pp. 130 y ss.

³⁷ DE GRAAF, G./WAGENAAR, P./HOENDERBOOM, M.: «Constructing Corruption» en De Graaf, von Maravić & Wagenaar (eds.), *The Good Cause Theoretical Perspectives on Corruption* (Barbara Budrich Publishers), EE. UU., 2010, pp. 110 y ss.; TERRADILLOS, J.: *supra* nota 30, p. 35.

³⁸ LI, Y.: «The Case Analysis of the Scandal of Enron», *International Journal of Business and Management*, vol. 5, n.º 10, 2010, pp. 37-41.

³⁹ <https://news.law.fordham.edu/jcfl/2019/11/04/shaking-the-latin-american-equilibrium-the-petrobras-odebrecht-corruption-scandals/>, visitado el 28.10.2025.

mental en el lavado de dinero de los ingresos ilícitos de las organizaciones criminales transnacionales, utilizan su capacidad de poder político, socioeconómico e incluso militar para presionar a los países menos desarrollados a fin de que adopten políticas públicas favorables a dichas empresas, instituciones financieras y organizaciones. A lo cual hay que sumar su capacidad para influir en las clasificaciones internacionales de corrupción mediante su influencia en las organizaciones internacionales y las grandes redes de información⁴⁰.

Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, la mayor parte de la literatura académica de las últimas décadas se ha centrado, y se sigue centrando, en la conducta de quienes se dejan corromper, dejando en un lugar secundario el análisis del papel desempeñado por las instituciones, organizaciones y redes que corrompen, es decir, quienes financian indebidamente a los partidos políticos, participan en actividades de cabildeo político o pagan sobornos u otros beneficios ilícitos con el fin de obtener ventajas, como la adopción de políticas públicas, la obtención de grandes obras públicas o ser beneficiarios de decisiones administrativas que perjudican a las comunidades afectadas o a terceros competidores en el mercado⁴¹.

Como resultado, ya sea por negligencia o, mucho nos tememos, intencionalmente, no se ha prestado la necesaria atención a los efectos generados por la apertura de nuevos mercados, la expansión de determinados actores internacionales (en particular, las empresas multinacionales y las organizaciones delictivas transnacionales), la privatización de las funciones públicas (sugerida durante décadas como la política pública ideal para el crecimiento económico, cuya adopción ha permitido a los Estados sumergidos en «crisis económicas» obtener préstamos e inversiones de las instituciones internacionales proveedoras de capital⁴²) y la desregulación de las transacciones internacionales y los avances tecnológicos. Además, tampoco se ha analizado suficientemente el

⁴⁰ Díez, J.: «Actitudes hacia la corrupción», en Fernández Steinko (ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, CIS, Madrid, 2013, pp. 235 y ss; RONFELDT, D./ARQUILLA, J.: «¿Cuál es el futuro de las redes y de las guerras en red?», en Arquilla/Ronfeldt, *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 332-379. En profundidad sobre el peligro que representan las redes para la democracia, la estabilidad política y la paz social, HARARI, Y. N.: *Nexus. Una breve historia de las redes de información desde la Edad de Piedra hasta la IA*, Debate, Uruguay, 2024.

⁴¹ FRONZA, E./INSOLERA, P.: «El Caso Odebrecht», en Olasolo/Buitrago/Suleika/ Granados/Sánchez Sarmiento (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 44 y ss. Este fue el *modus operandi* de la multinacional brasileña Odebrecht durante las últimas cinco décadas para controlar el mercado de la construcción de grandes obras públicas en Brasil, América Latina y los países de África portuguesa. DURAND, F.: «Odebrecht», *supra* nota 31, pp. 64 y ss.

⁴² <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2019/01/apoyo-del-fmi-y-el-banco-mundial-a-privatizacion-condenada-por-experto-de-la-onu/>, visitado el 28.10.2025.

fenómeno de la corrupción desde una perspectiva organizativa, ni en términos de entenderlo como un fenómeno transnacional ni en el diseño de políticas preventivas⁴³.

Al desviar, en gran medida, la atención hacia un lugar equivocado, no se ha hecho sino facilitar la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo a gran escala por estos actores de prácticas corruptas supranacionales que siguen patrones perfectamente identificables.

Un ejemplo paradigmático de esta contribución es el excesivo énfasis puesto en la búsqueda de índices objetivos que puedan medir la corrupción⁴⁴, lo que puede servir para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en el gasto público, e incluso pueden ser útiles a la hora de confrontar situaciones de corrupción basadas en actos individuales de corrupción, pero que, sin embargo, no son idóneos para prevenir las prácticas corruptas en situaciones de corrupción a gran escala o institucionalizada.

Y todo esto, mientras al mismo tiempo, apenas si existen a nivel nacional o internacional, como ha señalado Transparencia Internacional⁴⁵, estudios que centren su análisis en la distinción entre prácticas de corrupción «mayor» y «menor», o análisis contextuales, organizativos o estructurales, especialmente cuando se trata del uso indebido de fondos públicos para beneficio personal por parte de altas autoridades y funcionarios o accionistas y directivos empresariales durante largos períodos de tiempo⁴⁶.

A pesar de lo anterior, una parte de la literatura especializada⁴⁷ ha comenzado recientemente a cuestionar el énfasis excesivo puesto durante décadas en entender el fenómeno de la corrupción como un problema individual de los «corrompidos», sin tener en cuenta el papel de las instituciones, organizaciones y redes «corruptoras».

⁴³ LUO, Y.: «An Organizational Perspective of Corruption», 1(1) *Management and Organization Review*, 2004, pp. 124 y ss.; SANDOVAL, I.: *supra* nota 24, pp. 125 y ss.; OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P.: «La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada», *Revista de Derecho Universidad Austral*, vol. XXXV, n.º 2, 2022, pp. 232 y ss. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200227>.

⁴⁴ FAZEKAS, M./TÓTH, I./KING, L.: *supra* nota 17.

⁴⁵ GALAIN PALERMO, P.: «Uruguay», *supra* nota 32, pp. 386 y ss.; GALAIN PALERMO, P.: «Empresas, derechos humanos y la reacción del Derecho Penal: la necesidad de un concepto amplio de sanción» en Galain Palermo/Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad Empresarial, Derechos Humanos y la Agenda del Derecho Penal Corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 729 y ss.

⁴⁶ CLANCY, A.: «¿Un mejor trato? Respuestas negociadas a los ingresos procedentes de la gran corrupción», *Criminal Law Forum*, Vol. 33, 2022, pp. 157 y ss.; GALAIN PALERMO, P.: «Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?», 16(32), *Polit. Crim.*, 2021, pp. 750 y ss.

⁴⁷ PERSSON, A./ROTHSTEIN, B.: *supra* nota 12, pp. 244 y ss.; POWELL, M./Wafa, D./MAU, T.: «Introduction», en Powell/Wafa/Mau (eds.), *Corruption in a Global Context. Restoring Public Trust, Integrity, and Accountability*, Routledge, Londres, 2020, pp. 1-27.

Además, ha llevado a cabo una serie de estudios que reflejan que el fenómeno de la corrupción: (a) tiene múltiples causas; (b) no se limita al uso indebido de fondos públicos para fines privados, sino que se da tanto en la esfera pública como en la privada⁴⁸, y en una multiplicidad de actividades (incluida la concesión de subvenciones, la extracción de recursos naturales y la cooperación internacional)⁴⁹; (c) no se limita a la conducta desviada individual; (d) no es característica de ninguna forma particular de gobierno (existe en sistemas democráticos y dictaduras, en Estados constitucionales y despóticos y en organizaciones internacionales)⁵⁰; y (e) trasciende las fronteras estatales, de manera que actores transnacionales, empresas multinacionales y organizaciones criminales transnacionales se encuentran frecuentemente involucradas en prácticas corruptas⁵¹.

IV. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LAS NORMAS Y ESTRATEGIAS GLOBALES Y NACIONALES ANTICORRUPCIÓN

Ante las características que presenta el fenómeno de la corrupción, las estrategias de lucha contra el mismo que se basan en una legislación penal dirigida a castigar ciertos comportamientos individuales desviados están abocadas al fracaso⁵² porque ni comprenden su complejidad y naturaleza sistémica y estructural⁵³, ni tienen en cuenta sus consecuencias en términos de reducción del PIB⁵⁴, afectación de la democracia y profunda insatisfacción de los dere-

⁴⁸ ENCINAR, M.: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

⁴⁹ PELLEGRINI, L.: «The Rule of the Jungle in Pakistan: A Case Study on Corruption and Forest Management in Swat», en Fondazioni Enrico Mattei, 2007, pp. 4-27. <https://ideas.repec.org/s/ags/feemnr.html>, consultado el 11.12.2022; ALCALÁ, M.: «Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción», en Puente Alba (eds.), *La Proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Editorial Comares, Granada, 2017, pp. 3-40.

⁵⁰ VON ALEMANN, U.: *supra* nota 4, pp. 25 y ss.; HUISMAN, W./VANDE WALLE, G.: *supra* nota 30, pp. 123 y ss.

⁵¹ NAGEL, S.: *supra* nota 4, pp. 31, 35 y ss.; DINCER, O./JOHNSTON, M.: «¿Corrupción legal?» 184(3) *Public Choice*, 2020, pp. 226 y ss.; ROTHSTEIN, B.: *supra* nota 15, pp. 741 y ss.

⁵² OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P./MACLEAN, R.J.B.: «Strategies to Fight Corruption as a Central Element of Governance». *International Criminal Law Review*, vol. 25, núm. 3, 2025, pp. 1-25. Doi: <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10233>.

⁵³ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P.: *supra* nota 24, pp. 229 y ss.; SANDOVAL, I.: *supra* nota 24, pp. 122 y ss.; Luo, Y.: *supra* nota 40, p. 121.

⁵⁴ ROTHSTEIN, B.: *supra* nota 15, pp. 738 y ss.; JAKOBI, A.: «La norma global cambiante de la lucha contra la corrupción: de los malos negocios al mal gobierno» *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* (vol. 7), 2013, pp. 243-264.

chos más básicos de las comunidades vulnerables⁵⁵. La corrupción puede incluso lesionar los derechos humanos, y hacer incurrir a los Estados en responsabilidad internacional por incumplimiento de las normas internacionales que los protegen⁵⁶.

La equiparación de la corrupción a comportamientos desviados individuales que distorsionan las leyes y los principios que rigen la competencia en los mercados⁵⁷ ha tenido como resultado una política penal centrada en la persecución de las llamadas «manzanas podridas» bajo la ficción jurídica de que: (a) los sectores público y privado funcionan correctamente, conforme a lo previsto en la ley; y (b) la eliminación de los malos funcionarios y los malos competidores permitirían restablecer el buen funcionamiento del sistema⁵⁸. Esta concepción ha inspirado, por tanto, los tipos penales anticorrupción consagrados en la legislación nacional y en los tratados internacionales.

Sin embargo, son tantos los casos que muestran que el fenómeno no se limita a comportamientos individuales desviados y que presenta una innegable dimensión institucional (corrupción pública) u organizativa (corrupción privada)⁵⁹ y un constante desarrollo a través de redes complejas de corrupción,

⁵⁵ PEARSON, Z.: «An International human rights approach to corruption», en Larmour/Wolanin (eds.), *Corruption and Anti-Corruption*, Asia Pacific Press, Canberra, 2001, pp. 30-61; THUO GATHIL, J.: «Defining the relationship between human rights and corruption», *The University of Pennsylvania Journal of International Law*. (Vol. 31), 2009-2010, pp. 125-202; SANABRIA, A.: «The corrupt catch of the state as multidimensional damage to human rights», 8(2) *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 2021, pp. 49; 54 y ss.

⁵⁶ NASH, C.: «Corrupción como violación de los derechos humanos: desafíos normativos para su protección internacional», en Ambos/Malarino/Fuchs (eds.), *Corrupción y Derecho Penal: prevención, investigación y sanción*, Tirant, Colombia, 2021, pp. 25-56.

⁵⁷ FERGUSON, G. (ed.), *Global Corruption: Law, Theory & Practice* (3.ª ed.), Universidad de Victoria, Victoria, Canadá, 2018, pp. 8 y ss.; pp. 45 y ss.; pp. 101 y ss.; VON ALEMANN, U.: *supra* nota 4, pp. 29 y ss.

⁵⁸ GALAIN PALERMO, P./OLASOLO, H.: «Actos individuales desviados, corrupción significativa, gran corrupción, captura del Estado y corrupción institucional», 29(3), *Ius et Praxis*, 2023, pp. 104 y ss. DOI: 10.4067/S0718-00122023000300103. Esta misma lógica se ha utilizado para hacer frente al fenómeno de la delincuencia organizada, centrándose en el conocimiento de las características internas y el funcionamiento de los grupos delictivos organizados.

⁵⁹ NIETO MARTÍN, A.: «Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria», 18, *Revista Penal México*, 2020, p. 30. Cabe señalar, por supuesto, que ambos conceptos de corrupción implican el comportamiento de los seres humanos. Tanto si los actores privados corruptos buscan beneficiarse personalmente como si tratan de promover los intereses corruptos de su organización (ya sea privada o pública), ninguna de las formas de corrupción puede producirse sin que haya seres humanos que la lleven a cabo. Como se verá más adelante, la corrupción puede enriquecer a las personas en beneficio propio o puede promover los objetivos de una organización corrupta. En lo que respecta a la organización, las personas creen que la falta de transparencia, la impunidad y la normalización de la corrupción debido a su carácter generalizado dentro de la organización les impedirán sufrir consecuencias. Además, como se analiza más adelante, incluso si se procesa a las personas, es posible que ello no detenga los actos corruptos de una organización corrupta. Por lo tanto, el castigo es menos eficaz que la prevención.

que ninguna de las teorías dominantes (como la *elección racional*⁶⁰ o la teoría del *principal-agente*⁶¹) es idónea para explicar el papel central que juega este fenómeno en lo que se ha venido en denominar «gobernanza» de los sectores público y privado⁶², y de la globalización, ya que, debido a su naturaleza persistente, la regularidad de sus prácticas y su gran escala⁶³, desempeña un papel clave en las decisiones que toman las instituciones públicas y las organizaciones privadas a nivel local, regional, nacional e internacional⁶⁴.

Este tipo de situaciones refleja claramente la insuficiencia de abordar el fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de los actos ilícitos individuales⁶⁵, y, en cierta medida, su prevención y represión a través de las estructuras del Derecho Penal tradicional, siendo, por tanto, necesario abordarlas desde su comprensión como un fenómeno multinivel de acción colectiva⁶⁶ y el recurso a «conceptos marco»⁶⁷. Sin embargo, a pesar de esta constatación, llama la

⁶⁰ La teoría de la *elección racional* intenta explicar los comportamientos corruptos mediante un cálculo de las ganancias esperadas de tales acciones, comparadas con las pérdidas potenciales (riesgo de condena y decomiso) que pueden derivarse si se descubre el delito. Véase BECKER, G.: «Crime and Punishment: An Economic Approach», 76(2), *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 y ss.; FELSON, M./CLARKE, R.: *Opportunity Makes the Thief Practical Theory for Crime Prevention*, Police Research Series Paper 98, Londres, 1998.

⁶¹ La teoría del *principal-agente* hace hincapié en las dificultades que tiene el primero (el Estado o el público) para controlar al segundo (el funcionario o empleado que se desvía de sus funciones para obtener beneficios económicos ilegítimos) debido a que tienen intereses divergentes. Véase ZEBALLOS, A.: «Corrupción como problema de acción colectiva: Hacia un enfoque más ajustado para pensar la reforma institucional en América Latina», 9(17), *Politai*, 2018, pp. 183 y ss.; PERSSON, A./ROTHSTEIN, B./TEORELL, J.: *supra* nota 21, pp. 2 y ss.

⁶² OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P./MACLEAN, R.J.B: *supra* nota 1, pp. 217-246.

⁶³ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P./MACLEAN, R.J.B: *supra* nota 49.

⁶⁴ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P.: «Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural», en Ferre Olive, J. C. et. al. (eds.), *Libro Homenaje a Ignacio Berdugo*, Ed. Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 707 y ss.; 715 y ss.; OLASOLO H./GALAIN PALERMO, P.: *supra* nota 40, pp. 239 y ss.

⁶⁵ «El simple procedimiento de encarcelar a los líderes corruptos no garantiza que se modifiquen los incentivos de la estructura establecida por los códigos operativos». MORENO OCAMPO, L.: «Corrupción estructural y sistemas normativos: el papel de las «islas de integridad»», 3(1) *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1998, p. 14.

⁶⁶ OLASOLO, H./ GALAIN PALERMO, P.: «Reflexiones finales sobre la corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional en América Latina», en Galain Palermo/Olasolo/ Saad Diniz (dirs.), *El Fenómeno del Crimen Organizado Transnacional y su Impacto en la Corrupción Pública y Privada en América Latina. Parte II*. Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia, vol. 28, 2025, pp. 603-635. Disponible en acceso abierto en: <https://editorial.tirant.com/es/libro/el-fenomeno-del-crimen-organizado-transnacional-y-su-impacto-en-la-corrupcion-publica-y-privada-en-america-latina-parte-ii-pablo-galain-palermo-9788410952430>.

⁶⁷ Se trata de conceptos complejos y novedosos que no se han desarrollado tanto en sus construcciones teóricas como en sus aspectos descriptivos y resultados empíricos. GIMÉNEZ-SALINAS, A.: «Organised Crime as a Framework Concept», en Legind/Blanco/Pastor/Yager (eds.), *Using Open Data to Detect Organized Crime Threats. Factors Driving Future Crime*, Springer, Suiza, 2017, pp. 3 y ss.; p. 18; A. GIMÉNEZ-SALINAS, *Delincuencia organizada transnacional*, Madrid, Síntesis, 2020, pp. 140 y ss.

atención, por surrealista, el empeñamiento en tratar de derribar al gigante Goliat con la honda de David.

En otras palabras, la norma y estrategia globales anticorrupción, y por influencia de esta última, las normas y estrategias nacionales anticorrupción, no han sido eficaces en treinta y cinco años, y no lo van a ser, aunque los actores hegemónicos continúen imponiendo su aplicación, porque, en última instancia, dicho fenómeno está estrechamente vinculado con el diseño o la instrumentalización, a nivel nacional e internacional, de las instituciones públicas⁶⁸ y las empresas privadas⁶⁹, o con organizaciones compuestas por actores de diferentes sectores que actúan «de forma concertada» dentro de redes nacionales y transnacionales con múltiples nodos, que persisten en el tiempo y que están protegidas por una sólida seguridad financiera y jurídica⁷⁰.

De esta manera, nuestro Goliat está conformado por todo un entramado de instituciones, organizaciones y complejas redes de corrupción que han ampliado su poder para operar en diversos mercados y a escala mundial⁷¹, debido a su estrecha interrelación con el sector económico-financiero y el sistema sociopolítico responsable de diseñar la legislación anticorrupción y promover su aplicación, lo que les permite, a su vez, tener la capacidad de protegerse de lo que queda de las autoridades nacionales e internacionales que, según sostienen discursivamente, tratan de desmantelarlas⁷².

Como resultado, las normas jurídicas y las políticas penales que tratan de abordar el problema de la corrupción adolecen de un defecto de diseño que las hace ineficaces. Ante esta realidad, que incluye también las situaciones en las que la corrupción se solapa con la inversión y el desarrollo económico, no basta con abordar casos aislados de abuso de poder o de funciones⁷³, sino que es necesario adoptar medidas destinadas a hacer frente a las dinámicas que se han arraigado en las instituciones, organizaciones y redes a través de las que se desarrollan las prácticas corruptas⁷⁴.

⁶⁸ PAGE, O.: *supra* nota 6, pp. 13 y ss.

⁶⁹ GIMÉNEZ SALINAS, A./DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «Crimen organizado» en Aebi, M. *et. al.* (eds.), *Aspectos esenciales de la criminología actual*, Editorial UOC, Barcelona, 2016, pp. 177 y ss.; VILLALPANDO, W.: *Crimen organizado transnacional*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

⁷⁰ En cuanto a los vínculos entre el concepto de delincuencia organizada y la seguridad pública, véase PERDOMO TORRES, J./PARRA, W.: *Las organizaciones criminales. Sistema de injusto autónomo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 37 y ss.

⁷¹ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO, P./MACLEAN, R.J.B.: *supra* nota 1.

⁷² PERDOMO, J./PARRA, W.: *supra* nota 67, pp. 114 y ss.

⁷³ GALAIN PALERMO, P.: «Los problemas...», *supra* nota 43, pp. 745 y ss.

⁷⁴ THOMPSON, D.: *supra* nota 7, pp. 17 y ss.

En consecuencia, es necesario adoptar, tanto a nivel nacional como internacional, una nueva estrategia anticorrupción que se base en una adecuada comprensión del fenómeno⁷⁵, y que tengan en cuenta que las instituciones, organizaciones y redes a través de las cuales se desarrolla operan en una amplia zona gris entre la legalidad y la ilegalidad, lo nacional y lo transnacional y lo público y lo privado, razón por la cual se requiere el despliegue de toda una serie de medidas interdisciplinarias⁷⁶, en gran medida, extrajurídicas, que se dirijan, principalmente, a abordar sus causas⁷⁷.

Además, en lo que se refiere específicamente a las medidas de naturaleza jurídico-penal, estas deberían tener un carácter complementario, no limitarse a los aspectos punitivos⁷⁸ y poner sobre todo el acento en el ámbito de la prevención, la búsqueda de la verdad (identificando y haciendo pública la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus integrantes), la reparación de las víctimas (en particular, en aquellos lugares donde se llevan a cabo las prácticas corruptas) y las garantías de no repetición. Todo ello, con el fin de limitar progresivamente el capital social de las mencionadas instituciones, organizaciones y redes complejas de criminalidad⁷⁹.

⁷⁵ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO P./MACLEAN, R.J.B.: *supra* nota 1.

⁷⁶ OLASOLO, H./GALAIN PALERMO P./MACLEAN, R.J.B.: *supra* nota 49.

⁷⁷ OLASOLO H./GALAIN PALERMO, P.: «Reflexiones finales sobre la corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional en América Latina», en Galain Palermo/Olasolo/ Saad Diniz (dirs.), *El Fenómeno del Crimen Organizado Transnacional y su Impacto en la Corrupción Pública y Privada en América Latina. Parte II*. Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia, vol. 28, 2025, pp. 603-635. Disponible en acceso abierto en: <https://editorial.tirant.com/es/libro/el-fenomeno-del-crimen-organizado-transnacional-y-su-impacto-en-la-corrupcion-publica-y-privada-en-america-latina-parte-ii-pablo-galain-palermo-9788410952430>.

⁷⁸ Debemos considerar, por un lado, la dificultad para encontrar pruebas incriminatorias y, por otro, que estas pruebas apenas respaldan los cargos penales (posiblemente delitos económicos), pero no sirven para explicar todo un complot de corrupción (seguridad jurídica) y la ingeniería financiera para el lavado de dinero (seguridad financiera).

⁷⁹ La sociología ha desarrollado un marco teórico para analizar la interacción entre quienes desempeñan funciones importantes en las esferas sociopolítica, económica y penal, incorporando a actores de los sectores público y privado en los nodos de estas redes. Este marco se basa en el concepto de capital social, que, aplicado a las redes delictivas transnacionales, puede entenderse como la extensión de su red de conexiones y la cantidad de capital económico, cultural y social de las personas con las que interactúan. Véase ESCALANTE, E./LAMADRID, M.: «El presente de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en Colombia: poder público y privado como capital social de las redes de criminalidad y sus manifestaciones corruptas» en Olasolo/Galain Palermo (eds.) *Perspectiva criminológica del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina*, Tomo 1 (pendiente de publicación); véase también P. BOURDIEU, *Las formas del capital: Capital económico, capital cultural y capital social*, Ed. Desclée de Brouwer, Madrid, 2000, pp. 131-164; VARGAS FORERO, G.: «Hacia una Teoría del Capital Social» 4(6) *Revista de Economía Institucional*, 2002, pp. 72 y ss.; PERDOMO, J./PARRA, W.: *supra* nota 67, pp. 108 y ss.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, se exponen a continuación las principales conclusiones alcanzadas:

1. A lo largo de la historia, ha habido un esfuerzo concertado por equiparar la corrupción con determinadas sociedades, sistemas económicos, identidades o idiosincrasias consideradas por los actores hegemónicos como «subdesarrolladas» o «desviadas».

2. La concepción actualmente imperante a nivel nacional e internacional del fenómeno de la corrupción hace un excesivo énfasis en los «corrompidos», sin prestar, por tanto, la debida atención a los «corruptores» y a las instituciones, organizaciones y redes de las que son parte, lo que impide que se pueda captar adecuadamente la realidad, contribuyendo así a su distorsión e impunidad.

3. Ante esta situación, la actual estrategia global anticorrupción, con su alto impacto en el ámbito nacional, no es idónea para hacer frente a las prácticas corruptas tanto en el ámbito interno como transnacional, debido a que: (a) equipara el fenómeno de la corrupción con ciertas conductas individuales desviadas, siguiendo los postulados de las teorías, hasta ahora, dominantes, como las de la elección racional o la del agente-principal; (b) no explica tales prácticas cuando constituyen un elemento central del diseño y/o funcionamiento de las instituciones públicas, las organizaciones privadas y las redes complejas de corrupción a través de las que se desarrollan, lo que ha generado importantes limitaciones para las jurisdicciones nacionales a la hora de comprender el fenómeno, investigar sus dinámicas y prevenir adecuadamente el funcionamiento (legal) de la administración pública y del mercado económico-financiero; y (c) no aborda ni las causas de la corrupción, ni las dinámicas subyacentes a dichas instituciones, organizaciones y redes (incluyendo las operaciones de lavado de dinero y la financiación de la política), lo que les permite mantenerse activas como grupos a pesar de la pérdida de algunos de sus integrantes debido a la intervención del sistema penal.

108. ANTITERRORISMO Y NORMALIZACIÓN POLÍTICA (ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE *LA BATALLA DE ARGEL*)

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN
Universidad de Oviedo

I

La película *La batalla de Argel* (*La battaglia di Algeri*, Gillo Pontecorvo, 1966) posee, en mi opinión, relevantes valores cinematográficos: se trata, en efecto, de una clásica película de intervención política izquierdista italiana de los años sesenta/setenta (hecha muy pocos años después de los hechos relatados... y en pleno apogeo de la intervención norteamericana en el Sudeste asiático), suficientemente trepidante y con una presentación clara de la historia. Acaso sea la mejor película de Pontecorvo (director de otras películas relevantes de la época: destacaré –la muy polémica– *Kapo*, *Queimada* y *Operación Ogro*). No obstante, como todo el cine de Pontecorvo, adolece, a mi entender, de dos defectos notables: su falta de profundidad y su tendencia a la dramatización y al sentimentalismo. Por lo que hace a lo primero, la claridad de la historia narrada contrasta notablemente con la falta de profundización en la misma: poco sabemos, por la película, acerca del contexto social y político, de las características psicológicas de los personajes, de los sentimientos y pensamientos que les animan e inspiran...; la cámara se pasea entre estereotipos, que actúan siempre como tales. En este sentido, el tono figuradamente documental que Pontecorvo adopta no es capaz de ocultar que lo que en realidad hay en su mirada es superficialidad: superficialidad de izquierdas, con objetivos progresistas; pero superficialidad, al fin y al cabo.

Por lo que hace a su tendencia al sentimentalismo (tan criticada ya, y con mucha más razón, en su película *Kapo*)¹, es claro que la película tiene como finalidad principal, antes que comprender, hacernos sentir solidarios con los insurgentes del Frente de Liberación Nacional, con sus avatares y con su sacrificio. Y, aunque no llega a caer en esa nadería lacrimógena tan usual en el cine «concienciado» norteamericano (¡o español!) contemporáneo, en el que se ejercita una suerte de pornografía sentimental de corte exhibicionista (un solo ejemplo: *Invictus*, Clint Eastwood, 2009), sí que hace más hincapié en manipular los sentimientos de los y las espectadoras que en proporcionarles verdades profundas sobre lo que ocurrió en Argel entre 1954 y 1960.

En todo caso, mi interés por hablar acerca de esta película no tiene tanto que ver con sus valores estéticos como con su temática: con su visión política, en suma. Y es que, en efecto, uno sólo tiene que asomarse a películas como *La battaglia di Algeri*, y luego ver, por ejemplo, una película como –la, por lo demás, estimable– *Munich* (Steven Spielberg, 2005), para darse cuenta de cuánto hemos retrocedido, en estas últimas décadas, a la hora de entender políticamente fenómenos eminentemente políticos como el de la lucha armada. Pues, en realidad, cada una de las dos películas que acabo de mencionar reflejan bastante fielmente, bien que de un modo extremadamente simplista, perspectivas teóricas netamente diferentes a la hora de afrontar el análisis de ese fenómeno. Yo, aquí, quiero reivindicar la vigencia de la perspectiva antigua (aun si precisa de algunas correcciones) y la inutilidad, teórica y política, de la contemporánea.

II

En mi opinión, el cambio en la perspectiva de los análisis acerca del fenómeno de la lucha armada a partir de los años ochenta del siglo pasado (con un momento culminante, tanto teórico y como práctico, de dicho cambio ya en este siglo: sobre todo, a partir de septiembre de 2001), pretendiendo enterrar –y casi consiguiéndolo– el marco teórico que venía encuadrando dicho análisis desde la época de la revolución francesa, constituye uno de los ejemplos más sobresalientes de manipulación ideológica exitosa de las últimas décadas². Dicho cambio puede sintetizarse en una sola frase: *el paso de un análisis político de la lucha armada a un análisis moralista de la misma, empleando para ello el tópico de los derechos humanos como herramienta (ideológica).*

¹ Vid. RIVETTE, J.: «De la abyección», trad. N. Ruiz, en *Cahiers du Cinema España*, n.º 36, 2010, pp. 58-59.

² La historia de esta evolución ideológica está magistralmente contada por STAMPNITZKY, L.: *Disciplining Terror. How Experts Invented «Terrorism»*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Observemos, en efecto, qué se dice hoy habitualmente acerca de la lucha armada (o del «terrorismo», como –muy significativa, y tramposamente³– se la denomina): lo usual es considerar que se trata de una gravísima violación de los derechos humanos, realizada por gente totalmente al margen de los principios morales (y hasta de nuestras formas de socialización más elementales), auténticos *hostes humani generis*⁴. Y, en este sentido, los esfuerzos de los estados y de los organismos internacionales vienen concentrándose en intentar lograr –hasta ahora, sin éxito– una definición jurídica universalmente aceptable, y muy extensiva, del concepto de «terrorismo»⁵, así como una cierta armonización en las regulaciones estatales acerca del mismo⁶ (si no –objetivo más ambicioso– su incardinación pura y simple en el Derecho Penal internacional)⁷. Y, en todo caso, los análisis explicativos se concentran principalmente en intentar identificar, al modo de la criminología positivista, aquellos factores, psicológicos y sociológicos, que favorecerían la aparición de estas formas de violencia⁸.

¿Qué es, por su parte, lo que nos está queriendo decir un discurso como el que subyace a *La battaglia di Algeri*? En comparación con lo acabado de exponer, lo más notable en este otro discurso es su carencia de moralismo. (Entiendo por moralismo la práctica de *denunciar la inmoralidad de los otros conforme a criterios morales que uno define* como válidos para juzgar a esos otros, pero que no necesariamente se aceptan como válidos para enjuiciar los propios actos. Y que, en todo caso, parecen prescindir del contexto en el que la acción de esos otros tenga lugar.)⁹ Se intenta presentar, en efecto, a los dos bandos en disputa (el Estado francés/ el movimiento argelino de liberación nacional), se presentan

³ Tramposamente, porque, en realidad, no cualquier acción armada puedes ser denominada con propiedad acción terrorista: como en otro lugar he argumentado con detenimiento, verdaderamente sólo constituye una acción terrorista aquella infracción del Derecho Internacional Humanitario, realizada por una parte de un conflicto armado interno o internacional (sea esta un estado o un grupo armado no estatal con finalidad política), consistente en amenazar (y, en su caso, ejecutar la amenaza) con graves daños en sus personas o propiedades a personas inocentes no implicadas en el conflicto armado con el fin de influir sobre terceros (PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «El «terrorista» ante el Derecho Penal: por una política criminal intercultural», en Serrano-Piedecabras Fernández, J. R./ Demetrio Crespo, E. (dir.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 117-122). De este modo, por ejemplo, un ataque directo a una patrulla militar o policial no es, en sentido estricto, una acción terrorista, por más que las amplias y desequilibradas definiciones legales del Derecho positivo así la consideren.

⁴ Vid. GREENE, J.: «*Hostis Humanis Generis*», en *Critical Inquiry*, 34, 2008, pp. 683-705.

⁵ Vid. OBREGÓN FERNÁNDEZ, A.: Noción de terrorismo internacional. Estudio del marco jurídico vigente y una propuesta de definición con vocación omnicomprensiva, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 23 ss.

⁶ Vid. NESI, G. (ed.): *International Cooperation in Counter-terrorism*, Oxford/ New York: Routledge, 2016.

⁷ Vid. VACAS FERNÁNDEZ, F.: *El terrorismo como crimen internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 237 ss.

⁸ JACKSON, R./JARVIS, L./GUNNING, J./BREEN-SMYTH, M.: *Terrorism. A Critical Introduction*, Basingstoke/New York: Palgrave Macmillan, 2011, pp. 14-16, 18-21.

⁹ ARCHER, A.: «The problem with moralism», *Ratio*, 31, 2018, pp. 343-345.

(bien que, como ya he dicho, de un modo algo superficial) sus objetivos políticos (mantener la situación colonial/ lograr la independencia nacional), se presentan sus acciones violentas (las detenciones arbitrarias y la tortura/ los homicidios de agentes del Estado francés y las bombas contra objetivos civiles) y se presentan las consecuencias de dichas acciones. Es decir, al menos en la mayor parte de la película (como también he dicho, Pontecorvo no es, sin embargo, completamente capaz de evitar la sentimentalización de las situaciones... cayendo también, así, en un cierto grado de moralismo, aun cuando infinitamente más limitado), lo que aparece es un conflicto eminentemente político: dos partidos luchan por controlar el poder de definición de cuál es el espacio político constituyente (en este caso, para la población y el territorio argelino), intentando definir quiénes han de formar parte del sujeto de la soberanía y quiénes no. Nosotros sabemos, porque Pontecorvo lo deja entrever en varias ocasiones, que los enunciadores de la obra apuestan por la superior justificación moral del Frente de Liberación Nacional argelino frente a la Francia colonialista. Mas ello no se deduce con claridad –hay que adivinarlo– de la narración. (Una anécdota me parece elocuente: es precisamente esta ausencia de moralismo la que ha hecho posible que la película que comentamos sea empleada, con finalidades didácticas, en los cursos de contrainsurgencia de los ejércitos de todo el mundo¹⁰. Sería impensable, por el contrario, que alguien pudiese hallar utilidad alguna de tal índole en una película como *Munich*.)

III

En otro lugar me he ocupado de desmontar punto por punto los elementos de la visión moralista contemporánea de los fenómenos «terroristas»: como allí he intentando argumentar, ni toda acción armada constituye una violación de derechos humanos (ni del Derecho Internacional humanitario), ni las definiciones usuales de «terrorismo» engloban tan sólo actos violentos, ni es fácil hallar un bien jurídico merecedor de protección en dichas figuras delictivas (más allá de los bienes jurídicos individuales atacados), ni, en fin, cualquiera acción armada resulta injustificable desde el punto de vista moral¹¹.

Ahora quisiera más bien detenerme en retomar la perspectiva clásica de análisis de la lucha armada: como antes apunté, desde la revolución francesa

¹⁰ Vid. HEDIGER, V.: «Epistemology of the Checkpoint. Gillo Pontecorvo's Battle of Algiers and the Doctrine of Counterinsurgency», en Wasson, H./Grievson, L. (eds.): *Cinema's Military Industrial Complex*, Oakland: University of California Press, 2018, pp. 157-174.

¹¹ PAREDES CASTAÑÓN, en Serrano-Piedecabras Fernández/Demetrio Crespo (dir.), *Terrorismo, passim*.

(con antecedentes, incluso, anteriores: en las clásicas teorías del tiranicidio) y hasta los años setenta del siglo pasado, el marco de comprensión del fenómeno de la lucha armada fue, para todos los bandos, el de la política, el del enfrentamiento político. Lo que estaba, entonces, en discusión era ante todo la legitimidad moral de la causa defendida; y, en segundo lugar, la idoneidad instrumental de los medios empleados para defenderla. El debate clásico, en efecto, tanto entre los revolucionarios como entre los contrarrevolucionarios, versaba principalmente sobre estos dos extremos: en qué circunstancias existía un derecho de rebelión¹² y qué medios resultaban –política y militarmente– idóneos para ejercerlo¹³; o, por otra parte, qué medios eran los idóneos –política y militarmente– para reprimirlo^{14, 15}.

IV

En todo caso, entendido como conflicto de naturaleza esencialmente política, el que se pone de manifiesto a través de la práctica de la lucha armada ha de ser ubicado en un contexto más amplio, para que nos sea dado comprender las implicaciones políticas tanto de la acción (política) armada como de las políticas que pretenden combatirla.

Como en otro lugar he argumentado con más detenimiento, lo que la acción armada subversiva pone en cuestión verdaderamente (a través de acciones que pueden –o no– además afectar a otros intereses: vidas humanas, libertad personal, estabilidad del sistema político, etc.) es *la identidad política consti-*

¹² Cfr. FINLAY, C. J.: *Terrorism and the Right to Resist. A Theory of Just Revolutionary War*, Cambridge/ New York: Cambridge University Press, 2015.

¹³ Son particularmente relevantes, a este respecto, las reflexiones estratégicas elaboradas en el seno del pensamiento radical de izquierdas a lo largo del siglo xx, por autores tan señeros como Karl Kautsky, Lev Trotsky, Mao Zedong, Carlos Marighela o los miembros de la Rote Armee Fraktion alemana.

¹⁴ Cfr. GALULA, D.: *Counterinsurgency Warfare. Theory and Practice*, Westport: Praeger Security International, 2006.

¹⁵ Es evidente que, en este planteamiento, existía una laguna clamorosa: la relativa a la moralidad de los medios empleados (aun en el mejor de los casos: aquél en el que el fin perseguido fuese justo). Sólo algunas voces aisladas se preocupaban por esta cuestión: Albert Camus es un ejemplo paradigmático (CAMUS, A.: *El hombre rebelde*, trad. L. Echávarri, Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 343-356)... pero también casi único. En este sentido, es indudable que el desarrollo, a partir de 1945, de la doctrina de los derechos humanos (así como desarrollos paralelos del Derecho Internacional humanitario) ha venido a intentar cubrir dicha insuficiencia. De manera que hoy es claro que no cualquier acción armada resulta legítima (y compatible con el Derecho Internacional), aun cuando la finalidad perseguida pueda serlo. (Pero decir esto es una cosa, y otra muy diferente es intentar extraer de ello la conclusión (que no se deduce lógicamente de lo anterior, y que moral y políticamente resulta insostenible) de que cualquier acción armada no realizada por agentes del Estado (cualquier acción –en el sentido habitual de la expresión– «terrorista») resulte siempre moralmente injustificable.)

tuida: mediante sus acciones, la subversión armada pone en cuestión la identidad (política) de los individuos y de los grupos que operan como actores políticos en un determinado sistema político. Es decir, alteran, intencionadamente, una parte sustancial del imaginario (político) colectivo¹⁶. En efecto, si la identidad es un sistema complejo de autorrepresentación (que incluye elementos de autoconocimiento y de autoestima, la identificación con una cierta estructura motivacional, una narración acerca de la continuidad de la personalidad –identidad personal–, pero también elementos de identificación relacional y con el grupo –identidad colectiva–)¹⁷, la identidad política es uno de esos elementos que pueden formar parte de la identidad colectiva y que tiene que ver con cómo los individuos y los grupos se conciben y se tipifican a sí mismos y a los demás con quienes interactúan en el marco de la comunidad política¹⁸. Lo cual necesariamente tiene que ver con las representaciones que esos individuos y grupos se hacen de la realidad política.

Y, si algún efecto político directo produce prácticamente siempre la acción de los grupos armados (aun la no terrorista, aun la que no genera inseguridad, aun la que no desestabiliza el sistema político), éste es, desde luego, el de poner en cuestión muchas de las identidades políticas dominantes en un sistema político dado. Y ello, a través de la puesta en cuestión del imaginario político constituido y de la legitimidad política desarrollada en dicho marco: en concreto, de la legitimidad política del marco constitucional mismo. Lo que afecta (cuestiona) necesariamente a la identidad de los actores políticos que operan en dicho marco constitucional, ya que su identidad se constituye –en buena medida, al menos– por referencia a tal legitimidad política. En ejemplos: los actos de E.T.A. muestran que, contra lo que suelen asumir los actores políticos dominantes en el sistema político español, no existe un «pueblo español» unido en torno a su régimen constitucional, sino, entre otras cosas, conjuntos significativos de individuos y de grupos que discrepan tanto de aquel concepto como de este régimen. Las acciones armadas de grupos islámicos radicales revelan a las claras que, contra lo que presuponen las potencias hegemónicas en la comunidad internacional, no todos comparten la fe occidental hegemónica en el imperio de la razón, de los derechos humanos y del progreso (el «fin de la Historia», lo dieron en llamar los petulantes), entendidos todos los conceptos al modo eurocéntrico,

¹⁶ PAREDES CASTAÑÓN, en Serrano-Piedecabras Fernández/Demetrio Crespo (dir.), *Terrorismo*, pp. 150-153.

¹⁷ BAUMEISTER, R. F.: *The Self Explained*, New York/ London: The Guilford Press, 2022, pp. 6-7, 271 ss.

¹⁸ MASON, L.: «Political Identities», en Huddy, L./Sears, D. O./Levy, J. S./Jerit, J. (eds.): *The Oxford Handbook of Political Psychology*, 3.ª ed., New York: Oxford University Press, 2023, pp. 888-890.

y que, por lo tanto, no todos ven a los occidentales como el paradigma del buen ser humano, sino que muchos piensan que somos unos explotadores, y otros que somos unos impíos o unos estúpidos. Y así podríamos seguir...

Podemos dar un paso más, y precisar qué significa realmente poner en cuestión la identidad política dominante: significa que, en un sistema político que reclama siempre como fuente de su legitimidad la democrática (y todos los sistemas políticos hoy, de uno u otro modo, reclaman tal fuente de legitimidad), se ponga en cuestión que «exista» (esto es: que resulte reconocible, identificable) verdaderamente el sujeto de la soberanía al que dicha legitimidad pretende ir anudada¹⁹. Es decir, que se ponga en cuestión que «exista» ese «pueblo soberano». Y ello, por diferentes razones: porque –se pretende– el «pueblo» ha sido capturado (visión populista: un grupo social dominante, a través de relaciones de dominación, mantiene prisionero bajo su poder al conjunto de los individuos que en teoría constituyen el «pueblo»); o porque –se pretende– el «pueblo» ha sido sustituido (visión nacionalista y antiimperialista: otro pueblo, otro estado, otra nación, ejercen la soberanía en lugar de quienes deberían ejercerla)^{20, 21}.

V

Hay que hacer notar, en este sentido, que los teóricos clásicos de la guerra de guerrillas lo tuvieron siempre claro: la guerra de guerrillas (la lucha armada organizada, el «terrorismo») solamente es posible sobre la base de la constitución de bases de apoyo populares (a la nueva identidad política que se pretende promover) y la progresiva creación de contrapoderes (al poder político cuya legitimidad se pretende cuestionar). Es decir, la acción armada forma parte de, y promueve, una acción eminentemente política: de reconstitución de la identidad, de reconstitución de la legitimidad, de reconstitución del sujeto de la soberanía²².

¹⁹ BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 165.

²⁰ JACKSON, R.: *Sovereignty*, Cambridge/ Malden: Polity Press, 2007, pp. 93-112.

²¹ Como dice Jacques Derrida (DERRIDA, J.: «Autoinmunidad: suicidios simbólicos y reales. Diálogo con Jacques Derrida», en BORRADORI, G.: *La filosofía en una época de terror*, trad. J. J. Botero/ L. E. Hoyos, Madrid: Taurus, 2003, pp. 140-141), en algún sentido, todo «terrorismo» es siempre interno, ya que pone en cuestión un orden (constituyente), y solamente quien siente que –de alguna manera– tiene derecho a participar de dicho orden se siente legitimado para cuestionarlo. En este sentido (político), no existe tanta diferencia entre «terrorismo» interno y «terrorismo internacional».

²² Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares», en Pérez Cepeda, A. I. (dir.): *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 182-185, con ulteriores referencias.

Hoy en día, es difícil hallar esta claridad de ideas en los análisis de los sedicentes expertos en materia de «terrorismo», que tienden a bascular entre un psicologismo o un sociologismo ramplones y análisis puramente organizativos o tácticos. En realidad, sólo es posible hallar algo parecido a un análisis político (sesgado, desde luego) en los manuales de contrainsurgencia de las fuerzas militares de todo el mundo: en ellos, remedando las afirmaciones de los teóricos de la guerra de guerrillas, se hace hincapié (creciente, a medida que se han ido asimilando por parte de los expertos militares las enseñanzas de los fracasos de las tácticas contrainsurgentes en Vietnam, en Afganistán, en Irak, etc.) en la importancia de la faceta política de la acción insurgente y de la reacción contrainsurgente. (Las palabras clave, en la jerga tecnocrática militar, son: integración entre acción civil y acción militar, ayuda humanitaria, construcción de instituciones, operaciones psicológicas, pacificación, reconstrucción, lograr apoyo popular, gobernanza, desarrollo...) ²³.

VI

Y llego con ello al punto final de mi reflexión: el que tiene por objeto la naturaleza de las políticas «antiterroristas». En efecto, como no podía ser de otra manera, también los discursos hegemónicos en nuestros días sobre el particular resultan particularmente tendenciosos e ideologizados: incluso quien va más allá del instrumentalismo más plano (por ejemplo: la tortura funciona, luego...), suele limitarse a poner en cuestión los —otra palabra clave— «excesos» en la represión. Se critican, así (y con razón), fenómenos como las detenciones arbitrarias de Guantánamo, el uso rutinario de la tortura, las «desapariciones», la legislación procesal y penitenciaria de excepción, el «contraterrorismo» (acciones armadas clandestinas a manos de agentes del Estado, o con su consentimiento), la limitación de la libertad de expresión, etc. Con razón, desde luego. Y, sin embar-

²³ Cfr., por ejemplo, The U.S. Army/Marine Corps: *Insurgencies and Countering Insurgencies*, Washington D.C.: Department of the Army, 2014, nm. 1-27: «La legitimidad, la aceptación de una autoridad por parte de una sociedad y el control son cuestiones centrales en las insurgencias y contrainsurgencias. (...) La población de una sociedad en particular determina quién tiene legitimidad para establecer las reglas y el gobierno de esa sociedad. Los valores y las normas culturales de una población determinarán a quién percibe esa sociedad como autoridad legítima. Tanto la insurgencia como el país anfitrión intentan controlar a la población mediante una combinación de consentimiento y coerción. Los insurgentes utilizan todas las herramientas disponibles, incluyendo herramientas políticas (diplomáticas), informativas (incluyendo apelaciones a creencias religiosas, étnicas, históricas, nacionales, de clase, políticas, tribales o ideológicas), sociales, militares y económicas para derrocar o socavar una autoridad existente. Asimismo, el país anfitrión utilizará todas las herramientas disponibles para mantener la aceptación de su autoridad (...) En las contrainsurgencias, si el gobierno afectado quiere poner fin a la insurgencia, debe utilizar todos los instrumentos de su poder nacional para demostrar su legitimidad, derrotar a la insurgencia y reducir la probabilidad de que surja otra crisis».

go, indignarse y oponerse a lo inicuo no es siempre bastante para comprenderlo. Y, desde luego, comprender es siempre una condición imprescindible para llegar a la raíz de los problemas y solucionarlos.

En mi opinión, comprender el «antiterrorismo» pasa necesariamente por aceptar que, a diferencia de lo que el pensamiento político liberal (en este caso, la –en el sentido peyorativo del término– ideología liberal) viene pretendiendo, no es posible, en materia de represión del «terrorismo» (de la lucha armada), disociar Derecho y política; ni tampoco política y guerra. Y que, por ello, la idea de los «excesos» resulta completamente inadecuada para entender casi todo lo que pasa en el ámbito de la acción antiterrorista. Lo decía muy bien el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas argentina (*Nunca más*): hablando con propiedad, solamente son «excesos» aquellas acciones realizadas «con fines particulares, sin autorización de los superiores, al margen del accionar represivo»; lo demás son, simplemente, parte de dicho accionar, y de la política antiterrorista, pues²⁴.

Así, si la acción armada («terrorista») pretende poner en cuestión la «existencia auténtica» del «pueblo soberano» (que se pretende que es la fuente de la legitimidad del sistema político), la acción antiterrorista necesariamente ha de pretender lo contrario: reconfirmar, a través de acciones eficaces para ello, dicha «existencia»²⁵.

Ello nos lleva a otra palabra clave en esta materia: la de *normalización política*. Michel Foucault empleó el término normalización para referirse a aquella práctica de gobierno consistente en una determinación estadística de «lo normal» en un ámbito dado de la interacción social (digamos, del comportamiento en el conflicto político), en la evaluación diferenciada del riesgo de desviación de dicha normalidad en distintos grupos de población y en una acción gubernativa también diferenciada sobre cada uno de ellos, intentando aproximar el riesgo diferencial al estadísticamente normal. La normalización opera, pues, fundamentalmente sobre grupos de individuos, pretendiendo socializarlos, colectivizarlos como ciudadanos «normales», que no ponen en peligro la «seguridad de la población»²⁶. Aunque, desde luego, la acción gubernamental normalizadora acabe repercutiendo sobre el individuo, sobre sus derechos humanos. Naturalmente, la normalización de poblaciones posee vertientes amables (la vacunación o la prevención de riesgos laborales, por ejemplo), pero también otras facetas mucho más incómodas: como, por ejemplo, la

²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, en Serrano-Piedecabras Fernández/Demetrio Crespo (dir.), *Terrorismo*, pp. 133-134.

²⁵ PAREDES CASTAÑÓN, en Pérez Cepeda, *Terrorismo*, pp. 188-194.

²⁶ FOUCAULT, M.: *Seguridad, territorio, población*, ed. M. Senellart, trad. H. Pons, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 74-87.

eugenesia, o las políticas racistas contemporáneas (tan diferentes del racismo antiguo, medieval y moderno, al estar mucho más vinculado a consideraciones higienistas y securitarias específicamente normalizadoras y contemporáneas)²⁷.

Mi tesis es que la acción antiterrorista constituye, necesariamente, parte de una estrategia de normalización política de poblaciones: esto es, de socialización de dichas poblaciones en una determinada identidad política (la dominante), cuando existen grupos de población que no se atienen a la misma. Y que, por ello, resulta imposible (contra lo que la premisa –aquí, puramente ideológica– liberal pretende) disociar el aspecto puramente punitivo (individual) del aspecto político (colectivo) de la acción antiterrorista. Es decir, que, aun si se apuesta por una respuesta penal al «terrorismo» (quiero decir: una respuesta penal específica, excepcional: diferente de la que recibe un homicidio, una detención ilegal, un robo con intimidación, etc. en otras circunstancias), ella no será nunca una respuesta puramente penal, sino que conllevará también elementos orientados hacia la normalización política. Pues, precisamente, lo contrario carecería de sentido: si se tratase tan sólo de castigar por las muertes y por los sufrimientos humanos causados, por los daños materiales ocasionados, entonces el Derecho Penal antiterrorista resultaría superfluo. Pero no es así: es útil. No precisamente como herramienta de una política criminal racional (puesto que la amenaza específicamente terrorista resulta ser prácticamente siempre muy menor y, en todo caso, el antiterrorismo dudosamente contribuye a hacerla fracasar)²⁸. Pero sí como una herramienta más –entre varias– para la normalización política, para reafirmar una cierta identidad política dominante y reprimir otras alternativas que disputan a aquella su hegemonía entre ciertos grupos sociales. Se trata, pues, de un Derecho Penal eminentemente político, crudamente politizado: no solo en el trivial sentido de que sea expresión de una determinada política criminal, sino en el menos trivial –y más amenazador– de que aquí los procesos de criminalización y de punición son puestos al servicio del objetivo de proteger relaciones de inclusión/ exclusión de la comunidad política y relaciones de poder dentro de la misma²⁹, frente a (determinadas) concepciones políticas discrepantes.

²⁷ FOUCAULT, M.: *Hay que defender la sociedad*, ed. M. Bertani/ A. Fontana, trad. H. Pons, Madrid: Akal, 2003, pp. 74-76, 218-225.

²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, en Pérez Cepeda, *Terrorismo*, pp. 194-197.

²⁹ Que seguramente son las dos cuestiones políticas centrales, ya que cómo se resuelvan tiene numerosas consecuencias políticas (en la asignación de derechos fundamentales, en los principios de justicia social, en el diseño del sistema político, en la condición de ciudadanía, en los derechos de participación política, en el deber de obediencia a la autoridad política, en el alcance de la tolerancia y el respeto hacia la diversidad, etc.): vid. HEYWOOD, A./CHIN, C.: *Political Theory. An Introduction*, 5.ª ed., London/ New York/ Dublin: Bloomsbury Academic, 2023, pp. 71 ss., 156 ss.

VII

En la práctica, esta naturaleza mixta, entre lo punitivo (represión de actos individuales dañosos) y lo político (normalización de una población en una identidad política dominante), se pone de manifiesto en diversos fenómenos notables de las políticas antiterroristas. Señalaré algunos:

- La necesaria indeterminación de los contornos de los tipos penales de «terrorismo» por lo que se refiere a las acciones tipificadas (piénsese en el art. 573 del Código Penal español, como ejemplo paradigmático de ello) y su inevitable dependencia de componentes de Derecho Penal de autor (que, desde luego, puede ser mayor o menor: no son iguales el Derecho Penal inquisitorial, el nacionalsocialista y el español actual).

- El uso y abuso de las medidas cautelares y de la excepcionalidad procesal y penitenciaria.

- La usual –e inusitada, en otros ámbitos– continuidad entre medidas penales y medidas jurídicas no penales, todas ellas con fines normalizadores, que sólo se explica por formar parte de una misma práctica de gobierno de poblaciones. Piénsese, por ejemplo, en el caso español, en el efecto normalizador combinado de los tipos penales de «terrorismo» del Código Penal y de las disposiciones de la Ley de Partidos Políticos.

- La no infrecuente combinación –también inusitada en otros terrenos– entre medidas penales y acciones puramente bélicas. Los casos colombiano, israelí o norteamericano (en este último, sólo frente al «terrorismo internacional») son ejemplares al respecto. Pero, incluso en estados que, como España, Francia, el Reino Unido o Alemania, se han inclinado más por la represión penal de la lucha armada, también ha habido acciones puramente bélicas: todos los casos de «terrorismo de Estado» promovidos por los estados español y francés, las ejecuciones extrajudiciales de (presuntos) «terroristas» por parte de fuerzas militares y policiales británicas y de fuerzas policiales y paramilitares alemanas.

- La posibilidad, siempre presente, de pasar de la acción antiterrorista a la acción directamente genocida. Pues, si el antiterrorismo es ante todo una práctica de normalización de poblaciones, puede suceder que la represión individualizada no funcione. Y que, por ello, si las condiciones son idóneas para ello, la mejor vía para la normalización política consista en la eliminación pura y dura de grupos enteros de población (no normalizables). Esto, desde luego, no es pura teoría: los casos argentino o guatemalteco (o, ya antes, la acción norteamericana en Vietnam, o la británica en Kenia) constituyen ejemplos palpables de que esta posibilidad está siempre, al menos potencialmente, presente.

VIII

Acabo ya, volviendo a la película. *La battaglia di Algeri* me parece un buen pretexto para forzar a un debate sobre el «terrorismo» y el «antiterrorismo» que eluda los tópicos hegemónicos en la materia, que resultan –según he intentado argumentar– completamente inútiles desde el punto de vista teórico y profundamente peligrosos desde el punto de vista político. Nos conduce a hablar de estos temas en aquella sede en la que es pertinente hacerlo: en torno a la política (a la constitución de la comunidad política, a la legitimidad y a la soberanía, al poder constituyente, al conflicto entre un sistema político y sus enemigos). Y, por ello, conduce a cuestionar los problemas políticos (y de moralidad política) subyacentes a dicho debate. Y, cuando hablemos de estrategias, a discutir sobre ellas en serio, con moralidad, pero sin falsos moralismos: si aquella que recurre a la lucha armada es una causa justa, entonces habrá que discutir los límites de la acción armada moralmente justificable (que, en todo caso, no podrán superar aquellos fijados por el Derecho Internacional humanitario y por el Derecho Internacional de los derechos humanos), así como su efecto político sobre la comunidad en la que se lleva a cabo. Y si, por el contrario, hablamos acerca de acción «antiterrorista», entonces nos permite cuestionar si tal acción puede estar en algún caso moralmente justificada, dado su cariz normalizador. O si, por el contrario, no es suficiente con el recurso a los viejos mecanismos de protección jurídico-penal de la vida, de la integridad física, de la libertad y del patrimonio, sin tratamiento excepcional alguno que añada un efecto de represión política a la sanción del daño individual causado. Recurso que, en todo caso (y la advertencia es esencial), tiene que venir matizado por el reconocimiento del derecho a la desobediencia (y, en el caso extremo, a la rebelión) allí donde ello proceda.

Son todas estas cuestiones, desde luego, polémicas, confusas, difíciles. Pero sólo hablando así de claro podemos hacer algo de luz en torno a ellas. Chillando, insultando, lloriqueando (por desgracia, el tono más habitual del debate acerca del «terrorismo»), no haremos más que añadir confusión. Y no lo olvidemos, la confusión siempre tiene beneficiarios (usualmente, quienes manejan los resortes del poder).

109. EL ASEGURAMIENTO ESPACIAL DE LOS FOCOS DE PELIGRO. SOBRE LA FUNCIÓN DEL ALEJAMIENTO

MIGUEL POLAINO-ORTS
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

*A Jos de la Cuesta,
por todo y por tanto.*

I. REHABILITACIÓN, ESA «PALABRA ESTÚPIDA»

Obras literarias y cinematográficas de temática penal, procesal y penitenciaria hay, ciertamente, muchas. Algunas de ellas, clásicas ya, se cuentan entre las mejores del género artístico en cuestión, desde la literatura al cine. Se aborda en muchas de ellas, como en la vida misma, diversos aspectos del drama delictivo, algunos desde la óptica del penado que sufre la sanción (singularmente, la pena capital), desde la perspectiva de la víctima (tantas veces preterida por el sistema o por quien, en todo, caso, tenía la competencia de atenderla prioritariamente), desde el punto de vista del supuesto autor del delito, responsabilizado a veces con ligereza excesiva, con banalidad –e injusticia– censurable, o –en fin– otras, desde el prisma de la administración penitenciaria, a veces responsable de ulteriores victimizaciones institucionales basadas en la iniquidad, en la discriminación, en la desmesura. Las reflexiones sobre principios fundamentales del Derecho Penal o del derecho penitenciario que, en tales obras se contienen, se vinculan por lo general con un caso dramático

(real o ficcional), con un (anti)ejemplo paradigmático, con una imagen desgarradora, pero altamente expresiva para la sociedad. Precisamente por ello, el aparente laconismo de un aserto final, suele adquirir en tales casos, una dimensión expresiva de hondo calado en la narración del relato, ya sea en el texto literario, ya en el filme cinematográfico.

Una es esas películas es *The Shawshank Redemption*, de 1994, dirigida por Frank Darabont y protagonizada por Tim Robbins y Morgan Freeman. Estrenada en España con el título de *Cadena perpetua* y en Hispanoamérica con el de *Sueños de libertad*, en algunos países, o con el de *Sueño de fuga*, en otros, su guion argumental se basa en una novelita primeriza del luego exitosísimo Stephen King, publicada doce años antes, titulada *Rita Hayworth y la redención de Shawshank*. El filme narra la condena a dos cadenas perpetuas de un joven banquero acusado injustamente del asesinato de su esposa y del amante de ésta, su vida carcelaria posterior y la venganza que, durante años, idea contra el corrupto director de la cárcel, que –abusando de su cargo– instrumentaliza para actividades delictivas privadas, aprovechándose de sus muchos conocimientos financieros, con una apariencia de benevolencia penitenciaria pero sometiéndolo, al fin, a un trato despótico y degradante, del que finalmente termina, gracias a su audacia, fugándose, dejando al director a la intemperie de sus delitos flagrantes. El banquero, durante su largo y desazonante encierro, amista con un preso veterano, condenado igualmente a cadena perpetua, sometida a revisión periódica cada diez años, y que se dedica en prisión a contrabandear productos menores (principalmente, tabaco), lo cual es tolerado por los estrictos funcionarios de la prisión. La cinta recoge, por dos veces (a los diez y a los veinte años de la condena), la breve entrevista rutinaria entre el preso Red (representado por Freeman) y el comité que ha de valorar su rehabilitación. En ambas ocasiones la conversación discurre por caminos casi idénticos. El presidente del comité que decide la revisabilidad de la pena, interroga al preso contrabandista si considera que está rehabilitado, a efectos de recobrar la libertad anhelada. El preso, inútilmente optimista, asegura que lo está plenamente, que ha cambiado, que es otra persona y que es consciente del error de juventud en que incurrió. En ambos casos la petición de revisión de la condena recibe la misma expedita e inapelable respuesta: la denegación de plano. La entrevista vuelve a repetirse, otra vez, a los treinta años de cumplimiento de la pena. El preso, maduro ya, y escarmentado al cabo de los años idos, ha cambiado realmente y ya no muestra el falso entusiasmo de las oca-

siones anteriores. Pero es su sinceridad la que cambia, en este caso, el sentido de la decisión del comité. La conversación corre por este sendero:

- ¿Cree que se haya rehabilitado?
- ¿Rehabilitado? Bueno, déjeme ver. ¿Sabe? No tengo la más mínima idea de lo que eso significa.
- Significa que está listo para volver a la sociedad.
- Sé lo que cree que significa. Para mí es una palabra inventada. Demagogia para que ustedes los jóvenes puedan usar traje y corbata y tener un trabajo. ¿Qué quiere realmente saber? ¿Si lamento lo que hice?
- ¿Lo lamenta?
- No pasa un solo día sin que lo lamente. No porque esté aquí o porque Vd. crea debería. Recuerdo cómo era en esa época. Un joven estúpido que cometió un crimen horrible. Quiero hablar con él. Quiero hacerlo entrar en razón. Decirle cómo son las cosas. Pero no puedo. El joven se fue hace tiempo. Y sólo queda este viejo. Debo vivir con eso. ¿Rehabilitado? Es sólo una palabra estúpida.

No entraré aquí, claro está, en discutir –en cuestionar siquiera, siendo tan cuestionable– la «estupidez» del concepto. Lo era para el preso coprotagonista de la película. Su sincera reflexión en primera persona, como sujeto «paciente» de la pena de prisión permanente, vincula en todo caso la sanción con dos ideas distintas pero complementarias. De un lado, la pena es conjuración de un peligro; de otro, la pena es reconciliación consigo mismo y, también, con la sociedad.

Muchos son los aspectos, de uno y otro protagonistas que terminan en libertad (el banquero, gracias a su astucia, por vía de fuga; el contrabandista por vía de una finalmente alcanzada rehabilitación), que resultan de interés para el jurista, para el penitenciario, incluso para el ciudadano de a pie que ve cómo su libertad, su dignidad, su inocencia, se resquebrajan de la noche al día. Hoy querría dedicar este trabajo a algunos aspectos relacionados con el peligro, su asunción y su conjuración, a propósito de esa obra, o –en el plano teórico– desde la óptica penal, en relación a algunas de las instituciones penales (más) usadas en la actualidad: la de las penas (o medidas, cautelar o de seguridad) del alejamiento del foco de peligro que representan algunos sujetos reputados peligrosos.

En concreto, me referiré a la idea del necesario control espacial del riesgo personal ejemplificado en la figura del alejamiento (II), tanto desde su punto de vista histórico (II, 1) como actual (II, 2) y reflexionaré sobre los caracteres

y la función del alejamiento penal (III). Concluiré mis reflexiones con un par de ideas conclusivas a modo de resumen (IV).

Con ello, querría rendir homenaje a uno de los pensadores más finos de nuestra disciplina en las últimas décadas: el profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi. Su obra científica, francamente extensa y admirable, se vio impregnada desde sus inicios por el espíritu humanista de su maestro el profesor Antonio Beristain, de inolvidable recuerdo. Y, en ese contexto, su obra admirable versa sobre aspectos siempre relacionados con los valores esenciales de la persona y de la colectividad (excelentes, por ejemplo, sus aportes sobre los delitos medioambientales), y –especialmente– sobre aspectos controvertidos como la libertad, la seguridad, la dignidad de todos, también del sujeto privado de libertad. Uno de los temas que, desde muy temprano, llamó la atención del profesor De la Cuesta es el ámbito carcelario, el trabajo penitenciario y, más concretamente, el fin de resocialización de la pena oprimente dirigida al penado. A ello consagró su estupenda tesis doctoral, publicada en 1982, sobre el trabajo penitenciario y su virtualidad para satisfacer uno de esos fines complejos como es, singularmente, el de la resocialización personal¹, ese concepto inasible y «estúpido», permítanme la irónica alusión, en el sentido de la descripción señalada en boca de uno de sus sujetos pacientes de «ficción cinematográfica». En las páginas que siguen querría engarzar ese tema clásico (en el Derecho Penal y en la bibliografía ya inicial del profesor De la Cuesta) con el del alejamiento del delincuente peligroso, analizado, en especial, desde la óptica de su función en la dogmática penal. Consagro en honor del querido homenajeado esta colaboración en testimonio de admiración, afecto y cariño, antiguos y siempre renovados, por las conversaciones peruanas de años atrás y por las muchas horas que la lectura de sus obras admirables me ha deparado de solaz y de aprendizaje a modo de cabal maestría. ¡Por muchos años, querido Jos!

II. ALEJAMIENTO COMO ASEGURAMIENTO

1. Perspectiva histórica

El alejamiento del peligro ha sido, desde antiguo, una constante histórica en la historia de la humanidad. El ser humano ha pretendido siempre, bien como intuición bien como fruto de una decisión razonada, mantenerse alejado

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, pp. 125 y ss., esp. 148 y ss.

del peligro (animales salvajes, fuego, otros congéneres, etc.). Tanto es así que prontamente obtuvo conciencia el hombre de las *virtudes* de ese alejamiento. De esa manera, se comenzó a alejar el peligro como castigo represivo, pero especialmente como medida de *protección* y de *prevención*: el alejamiento del peligro se consideraba, especialmente, un modo de proteger a quienes se sufren las consecuencias inmediatas de ese peligro, así como un mecanismo de prevención de –más que probables: posibles– nuevos delitos. Por ello, no es de extrañar que ya en el Derecho romano existieran varias sanciones penales en las que se controlaba o se restringía espacialmente la libertad de movimientos del sujeto sospechoso, de modo que se mantenía controlado ese peligro a una prudente distancia.

El somero estudio de estas figuras, en las que ahora repararemos brevemente, pone de manifiesto que, en aquellas calendas, la *ciudadanía* se relacionaba íntimamente con la noción de *domicilio* y que la limitación del espacio se producía en sujetos a los que, por no ser ciudadanos del Imperio, se veía con desconfianza. El ciudadano romano tenía reconocido automáticamente el permiso de residencia en Roma; en cambio, para el ciudadano no romano la posibilidad de residencia dependía de la condición del sujeto, y –en última instancia– del grado de confiabilidad (seguridad) que tal sujeto pudiera brindar: si el sujeto era peligroso y, por tanto, la gente no confiaba en su seguridad, pocas posibilidades tenía de seguir viviendo en la *civitas*. La vinculación entre *ciudadanía*, *seguridad* versus *peligro* y *residencia* sigue desempeñando un papel importante en el mundo actual. Se trata, podríamos decir, de una idea antiquísima pero de rabiosa modernidad, en tanto que aún hoy informa la Política criminal moderna en materia, por ejemplo, de extranjería, aunque no sólo de extranjería: hoy como en Roma –y salvando las naturales distancias (pues la legislación actual resigna un fenómeno con autonomía propia y con principios inspiradores en gran parte radicalmente diversos a los del Derecho Penal del enemigo)– *el ciudadano nacional tiene reconocida automáticamente la residencia; puede perderla si denota especial peligro en su conducta; el foráneo tiene restringida la residencia; puede obtenerla, siempre que garantice seguridad*.

El Derecho romano conocía varias figuras que, de acuerdo con su naturaleza afflictiva, limitaban progresivamente el derecho de residencia, o más extensamente la capacidad de deambular libremente por el territorio del Imperio. Entre ellas se encuentran las instituciones del *exilium*² (destierro, que signi-

² Como documentan el Digesto justinianeo y otros textos de la época: D. 48, 22, 5; D. 47, 10, 45; C. 15, 61; Paul 5, 17, 3. Al respecto, GUTIÉRREZ ALVIZ, F., *Sub voce* «exilium», *Diccionario de Derecho*

ficaba la pérdida de la ciudadanía romana por traslado del domicilio a ciudad extranjera, pasando luego a pena mínima que obligaba al castigado a salir de los límites del Imperio), la *deportatio* (deportación, impuesta como pena desde el Emperador Tiberio como reemplazo de la medida administrativa de la interdicción del agua y del fuego –*interdictio tecto aqua igni*–, que constituía, en los tiempos anteriores a Sila, el mecanismo jurídico de que se valían los magistrados o los comicios «para librar de una vez para siempre a la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole entrar en el territorio de Roma bajo pena de muerte»³ y luego, como sanción penal, traía aparejada la pérdida de los derechos de ciudadanía y formaba parte de los llamados suplicios o penas intermedias⁴, especialmente en la modalidad penal⁵ de la *deportatio in insulam* o *deportatio ad insulam*⁶, que suponía la traslación forzosa del penado a una isla lejana pero perteneciente a Roma, sin fácil acceso y sin comunicación con otras colonias, donde se cumplía la condena, que a menudo se convertía en una sanción de duración perpetua o de imprevisibles consecuencias, a menudo fatales para el penado) y la *relegatio* (medida más liviana –*supplicia minimae*–⁷) sobre cuyos perfiles no nos podemos detener ahora más que de pasada.

En todo caso, quien infringía la pena de destierro o de deportación incurría es *proscripción*. Al proscrito, esto es, «al expulsado de esta manera que quebrantase la prohibición de regresar al territorio de Roma o de Italia se le consideraba enteramente como á un enemigo, y, por la tanto, se le colocaba fuera de toda comunión jurídica»⁸. Estas penas, desde sus orígenes en el Derecho romano⁹, se mantuvieron –con perfiles normativos variables– durante largos años en las legislaciones penales de muchos países, entre ellas en el Derecho Penal español, en las recopilaciones legislativas del Antiguo Régimen

Romano, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1948, p. 213.

³ MOMMSEN, T., *El Derecho Penal romano*, traducción del alemán por P. Dorado, tomo segundo y último, Madrid: La España Moderna, 1905 (reproducido ahora en edición facsímil: Pamplona: Analecta Editorial, 1999), p. 406, quien además anota que dicha «prohibición podía ser formulada en contra del ciudadano que se hubiera salido del territorio romano, contra el *exul*, mas no contra el ciudadano en cuanto tal. No se trataba de una sentencia penal, sino de un acto administrativo».

⁴ Cfr: Paul. 5, 17, 2; D 48, 19, 2, 1. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Sub voce* «deportatio», *Diccionario de Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 165.

⁵ DORADO, P., *El Derecho protector de los criminales*, tomo II, Madrid, 1915, pp. 96 y ss.

⁶ Cfr: D 48, 22, 6. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Sub voce* «deportatio in insulam», *Diccionario de Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 165.

⁷ Cfr: Paul. 5, 17, 2; D 48, 19, 4; D 48, 22, 7. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Sub voce* «relegatio», *Diccionario de Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 521.

⁸ MOMMSEN, *El Derecho Penal romano*, *op. cit.*, pp. 377 y s.

⁹ Cfr: TORRES AGUILAR, M., «La pena del exilio: sus orígenes en el Derecho romano», en *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 63-64, Madrid, 1993-1994, pp. 701 y ss.

así como desde el primer Código penal de 1822¹⁰, aunque en España encontraron un firme, frontal y bellísimo alegato en la obra de Concepción Arenal¹¹, autora de una obra bellísima sobre la deportación aplicada en países anglosajones en dirección a Australia.

2. Previsión y ámbito de aplicación en la legislación española

La medida de alejamiento, ya sea como deportación ya como en forma de cualesquiera otra forma de aseguramiento espacial, se ha mantenido en la legislación de todos los países a lo largo de los años hasta nuestros días, hasta el punto de constituir pena principal, ya pena accesoria, medida de seguridad penal, regla o condición potestativa de conducta para decretar la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad (*ex art. 83.1 CP*), en la sustitución de la pena de prisión (*ex art. 88.1*, en relación con el 83.1 CP) o en la libertad condicional (*ex art. 90.2*, en relación con el 83.1 y con el 96.3 CP) o –incluso– como medida cautelar antes de la conclusión del proceso o, como medida de seguridad, con posterioridad a él, a determinados sujetos peligrosos que se caracterizan por su persistente falta de fidelidad a la norma poniendo en grave peligro a los demás ciudadanos y, con ello, la estabilidad de la vida comunitaria. No es posible incidir ahora ello. Pero los ámbitos de la violencia doméstica¹², tanto en el plano penal como procesal (como medida cautelar art. 544 *ter* LECrim¹³), como en el ámbito original del terrorismo o de criminalidad orga-

¹⁰ Una precisa relación de precedentes históricos de estas medidas (deportación, confinamiento, destierro, extrañamiento, prohibición de residencia, etc.) desde el primer Código penal español en FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30 a 42.

¹¹ ARENAL, C., *Obras completas*, tomo décimo, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1895.

¹² Al respecto, RUBIALES BÉJAR, E.E., «Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados con la violencia doméstica», en Morillas Cueva, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 2002, pp. 411 y ss. Perspectivas comparadas en OLMEDO CARDENETE, M., «La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa», en Morillas Cueva, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, op. cit., pp. 609 y ss. Sobre la génesis de la regulación española, más ampliamente, OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona: Atelier, 2001, pp. 17 y ss.

¹³ *Cfr.*, sobre estas medidas, MAGRO SERVET, V., «La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999 de 9 de junio y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas», *La Ley*, núm. 4850, 29 de julio de 1999, pp. 1 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M., «Algunos aspectos de las medidas cautelares en el proceso penal», *La Ley*, núm. 1998-5, pp. 1505 y ss.; TIRADO ESTRADA, J.J., «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos

nizada o en otros ámbitos como la delincuencia sexual, es evidente el desarrollo y la aplicación de este alejamiento como sanción propia y adecuada a los ámbitos delictivos mencionados, ya sea como prohibición del derecho a residir en el lugar de comisión del delito, ya como prohibición del acercarse a la víctima, familiares, allegados o persona que el tribunal determine, a efectos de mantener sus derechos en peligro.

III. CARACTERES Y FUNCIÓN DEL ALEJAMIENTO

Si pudiéramos resumir, en un intento de esquema muy esquelético, las medidas o penas de alejamiento podríamos decir que éstas consisten en el *aislamiento* o *encapsulamiento* físico del foco de peligro que representa el delincuente peligroso. Y si pudiéramos reducir esas sanciones a categorías, las reduciríamos a dos grandes grupos: de un lado, las de alejamiento *personal* (en la que se integrarían la prohibición de comunicación con la víctima, familiares u otras personas) y aquellas otras de alejamiento *espacial* (donde incorporaríamos las prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, así como la de acercamiento a las víctimas u otras personas). Las dos modalidades tienen por objeto *asegurar*, de manera inmediata y efectiva, *un espacio de libertad* para las víctimas mediante la separación fáctica entre ellas y el autor; y, asimismo, de manera mediata, *asegurar una convivencia segura* en la Sociedad en su conjunto. El legislador español suele prestar atención a la primera perspectiva (protección de las víctimas), aunque sea a costa de la libertad de movimientos o de decisión del sujeto peligroso. Así lo declaró expresamente el propio legislador español, en relación a la medida cautelar de alejamiento¹⁴, al expresar que estas figuras «persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de

tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *La Ley*, núm. 4888, 21 de septiembre de 1999, pp. 1 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis», *Actualidad Penal*, núm. 11, 2000, marginal 237 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M., «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, núm. 32, septiembre 2002, pp. 803 y ss.; RUBIALES BÉJAR, E.E., «Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados con la violencia doméstica», *op. cit.*, pp. 413 y ss., 417 y ss.

¹⁴ Sobre la idoneidad de que las medidas cautelares sirvan también para prevenir delitos, RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prisión provisional y prevención de delitos. ¿Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho Penal del enemigo?», en Cancio Meliá, M. / Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires: Edisofer - B de F, 2006, pp. 732 y s.

una nueva medida cautelar que permita el *distanciamiento físico entre el agresor y la víctima*, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias»¹⁵.

– La primera característica de estas sanciones, es pues, la *restricción física de derechos fundamentales*¹⁶, en tanto limitan importantes derechos de la personalidad del sujeto, como la libertad de movimientos u otros como la elección de lugar de domicilio o de trabajo, libertad de relacionarse con los demás, libertad de expresión, etc.¹⁷, lo que llega a veces a situaciones francamente complejas en la realidad¹⁸, que, en todo caso, ponen de manifiesto la *dimensión fáctica* de la peligrosidad¹⁹.

– Además, se permite la previsión *cumulativa* de las diferentes modalidades de alejamiento (prohibición de aproximación, comunicación, residencia y acudimiento a concretos lugares), con la interferencia que esas medidas representan junto a la pena de prisión²⁰.

– Por lo demás, en muchas ocasiones se hace *primar* el aseguramiento espacial sobre la propia presunción de inocencia del sujeto contra quien se dirigen²¹, muchas veces meramente *presunto*, como se ve muy claramente en

¹⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al respecto, también, MAGRO SERVET, V., «Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica», *La Ley*, núm. 5562, Lunes 10 de junio de 2002, apartado I; también, QUERALT I JIMÉNEZ, J.J., «La última respuesta penal a la violencia de género», *La Ley*, año XXVII, núm. 6420, Lunes 13 de febrero de 2006, texto con nota 37, quien señala que las medidas cautelares de alejamiento «tienden a asegurar el no contacto ni físico ni por cualquier otro medio entre la víctima y el victimario».

¹⁶ Pena privativa de derecho es el calificativo que el propio legislador atribuye a estas prohibiciones físicas. Cfr. art. 39 CP, conforme a la redacción de la LO 15/2003.

¹⁷ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en Gracia Martín, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 144.

¹⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., «La controvertida legitimación del Derecho Penal en las Sociedades modernas: ¿más Derecho Penal?», en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2006, p. 740, pues prohibir al sujeto acercarse a cualquier lugar que pueda ser visitado por la víctima, familiares o allegados es, especialmente en poblaciones reducidas (pero no sólo en ellas), tanto como «prohibirle que salga de su casa y por supuesto algo de muy dudoso posible cumplimiento».

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edic. revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001, p. 165.

²⁰ Así, también, FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia...*, op. cit., p. 77; ACALE SÁNCHEZ, M., «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla, D./Fuentes, F. (ed.), *Mujer, violencia y Derecho*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2006, p. 102.

²¹ Hasta el punto de que MÜSSIG, B., «Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio», traducción de CANCIO MELIÁ, en Id./GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., vol. 2, p. 389, considera que «en un Derecho Penal del enemigo la presunción de inocencia no tiene un espacio conceptual en cuanto garantía personal».

los supuestos de medidas cautelares de alejamiento²², técnica, sin duda, censurable, ilógica²³ y cuestionable²⁴.

– La sanción de alejamiento representa una *anticipación* del ámbito de protección penal mediante la represión o restricción de derechos fundamentales, un adelantamiento al estadio previo a la lesión del bien jurídico²⁵, lo que la convierte en un medio no tanto represivo-sancionador cuanto preventivo, asegurativo o cautelar, de acuerdo con el cambio de paradigma (prospectivo por retrospectivo) señalado por el funcionalismo.

– Y, paralelamente, el alejamiento no supone tanto una reacción frente al *hecho cometido* (desde la óptica *retrospectiva*) cuanto a la *peligrosidad del sujeto* (desde el punto de vista *prospectivo*).

Desde esta óptica, el alejamiento del agresor (ya sea en forma de medida cautelar, de medida de seguridad o de pena) constituye una reacción frente a *especiales fuentes de peligro*, que se depersonalizan (autoexcluyen) parcialmente al faltar el respeto mínimo a los demás ciudadanos al crear una inseguridad cognitiva incompatible con la personalidad en Derecho. De este modo, el alejamiento, cumple algunas funciones que deben delimitarse dogmáticamente:

– Según FARALDO, la función oscila entre dos polos, a saber: si «se pretende prioritariamente tutelar los intereses de la víctima y de las otras personas protegidas o bien si se busca básicamente tutelar el interés estatal en la prevención especial negativa, en su modalidad de inocuización del delincuente»²⁶, sosteniendo al fin que finalidad del alejamiento «sólo puede ser la prevención especial, tanto negativa como positiva, esto es, en evitar la repetición de hechos delictivos por parte de quien ya ha cometido alguno, habiéndose realiza-

²² Sobre la problemática en cuestión, más ampliamente, MARTÍNEZ RUIZ, J., «Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico», en Morillas Cueva (coord.), *op. cit.*, pp. 449 y ss.

²³ Como reconoce acertadamente, por ejemplo, LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 94: «(e)stas prohibiciones, muy razonables en algunos casos, serán muy ilógicas en otros. El legislador presume que todos los supuestos de violencia doméstica tienen una misma gravedad, y por ello obliga al juez a adoptar estas medidas independientemente del peligro concreto y de la problemática peculiar el caso».

²⁴ ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, tomo I, Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 45.

²⁵ Sobre dicha técnica, exhaustivamente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.^a I., «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Coordinado por Morales Prats, F./Quintero Olivares, G., Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001, pp. 685 y ss.

²⁶ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia...*, *op. cit.*, p. 191.

do un juicio de peligrosidad que indica una alta probabilidad de que ello suceda si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo»²⁷.

– Esta limitación es reduccionista, a mi juicio, porque el sujeto (particularmente) peligroso lo es no *per se*, sino *erga omnes*, esto es: frente a toda la sociedad, y es a ésta (y a todos sus integrantes) a quienes hay que proteger frente al peligro del delincuente.

– Desde este punto de vista, una función inmediata de la norma sería, en este caso, el de *blindar un espacio de libertad en el que la víctima pueda ser persona en Derecho*, y una mediata vendría constituida por la *posibilitación del desarrollo de la vida social*, de suerte que el alejamiento reintegra, también, y muy principalmente, una *garantía mínima de seguridad cognitiva* que, en cambio, sí presentan quienes se comportan y respetan a los demás como personas en Derecho, posibilitando de tal modo la convivencia social.

– En definitiva, con el *alejamiento se protege a las víctimas directas*, pero también se protege *a toda la Sociedad*, de suerte que el alejamiento no es mera inocuización del delincuente peligroso²⁸ sino primordialmente reacción de prevención general *positiva* cuyo efecto trasciende a toda la Sociedad: en dos palabras, alejar al foco de peligro confirma, ante todo, la estructura normativa de la Sociedad.

IV. CONCLUSIONES

Hemos arribado al fin de nuestras reflexiones. Llegados a este punto resumimos la exposición en las siguientes conclusiones:

1. El alejamiento espacial del delincuente especialmente peligroso ha sido una constante histórica en la evolución del Derecho Penal. Sus primeras y muy variadas manifestaciones hunden sus raíces en el Derecho romano, donde el alejamiento del peligro manifestado por diferentes autores de delitos particularmente graves era objeto de medidas coercitivas basadas en el apartamiento físico del foco de peligro.

2. Los rasgos característicos de los diversos mecanismos de apartamiento físico del delincuente peligroso se han mantenido y acentuado en las

²⁷ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia...*, op. cit., p. 209.

²⁸ A lo cual lo reduce, empero, de manera excesivamente simplista, FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia...*, op. cit., pp. 195 y 209. No se trata de inocuización *per se* (perspectiva del delincuente, aspecto negativo –quebrantamiento– de la norma) sino de algo mucho más trascendente: fomento positivo de la vigencia protectora de la norma (perspectiva de los ciudadanos, aspecto positivo de la norma).

legislaciones modernas, tanto en el plano procesal (como medidas cautelares) como en el ámbito penal (a modo de medidas de seguridad o de penas).

3. El alejamiento como sanción comparte, en el Derecho actual, las características de neutralización de riesgos del Estado frente a delincuentes peligrosos: se trata de neutralizar con el plus de aseguramiento coercitivo estatal el déficit de seguridad que ofrecen los autores de delitos especialmente peligrosos.

4. La función del alejamiento en el sistema sancionatorio penal no responde ni única ni prioritariamente a un esquema de prevención especial. Aunque se destinen a neutralizar el plus de peligrosidad manifestada por delincuentes peligrosos con sus conductas delictivas responde, más bien, a un criterio de prevención general positiva.

110. ¿ESTANCAMIENTO DE LA AGENDA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR? PERSPECTIVAS DE REFORMA ¹

ESTHER POMARES CINTAS
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Jaén

I. REPERCUSIONES DE LA VISIÓN ULTRALIBERAL DEL ABORDAJE DE LA INMIGRACIÓN EN LA UE

1. Gestión utilitarista de los flujos migratorios

El eje de la rentabilidad económica del ser humano en el modelo socioeconómico neoliberal, y la transformación del sistema de producción mundial, han provocado un vertiginoso incremento de las desigualdades entre los territorios. En un contexto de interdependencia de las economías, que implica a trabajadores del mundo entero a través de cadenas de suministro mundiales, se generaliza la externalización de las condiciones de trabajo a través de modelos de subcontratación. Es una hoja de ruta que, al mismo tiempo que subasta a la baja el techo social, ha debilitado la cadena de custodia de las condiciones laborales.

Este prisma ultraliberal ha teñido también las políticas globales de gestión de los flujos migratorios, particularmente rígidas desde la crisis económi-

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) «Análisis de las propuestas legislativas de lucha contra la esclavitud moderna y de las obligaciones de diligencia debida de las empresas en España» (APROES). PID2022-141837OB-I00.

ca y financiera global de 2008. De un lado, la inmigración se concibe como una herramienta utilitarista, es decir, como una variable de ajuste del mercado de trabajo mundial². Esta vertiente puramente económica, que se plasma en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 2008 «como parte de un enfoque basado en las necesidades de los Estados miembros» e íntimamente ligado a los ejes de «la competitividad y el crecimiento económico», toma cuerpo en la Directiva 2009/50/CE, ulteriormente actualizada por la Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación. Esta clara forma de saquear las capacidades (los trabajadores cualificados) de los países de origen³ discurre paralelamente a un sistema excluyente del perfil del inmigrante económico no cualificado que proviene de sectores empobrecidos. Recuérdese que, entre 2008 y 2009, coincidiendo con el impacto de la crisis económica, el Derecho de la UE impulsa una batería de medidas orientadas a desproteger a los trabajadores-inmigrantes-irregulares; se institucionaliza un *estatus de inferioridad legal y desprotección jurídica* (Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular), que les *inocuiza* y condena permanentemente a un estado de grave riesgo de abuso y explotación. Partiendo de ese estatuto denegatorio, la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, *los abarata* ante una situación de ocupación efectiva: les elimina cualquier prestación o garantía social reconocida a cualquier otro trabajador explotado, si es incompatible con su situación administrativa. Dicho de otro modo, se les incorpora inicialmente en la producción de bienes y servicios *lícitos* como trabajadores *ilegales*, pero *legalmente* abaratados. Y esa *espada de Damocles* pende también sobre la cabeza del inmigrante legal, cuya estabilidad administrativa descansa sobre bases frágiles y sistemáticamente revocables a la baja. Es una expresión más de la normalización de la explotación, que camina de modo paralelo al apuntalamiento, en territorio europeo, de los pilares de una economía informal resultante del abaratamiento del estatuto del trabajador asalariado europeo, concebido al albur del programa de liberalización global del mercado de trabajo y plasmado en la ecuación del máximo rendimiento-beneficio/mínimo coste laboral: «mano de obra» «adaptable» a «mercados la-

² NAÏR, S., *Europa encadenada: el neoliberalismo contra la Unión* (trad. de E. Pomares Cintas), Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2025, pp. 153 ss.

³ *Op. cit.*, pp. 156, 157.

borales con capacidad de respuesta al cambio económico» (art. 145 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1-12-2009).

Los incesantes movimientos de personas provenientes de sectores empobrecidos y no cualificados hacia las regiones más desarrolladas son el signo de la época; a ello se suma, desde 2015, el fenómeno, sin precedentes, de los llamados «modernos grandes desplazamientos mixtos», una movilidad humana caracterizada por la confluencia, en las mismas rutas, de inmigrantes económicos y solicitantes de asilo, que huyen de conflictos armados o de la erosión medioambiental. En 2016, se reconoce que «los factores que impulsan los flujos migratorios actuales tienen vocación de permanencia» (Comunicación de la Comisión europea sobre el Primer informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración) y que, asimismo, «se han vuelto habituales» las afluencias de solicitantes de asilo y protección internacional prolongadas (Declaración de Naciones Unidas para los Refugiados y los Migrantes, de 19 de septiembre de 2016). Es el rostro de los flujos migratorios contemporáneos.

A su vez, las inútiles respuestas en nombre de la lucha contra la inmigración ilegal (como las de la ONU y la UE) han marcado también el signo de la época, como veremos más adelante: hoy, tanto los inmigrantes económicos como los solicitantes de asilo y refugiados, confluyen en las mismas fronteras hostiles, enfrentándose un mismo calvario desesperado, a un tránsito encarecido y peligroso y a un destino incierto.

2. Principales repercusiones: el abordaje de la inmigración legal desde la plataforma de combate de la inmigración irregular

Conviene subrayar que la respuesta de la ONU ante las presiones migratorias se proyectó exclusivamente sobre la punta del iceberg, atacando a los pasadores de fronteras que facilitaban, a cambio de precio, traslados a quienes deseaban establecerse en otro país, porque no contaban con la posibilidad legal de hacerlo. El Protocolo de Palermo, de 15 de noviembre de 2000, *contra el Tráfico ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire*, se concibió como complemento de la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*, del mismo modo que lo fue también el Protocolo *contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego*. Este es un dato significativo porque denota que el instrumento internacional que obligó a tipificar como delito el tráfico ilegal de migrantes nació descontextualizado. No se formuló sobre la premisa de com-

prometer conjuntamente a los Estados a hacer frente, por vías de cooperación estructural, a las causas de los desplazamientos migratorios contemporáneos, ni articuló una plataforma para neutralizar las brechas de desigualdad entre los territorios, o cuestionar el modelo económico hegemónico que las sustenta ni la visión utilitarista del inmigrante. Las raíces del problema y la necesaria visión de fondo quedaron, pues, ocultas tras el nuevo delito. Debido a su carácter eminentemente penal, el Protocolo de Palermo de 2000 desencadenó políticas migratorias represivas en los países más desarrollados (véase, en este sentido, Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, M.G. Giammarinaro, de 17 de julio de 2020).

En el marco de la Unión Europea, el blindaje frente a las migraciones de nacionales de terceros países es un objetivo comunitario relacionado con el control de las fronteras exteriores y la gestión eficaz de flujos migratorios. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ha convertido –y consolidado– la «lucha reforzada» contra «la inmigración ilegal» en la vertiente principal de «una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios» (arts. 79.1, 79.2 c. TFUE)⁴.

Ello ha significado proyectar, desarrollar y apuntalar no sólo un enfoque utilitarista de la inmigración basado en la semántica de cupos y perfiles según necesidades del mercado, sino también diseñar y poner en práctica una nutrida plataforma represiva que aborda la inmigración legal solo a partir de la óptica centrada en términos de combate de la inmigración irregular: es el ideario del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 2008 que se reproduce, reforzado, en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 2023.

Las repercusiones de esta política son claras:

(a) Impulsa la fuga de trabajadores cualificados de los países de origen, desmantelando toda idea de cooperación al desarrollo.

(b) Ha ido reduciendo severamente los sistemas legales de entrada, permanencia, circulación y trabajo en el territorio de la UE. La herramienta táctica de la armonización de legislaciones internas para transponer el Derecho producido por la UE⁵ en aras de sus objetivos ha logrado implementar la

⁴ Este ideario se sella en el art. 2 bis, g) y h), LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx.), incorporado por la LO 2/2009.

⁵ Vid. De la Cuesta Arzamendi, J.L./Pérez Machío, A.i./Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. (dirs.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, 2013; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «El proceso de integración penal europea», En De la Cuesta Arzamendi/De la Mata Barranco/banco Cordero (coords.), *Adaptación del Derecho Penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, pp. 27 ss.

autorización de residencia-trabajo y la contratación en el origen, como medidas clave encaminadas a neutralizar el recurrente «efecto llamada» y disuadir políticas de regularizaciones unilaterales por los Estados miembros (véase recientemente –29 de enero– el debate impulsado por el Partido Popular Europeo sobre «la política de regularización a gran escala de España y su impacto en el espacio Schengen y en la política migratoria de la UE», y la deriva ultra-conservadora de la UE).

(c) Abordar la inmigración legal según un enfoque centrado en la lucha contra la inmigración irregular ha logrado deteriorar el estatuto de las personas solicitantes de asilo, cuyo tratamiento, a partir de 2015, ha acabado asimilándose a una cuestión de inmigración ilegal. En efecto, el derecho de entrada y las condiciones de la solicitud de amparo han sufrido serias restricciones a través de la puesta en práctica de políticas de externalización de la gestión de los flujos migratorios y de laberintos burocráticos⁶.

(d) Endurecer las condiciones de entrada y restringir canales legales de migración ha producido el efecto de encarecer y hacer más peligrosos los desplazamientos transfronterizos, además de alentar la industria de los pasadores de fronteras para eludir regímenes de migración cada vez más rígidos. Se ha logrado, en definitiva, aumentar exponencialmente la población inmigrante irregular en territorio europeo. Y, al mismo tiempo, ha fomentado la ocupación de este colectivo en sectores productivos no cualificados.

Dentro de esta retórica, la figura del inmigrante irregular es considerada fuente por excelencia de competencia desleal o *dumping* (expresamente, art. 15.3 Ley 3/1991, de Competencia Desleal, introducido por LO 14/2003). La economía informal, que en Europa representa entre el 13,2 y el 16,8 % del empleo total, se califica como foco problemático cuando se transforma en «atractivo» para la inmigración irregular.

Por lo tanto, nada puede extrañar que, ya en la primera década de los años 2000, coincidiendo con la etapa de la crisis económica, se haya acentuado la *vulnerabilidad institucional* de las personas inmigrantes (incluidas las solicitantes de protección internacional), que son precisamente quienes reúnen el perfil de víctimas de las prácticas más extremas de explotación⁷.

⁶ POMARES CINTAS, E., «La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio». *Eunomia*. 2014, pp. 158 ss.; de la misma autora, «La generalizzazione della privazione di libertà dei richiedenti protezione internazionale nello spazio giuridico europeo», *Rivista Altre Modernità*, Università degli Studi di Milano, 2019, pp. 1 ss.

⁷ Cfr. OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*. Informe I (B), p. 2; Informe AC-CEM (2022), *Empresas, trata y derechos humanos: ¿Qué vinculación?*; Cuarto Informe General GRETA (2013)16, <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/spain>; Protocolo OIT, de 11 de junio

Y, al hilo de ello, los sectores productivos etiquetados hoy con el sello de «alto riesgo» de explotación ilícita son, en realidad, una forma de indicar, no tanto factores de explotación extrema o una acusada precarización estructural (que afecta a todo trabajador asalariado europeo), sino espacios llamados al control por la presencia de inmigración irregular⁸.

II. LOS PILARES DE LA CRIMINALIZACIÓN DE TERCEROS EN LA OPERACIÓN MIGRATORIA ILEGAL

1. La variante europea del delito de tráfico ilegal de migrantes se distancia del marco internacional

En el ámbito de la UE, la decisión de castigar la colaboración de terceros en la inmigración irregular se vinculó, desde los inicios, al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. Se instaba a los Estados miembros a sancionar la ayuda a la entrada o permanencia en el territorio de un Estado miembro quebrantando su legislación de extranjería (art. 27.1), incluyendo expresamente prohibiciones y medidas de control de los transportistas profesionales (art. 26; Directiva 2004/82/CE). Sin embargo, la persecución de esas conductas no necesariamente debía de articularse por la vía penal.

El paso de calificar como *delito* la intervención de terceros en la operación migratoria ilegal tuvo lugar no sólo antes de que el Protocolo de Palermo formara parte integrante del Derecho de la UE (24-7-2006), sino cuando ni siquiera había entrado en vigor (28-1-2004). En efecto, el 28 de noviembre de 2002, la UE aprueba la Directiva 2002/90/CE, *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* y la Decisión marco 2002/946/JAI, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares*.

de 2014, relativo al Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso; Resoluciones del Parlamento Europeo, de 12 de mayo y de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos; UNODC (2023), *Global Report on Trafficking in Persons*; PÉREZ MACHÍO, A.I., «Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular», *EPC*, 36, 2016, pp. 371 ss.; <https://www.publico.es/sociedad/migracion/explotacion-laboral-ceba-migrantes-espera-papeles-comia-vez-dia.html>.

⁸ Comunicación de la Comisión, de 29-9-2021, sobre la aplicación de la Directiva 2009/52/CE; POMARES CINTAS, E., «La normalización de la explotación del ser humano: la reescritura de las reglas del mercado de trabajo», En, *Le nuove frontiere della tutela penale della persona/ Las nuevas fronteras de la protección penal de la persona*, Napoli, 2025, pp. 305 ss.

Hasta tal punto es el celo represivo de la Directiva que ha sobrepasado con creces el campo de aplicación del delito de tráfico ilegal de migrantes tipificado en el Protocolo de Palermo. La normativa comunitaria es un cheque en blanco que permite a los Estados miembros perseguir con el arma penal cualquier ayuda a la inmigración irregular, también la individual o esporádica –no se exige el componente de la delincuencia organizada–, o la que se produce entre familiares o seres queridos, incluso la ayuda humanitaria –no se exige ánimo de lucro–.

No son, pues, las mafias o grupos dedicados al cruce irregular de fronteras el objeto único –ni principal– de persecución. Téngase en cuenta que la Directiva incluye una suerte de cláusula (art. 1.2) que autoriza a los Estados miembros a no criminalizar la ayuda a la entrada cuando responda al objetivo de «prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate», como las operaciones de búsqueda y salvamento de conformidad con el Derecho internacional, la asistencia médica o sanitaria, y también la asistencia jurídica.

En realidad, tras la mencionada «excepción humanitaria» se enmascaran cuestiones esenciales:

(a) Es una forma de no comprometer el alcance del delito que resultaría de la exigencia expresa de ánimo de lucro.

(b) Es una forma de reconocer oficialmente las situaciones extremas que atraviesan los inmigrantes con necesidades de migrar, que se deben sobre todo a las políticas que merman drásticamente los canales de la migración regular.

(c) Confina el perfil de la solidaridad humana que debe ser salvada de la hoguera penal⁹. El impulso despenalizador no llega a otras solidaridades que también salvaguardan la dignidad humana pero que responden a motivaciones de índole emotiva o familiar.

Se observa, pues, que el delito de tráfico ilegal de migrantes procedente del Derecho de la UE se desmarca completamente de las coordenadas del marco internacional (Protocolo de Palermo) porque responde a la máxima comunitaria del art. 79 TFUE: política de control de las fronteras para «garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios». La defensa de este interés ha maximizado el alcance del delito de colaboración en la entrada,

⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjereros. Propuesta reinterpretativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, 2023, pp. 1 ss.; MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18, 2016, pp. 1 ss.

circulación o permanencia ilegales de extranjeros: toda ayuda representa una ofensiva al control de las fronteras. Sobre la base de esos comportamientos punibles, la Decisión Marco 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación, y estancia irregulares, establece las directrices que deben regir su tipificación penal: la intervención de la delincuencia organizada tan solo se prevé como modalidad agravada.

En consecuencia, ninguna de las conductas nucleares previstas en la Directiva (art. 1.1) sería constitutiva del delito de tráfico ilegal tipificado en el Protocolo de Palermo, porque éste condiciona el relieve penal a la concurrencia de tres elementos cardinales: intervención de un grupo organizado dedicado al cruce irregular de fronteras, la finalidad de obtener un beneficio económico a cambio de la operación migratoria ilegal y carácter transnacional (art. 6, en relación con el art. 4.2).

2. La condición migratoria ilegal del extranjero como sustrato de la criminalización

Como se desprende de la tipificación internacional y europea del delito de *tráfico ilegal de migrantes*, la conducta colaboradora parte del consentimiento del extranjero en la operación migratoria ilegal y gravita en torno de la vulneración de la normativa administrativa sobre entrada, circulación o permanencia de extranjeros. Por lo tanto, ni la finalidad lucrativa, ni el factor de la intermediación de grupos organizados, invalidan el consentimiento del extranjero en la operación migratoria: el extranjero objeto de la ayuda no es considerado víctima.

La singularidad de delito de *tráfico ilegal de migrantes* deriva exclusivamente de quien es objeto de la ayuda: ser *extranjero-inmigrante-ilegal*. En otras palabras, es la *condición migratoria ilegal* del extranjero la pieza clave de la relevancia penal de la conducta colaboradora en el desplazamiento transnacional o en la permanencia ilegal.

La lucha contra la inmigración ilegal en la UE se apoya, como sustrato de peligrosidad, en una condición en la que lo que prima no es el comportamiento sino la pertenencia del extranjero a una señal de identidad colectiva: extranjero-inmigrante-clandestino, que no ha sido invitado para entrar ni para estar o trabajar, pero se encuentra –o puede intentarlo– «entre nosotros». El sistema le atribuye la responsabilidad de su condición de inmigrante «malo»¹⁰.

¹⁰ Cfr. DE GIORGI, A., *Il governo dell'eccedenza*, Ombre corte, Verona, 2002, p. 114; PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*,

Los términos «clandestinidad», «irregularidad» o «ilegalidad» de la operación migratoria van anudados, pues, a esa seña de identidad para denotar que el inmigrante irregular no es sólo el objeto de la ayuda criminalizada, sino el objeto de persecución y control, cuya presencia en territorio europeo se pretende combatir¹¹. Por ello se percibe toda ayuda –en todas sus etapas (traslado, entrada, permanencia)– como un peligro para las condiciones de seguridad dentro de las fronteras interiores de la UE. Y es lo que explica que se criminalice un amplio espectro de conductas colaboradoras en la entrada o circulación ilegal, con o sin ánimo de lucro, con o sin intervención de grupos organizados, o incluso intermediando la generosidad de las ayudas entre familiares o, en su caso, la ayuda humanitaria.

El marco normativo armonizador de la UE ha ido perfeccionando su estrategia de control construyendo la *condición migratoria ilegal* bajo un estatus jurídico denegatorio, en dos niveles.

En primer lugar, el extranjero no goza del derecho a la entrada, a la libre circulación, de residencia, de acceso a un puesto de trabajo, o al sistema de protección social, sólo bajo las condiciones que impone el Estado receptor, a las que estará permanentemente sometido; precisa, por tanto, de unos presupuestos que son los que le capacitan, pero limitadamente, a participar en la sociedad de acogida. A ello se suma el abaratamiento del trabajador inmigrante irregular en situaciones de ocupación efectiva (Directiva 2009/52/CE).

En segundo lugar, con el objetivo de debilitar al inmigrante irregular en territorio europeo, se ha logrado normalizar una singular semántica de carácter excluyente e inocuizador, sin parangón en las tradiciones constitucionales de los sistemas democráticos europeos¹². Es una plataforma pragmática, salpicada de figuras jurídicas e infraestructuras híbridas en torno al denominado efecto útil de la *expulsión* como respuesta principal. La mencionada Directiva 2008/115/CE es la carta de presentación de un modelo armonizador que impli-

Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 105 ss.; DE LUCAS, J., «El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000», *Jueces para la Democracia*, 38, 2000, p. 8; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, pp. 133 ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», En, *Serta in memoriam Alexandri Barrata*. Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1466, 1474.

¹¹ DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario: de «objeto material» a «tipo de autor» en el control penal de la inmigración», *Revista Penal*, 4, 2013.

¹² POMARES CINTAS, «La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio», cit., pp. 153 ss.; PÉREZ ALONSO, E.J., «Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el tráfico de personas», en, *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires, 2009, pp. 409 ss.; DE LUCAS, F.J., «Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?», *Jueces para la Democracia*, 43, 2002, pp. 62 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, 2009, pp. 1 ss.

ca también la expulsión del extranjero de la universalidad de derechos fundamentales: la condición migratoria ilegal es la llave que habilita detener al extranjero (sin causa por delito) y encerrarlo (administrativamente) en centros de internamiento creados para *extranjeros* (art. 16), por un tiempo que puede alcanzar hasta 12 meses (art. 15, apartados 5 y 6). Además, como medida complementaria a la expulsión, se le prohíbe volver a intentar entrar en el territorio de ningún Estado miembro (art. 11.1).

La ola de pragmatismo en torno a la lucha contra la inmigración irregular ha encontrado también la complicidad de la institución que había sido, en estos contextos, guardián de las garantías: el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha dado luz verde a la práctica de devoluciones colectivas o rechazos de extranjeros en frontera (sin una infracción administrativa como base) por la vía de hecho —«en caliente»—, imposibilitando solicitudes de asilo o protección internacional (STEDH, *asunto N.D. y N.T. c. España*, de 13 de febrero de 2020, doctrina que amplía la STC 172/2020, de 19-1) ¹³.

3. Impacto de la criminalización de la ayuda a la inmigración irregular

La tipificación de la variante europea del tráfico ilegal de personas migrantes sólo obedece a un imperativo comunitario que vacía de contenido el crisol de garantías que informan la intervención penal en un Estado democrático de Derecho. La óptica de fondo del Derecho de la UE, procedente de instituciones que adolecen de un *patente déficit democrático* ¹⁴, ha convertido en baldío el debate dirigido a cuestionar un modelo incriminatorio que oculta la cuestión esencial: las conductas de colaboración en la inmigración irregular no son un problema del Derecho Penal, como advierte la doctrina dominante en España ¹⁵.

¹³ FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones «en caliente» frente al Tribunal de Derechos humanos y al Tribunal Constitucional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2021, pp. 190 ss.

¹⁴ NAÏR, S., *op. cit.*, pp. 111 ss.

¹⁵ CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes», *Revista Sistema Penal Crítico*, 2, 2021, pp. 45 ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, *passim*; DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23, 2021, pp. 1 ss.; HORTAL IBARRA, J.C., «¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando —siempre— quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?», *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1179 ss.

En realidad, la razón que explica la criminalización de la ayuda a la inmigración ilegal, cualitativamente distinta de las prácticas de trata de seres humanos, está en otros lugares.

(a) Se utiliza la ley penal por su funcionalidad: etiquetar la colaboración en la inmigración irregular con el formato de delito es precisamente la llave y el título jurídico que habilita a los mecanismos policiales de persecución penal a rastrear huellas de inmigración ilegal. Hoy contamos con una policía especializada en tales tareas.

(b) Se ha impulsado y consolidado una poderosa maquinaria –y una industria– de vigilancia global, masiva y permanente, por tierra, mar y aire, incluso militar, en las fronteras de los países democráticos. Es una plataforma represiva preparada para la contención de flujos migratorios. La vertiente policial está representada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), también conocida, como la policía migratoria estadounidense (ICE), por prácticas degradantes infligidas a inmigrantes¹⁶. El aparato militar ha sido protagonizado por la operación Eunavformed Sophia (2015-2020), reemplazada después por Eunavfor Med Irini.

(c) La criminalización de la ayuda a la inmigración ilegal significa, en última instancia, custodiar el arsenal, inútil pero rotundamente represivo, diseñado para el inmigrante irregular por su carácter inocuizador y excluyente de derechos y libertades fundamentales.

(d) Se ha construido una nueva categoría de «enemigo» que trasciende el territorio del Estado-nación. Tiene que ver con el modelo contemporáneo del Derecho Penal de la peligrosidad y seguridad como conceptos autónomos¹⁷. El inmigrante irregular encarna hoy el «chivo expiatorio» versátil utilizado sistemáticamente en la retórica política conservadora y de la extrema derecha, y consentido por la socialdemocracia. Esta visión de fondo ha contribuido, en definitiva, a agravar también la situación de los inmigrantes regulares, así como la de los solicitantes de asilo.

¹⁶ RUIZ BENEDICTO, A./FRAILE YUNTA, M.ª/LADAN, S., «¿Quién vigila al vigilante? Violencia en las fronteras e impunidad en Frontex», *Mientras Tanto*, n. 232, 2024.

¹⁷ PORTILLA CONTRERAS, G. «La inmigración bajo sospecha en el Derecho Penal europeo», En, *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, 2022, Madrid, pp. 59 ss.; DE GIORGI, A., *op. cit.*, p. 114; POMARES CINTAS, E., *La deriva del Derecho Penal y la democracia: la lucha anti-terrorista como rastreo de embriones de sospecha*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 118 ss.

III. PROPUESTAS ACTUALES DE REFORZAMIENTO DE LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL

La acumulación de población inmigrante irregular, los problemas para gestionar y financiar su expulsión, amén de las inversiones en CIES y los gastos sociales derivados de su presencia, siguen removiendo la agenda política europea. No fue suficiente el impacto de la Directiva de retorno 2008/115/CE, como tampoco lo fue la Directiva 2009/52/CE, que impone al empleador la obligación de sufragar los gastos de repatriación o retorno (art. 5.2 b) del inmigrante ocupado, además de eximir a los Estados miembros de la obligación de afrontar el impago del salario pendiente (art. 6).

Hoy el tráfico ilícito de migrantes hacia la UE alcanza cifras récord y se atribuye a las sucesivas crisis económicas, las emergencias medioambientales (por el cambio climático) y los conflictos en terceros países [Comisión europea, 2023; Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)]. Pero, ante todo, es una muestra contundente de que la intervención del Derecho Penal en esta esfera es sólo la punta del iceberg: el delito configurado por el marco armonizador comunitario no sirve para prevenir –más bien enmascarar– el factor humano, es decir, las necesidades de migrar, que incluyen, como única hoja de ruta posible, la de recurrir a medios encarecidos y, en muchas ocasiones, peligrosos. La política criminal europea, como la del Protocolo de Palermo, no incide en la raíz del problema; al contrario, *es parte del problema*.

Una política que endurece los canales legales de la migración, y que se enfoca exclusivamente en el efecto útil de la expulsión, es un sistema condenado al colapso.

Como vía para salir del estancamiento, y sin variar la óptica de fondo, la Comisión europea ha presentado un paquete de medidas en el marco del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (2023).

En primer lugar, se pretende ampliar el ámbito de aplicación del delito de ayuda a la inmigración ilegal y reforzar su marco punitivo. Es la Propuesta de Directiva, de 28 de noviembre de 2023, por la que se establecen normas mínimas para prevenir y combatir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la Unión y por la que se sustituyen la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI:

- (a) Endurece extremadamente el marco punitivo vigente.
- (b) Sigue sin exigir el ánimo de lucro y la intermediación de grupos organizados como elementos esenciales de la tipificación del delito de tráfico

ilegal de migrantes. Y sigue siendo una incógnita si impedirá la criminalización de la ayuda humanitaria y la que se produce entre los familiares.

(c) Adultera el concepto de tráfico ilegal de personas migrantes porque lo combina premeditadamente con elementos característicos de la trata de personas. Es una herramienta táctica diseñada a medio camino entre la trata de seres humanos y la ayuda a la inmigración ilegal, como único modo de legitimar su relevancia como *delito*. Es, desde luego, una estrategia política conocida en el panorama internacional en torno a estos contextos¹⁸.

La segunda consigna es expulsar más, encerrar más, y durante más tiempo (hasta 24 meses), como telón de fondo de los nuevos campos de concentración fuera del territorio UE. Es, sin signos de rubor, la moneda de cambio –facilitar el efecto útil de la expulsión de inmigrantes irregulares– para mejorar la gestión de las personas solicitantes de asilo o protección internacional; la propuesta abre la espita para subastar y saldar, como si entraran en un juego de competitividad, los derechos de los solicitantes de protección internacional. Esta retórica se encuentra en la Propuesta de Reglamento UE, de 11 de marzo de 2025, para establecer un sistema común de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular¹⁹. Su objetivo es dar carta de naturaleza jurídica a la orden europea de expulsión o retorno forzoso y a la práctica de externalización del control de las fronteras exteriores de la UE. La idea es consolidar la política de externalización de la función de custodia de las fronteras de la UE a países terceros que se consideran seguros, según una noción particularmente elástica de «tercer país seguro»²⁰ (Albania, Serbia, Turquía, Bangladés, India, Marruecos, Túnez, entre otros). Estos países serán los encargados del «trabajo sucio»: contener, devolver y privar de libertad a inmigrantes irregulares expulsados del territorio UE.

Este paseo panorámico por la agenda europea de lucha contra la inmigración irregular contribuye a dar contenido al objeto de tutela del delito de tráfico ilícito de migrantes articulado por la UE: un modelo jurídico sin preceden-

¹⁸ CABEZAS VICENTE, M., «La propuesta de Directiva para prevenir y combatir la ayuda a la entrada...», cit., pp. 61 ss.; POMARES CINTAS, E., «La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas», *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 2020, pp. 173 ss.

¹⁹ Véanse las aportaciones del Consejo de la UE al texto de la propuesta [5 de diciembre de 2025, Expediente interinstitucional: 2025/0059(COD)].

²⁰ Una iniciativa de la Comisión europea auspiciada recientemente por el Parlamento europeo, en la Resolución, de 10 de febrero de 2026, sobre la propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) 2024/1348 en lo que respecta al establecimiento de una lista de países de origen seguros a escala de la Unión. 226 votos razonables se pronunciaron en contra de esta propuesta criticada por organizaciones humanitarias y a la que se ha opuesto España.

tes en las tradiciones constitucionales de los sistemas democráticos europeos, que instrumentaliza los derechos humanos de los extranjeros (inmigrantes económicos y solicitantes de protección internacional) en nombre del blindaje (imposible) de las fronteras del territorio de la UE. Es, además, una plataforma de idearios que hilvana definitivamente el discurso del odio contemporáneo por antonomasia.

111. LA REACCIÓN AUTORITARIA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA INMIGRACIÓN ILEGAL

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS*

El verdadero rostro oculto del discurso neoliberal sobre la inmigración irregular siempre ha sido la «discriminación» legalizada de las personas. Desde esta retrógrada posición se advierte de los peligros que conlleva el movimiento migratorio para la seguridad nacional, fundamentalmente por los conflictos de identidad cultural que plantea. Ante el riesgo de movimientos de masas sin control y la pérdida de los valores occidentales hegemónicos, surgen las barreras, el racismo institucional, las entregas en caliente, los controles policiales discriminatorios, el desprecio cultural y las versiones estereotipadas de los campos de concentración en espera de la expulsión del territorio.

A este sistema desigual de exclusión iniciado en los años ochenta ha contribuido el atentado de New York en 2001, más tarde la crisis económica de 2008, y, en los últimos tiempos, la pandemia del Covid-19. Todos estos escenarios han acelerado el cierre de las fronteras y han convertido al inmigrante irregular en el nuevo *Untermenchen* del que hablaba Carl Schmitt, el *homo sacer* de Agamben. La visión del inmigrante como infrahombre, peligro laboral para los nacionales, potencial propagador del virus, el enemigo público número uno como enésima reencarnación del terrorismo.

I. LA EXCLUSIÓN DEL INMIGRANTE COMO PURIFICACIÓN DEL DESORDEN

Europa ha convertido el asunto migratorio en un problema de orden público, en el que ciertos aparatos administrativos gozan de gran discrecionalidad.

* Catedrático Derecho Penal. Universidad de Jaén.

dad en el control de los sujetos y, en la práctica, en su expulsión. La técnica de la exclusión del inmigrante hoy recuerda a la eliminación del leproso, del loco, que cita Foucault en *Historia de la locura*. Cómo eran abandonados a su suerte en un procedimiento habitual que simbolizaba la salvación eterna, pues, según la Iglesia, los excluidos iban derecho al paraíso¹. No de otra forma puede interpretarse la figura del *Narrenschiff* (barco de los locos) que, de figura literaria, pasó a convertirse en realidad ya que las autoridades municipales acorrallaban a los locos, les embarcaban y les transportaban de una ciudad a otra, siendo expulsados de todas ellas². Una leyenda que, en la actualidad, se ha llegado a bautizar como la necesidad europea de purificación del desorden, pureza que se obtiene a través de la expulsión de los que ya no son útiles.

A tal exclusión se llega a través del invento de las fronteras y el concepto de ciudadano. En general, los derechos no se otorgan a la persona sino al ciudadano. Esta noción y no la de persona se ha convertido en la circunstancia básica de la atribución de las garantías y no al revés como proclaman las declaraciones de los derechos universales del hombre. Un ejemplo de esa degradación aparece en el muy limitado y selectivo modelo europeo de ciudadanía, que no prevé una ciudadanía universal sino un derecho de ciudadanía absolutamente restringido³.

La denegación de la ciudadanía en el presente es equiparable a la situación vivida por los «*desnacionalizados*», magistralmente descrita por Arendt, al estudiar las condiciones de los apátridas, los refugiados en la segunda guerra mundial⁴. Al carecer de un Estado que les amparase, la ubicación jurídica de estos sujetos quedaba reducida a la ley de excepción o a la ilegalidad más absoluta⁵; éste fue el caso, entre otros, de judíos ejemplos de no-personas, sin derechos⁶. Al carecer de nacionalidad, una gran cantidad de «personas» vivían al margen de la legalidad, siendo el delito su única forma de subsistencia. Por esa razón, afirma Arendt, «quedaba invertida toda la jerarquía de valores que corresponde a los países civilizados. Como él era la anomalía para la que no había nada previsto en la ley, le resultaba mejor convertirse en una anomalía a

¹ Cfr. FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*. Tomo I. Madrid (Fondo de cultura económica), 2000, pp. 17-18.

² Cfr. *Historia de la locura...*, cit., p. 21.

³ Cfr. BARATTA, A., «El estado-mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza». En, Silveira Gorski, H (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid, (Trotta), 2000, p. 199. Supone, con razón, Balibar, E., que el concepto de ciudadanía moderna está condicionado por la soberanía, que el carácter absoluto de la nacionalidad se convierte en un factor de disolución de los derechos personales, sociales y políticos. Cfr. *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, Madrid, (Tecnos), 2003, pp. 78-80.

⁴ Cfr. ARENDT, H, *Los orígenes del totalitarismo. Imperialismo*. Madrid, (Alianza), 2002.

⁵ Cfr. ARENDT, H, ob. cit., p. 394.

⁶ Cfr. ARENDT, H, ob. cit., pp. 394-395.

la que atendía la ley, es decir, un delincuente. Si un delito mejora su posición legal, entonces puede afirmarse que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos (...) un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma. Sólo como violador de la ley puede obtener la protección de ésta. Mientras dure su proceso estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos. El mismo hombre que se hallaba en la cárcel sólo por su presencia en este mundo, sin garantía alguna (...) se convierte en un ciudadano casi completo por obra de un pequeño robo»⁷.

II. LA HIPÓCRITA SOLUCIÓN QUE EL DERECHO PENAL OFRECE AL ASUNTO MIGRATORIO

La solución política respecto a la inmigración ilegal ha sido, y continúa siendo, la exclusión, una elaborada y nada sofisticada política represiva caracterizada por el retorno del juicio de peligrosidad⁸ en el que lo que prima no es el comportamiento individual sino la pertenencia a un colectivo de «riesgo». Sin embargo, este concepto de peligrosidad del colectivo en el que se integra el no ciudadano como nuevo criterio legal no se aplica a los «ciudadanos» de un Estado miembro que residan o se desplacen a otro Estado miembro de la Comunidad.

La regulación dedicada a la inmigración es aparentemente contradictoria: se les suprimen garantías, se les expulsa⁹, al tiempo que se instauran mecanismos de «protección» penal¹⁰. En ese contexto irrumpió la LO 4/2000, de 11 de

⁷ Cfr. ARENDT, H, ob. cit., p. 417.

⁸ Un supuesto de práctica actuarial es la expulsión realizada al margen del delito, prescindiendo de la responsabilidad subjetiva, de acciones individuales. En definitiva, como señala De Giorgi, A., se está castigando un modo de ser: al emigrante desocupado, pobre, clandestino, se está creando una categoría de sujetos peligrosos. Cfr. *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*. Roma, (Derive Approdi), 2000, p. 61. Más ampliamente, en torno a la figura del inmigrante como nueva categoría de riesgo, como «enemigo interno». Cfr. BRANDARIZ, J.A., *Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*. En, *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 44 y ss.

⁹ Se fortifican las fronteras terrestres, aéreas y marítimas, se elevan aún más los muros, las barreras contra la inmigración ilegal.

¹⁰ Cfr. Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. Diario Oficial n.º L328 de 05/12/2002 p. 0017-0018. Posteriormente se aprobó la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. (2002/946/JAI). Entre otras medidas se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2002/90/CE, sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a la extradición. Cfr. artículo 1. Además se sugiere que, cuando proceda, las sanciones pueden ir acompañadas de la expulsión y se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 2).

enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que introdujo el Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Es difícil encontrar en el CP un Título que se corresponda menos con el verdadero objeto de protección tutelado. Se habla de derechos en la rúbrica, y éstos se protegen de forma excepcional. Se menciona el término «ciudadanos», cuando la ciudadanía ha sido generalmente un factor que ha generado la exclusión del inmigrante; finalmente, se emplea la noción «extranjeros» aplicable a los nacionales de terceros países que no formen parte del Espacio económico europeo.

La incorporación al CP de este Título XV bis engendró la expectativa, errónea en todo caso, de responder a la aspiración de evitar la trasgresión de los derechos del inmigrante que suele encontrarse en una posición de «vulnerabilidad» a causa de la imperiosa necesidad de emigrar huyendo de la pobreza y la guerra. Sin embargo, este ampuloso Título incumplía todas las expectativas concebidas en un principio ya que es difícil que puedan protegerse penalmente los derechos de los inmigrantes irregulares si la propia ley no les concede los derechos básicos, esto es ni la legislación española ni la comunitaria han aceptado la equiparación en derechos y ciudadanía de los extranjeros no comunitarios. Sólo la libertad de fronteras y el reconocimiento en igualdad de condiciones de los derechos de todos los seres humanos, sean o no extranjeros, y, sean o no ciudadanos, acabaría con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina. Por el contrario, el Título mencionado, no solo no protege los derechos de los «ciudadanos» extranjeros, sino que, en realidad, consigue el efecto inverso. Al no reconocerse el derecho de autodeterminación, a la libre elección del espacio donde vivir e ilegalizar (antes de la reforma de 2015) cualquier comportamiento de colaboración con la inmigración ilegal, lo que se verdaderamente se consiguió fue favorecer a las organizaciones que se lucran con el tráfico ilegal, que, como resulta lógico, se ven beneficiadas precisamente por la prohibición y los límites impuestos.

Frente a la alternativa nada utópica de la libertad de circulación de las personas, el modelo legal vigente abandona al inmigrante a su suerte (mejor dicho, infortunio) al no reconocer la mayoría de sus garantías. Restricciones que evidencian un claro rasgo discriminatorio que no puede sorprendernos ya que la filosofía europeísta rechaza al inmigrante irregular, como así lo demuestran las diferentes Directivas sobre expulsión, retorno voluntario, asilo o el intento de establecimiento de campos de contención de inmigrantes en el norte de África.

Retomando el contenido del Título XV bis, cuando ampulosamente se habla de los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico protegi-

do es preciso concretar a qué derechos se refiere. A tal fin, un breve repaso por los antecedentes legales y Jurisprudenciales nos permite conocer la verdad.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre), recortó sistemáticamente los derechos de los inmigrantes sin autorización de estancia o residencia, al excluirlos de los derechos de reunión, libertad sindical, manifestación, huelga. Un agravio que no fue corregido hasta 2007, fecha en la que diversas sentencias del Tribunal Constitucional reconocieron que los derechos de reunión, asociación, sindicación o huelga no dependen de la legalidad de la residencia sino de la condición de persona. En ese sentido, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) y nula la inclusión del término «residentes» en los artículos 9.3 y 22.2 (educación y justicia gratuita). A su vez, la STC 259/2007, 19-12, ha reconocido el derecho a la huelga de los extranjeros «ilegales», al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 8 y 11.1 y también la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Es precisamente esta Jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha provocado la reforma de la Ley 4/2000, a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, al objeto de reconocer por fin determinados derechos de los inmigrantes. El resultado ha sido la admisión para el extranjero residente de los derechos de sufragio –artículo 6–; trabajo y a la seguridad social –artículo 10–; en materia de vivienda –artículo 13–; seguridad social y servicios sociales –artículo 14–. Mientras a los extranjeros «ilegales» se le reconocen los derechos de reunión –artículo 7.1–; asociación –artículo 8–; educación 16 años –artículo 9–; Sindicación y huelga; asistencia jurídica gratuita –artículo 22–; finalmente, sólo a los extranjeros empadronados, se les permite la asistencia sanitaria.

Una vez conocido el catálogo de los derechos a los que el inmigrante ilegal puede aspirar en España es fácil llegar a la conclusión de que el Título XV bis no puede proteger los derechos de reunión, asociación, educación, sindicación y huelga ya que la lesión de estos bienes está expresamente recogida entre los delitos contra la Constitución y contra los derechos de los trabajadores. Entonces, si no son los derechos reconocidos legalmente a los inmigrantes irregulares ¿qué se está protegiendo? Ahora bien, cuestionar la coherencia del Título no significa que no se reconozca la necesidad de protección penal del inmigrante frente a las amenazas, coacciones, el abuso o la puesta en peligro de su vida.

A la pregunta planteada con anterioridad puede contestarse afirmando que el Título XV bis pretende como fin último la defensa de la política migratoria del Estado. Una tesis que concuerda además con la verdadera política penal europea en materia de inmigración que siempre tuvo la propensión de tratar el asunto migratorio como un tema de orden público.

En efecto, la política de la Unión Europea contra la migración ilegal, lejos de perpetuarse como un símbolo de la protección de los derechos fundamentales de los residentes ilegales, se ha convertido en un baluarte del cierre de las fronteras. Carente de una legislación común de inmigración y de asilo, la Unión Europea ha ido adoptando inútiles decisiones represivas. En la reunión del Consejo europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004 (Bruselas 8 de diciembre de 2004), 14292/1/04 REV 1, a raíz de los ataques terroristas que tuvieron lugar en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004, se analizó el problema migratorio, como una cuestión de seguridad. Asimismo, en la Propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/C142/02), se optó claramente por la técnica de retorno forzoso (forma eufemística con la que se pretende encubrir la expulsión del territorio). De ese tenor, manejando contra la inmigración ilegal las mismas armas que vienen siendo utilizadas en la lucha contra el terrorismo, el Informe contenido en el Programa de La Haya, pretende regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión con medidas que, indistintamente, se esgrimen para la prevención y el control de la delincuencia, en especial el terrorismo (Consejo europeo de Bruselas 4 y 5 de noviembre de 2004. Bruselas 8 de diciembre de 2004. 14292/1/04 REV 1).

En definitiva, nunca se ha pretendido elaborar una política común sobre inmigración, armonizar el apoyo financiero a los países neocolonizados, sino, por el contrario, lo que se ha diseñado es una política común de exclusión, de expulsión, de no retorno, de uso de medidas coercitivas, internamiento temporal, contra el nacional de un tercer país que se encuentre irregularmente en su territorio.

III. INMIGRACIÓN IRREGULAR, PELIGROSIDAD SIN DELITO Y TERRORISMO

La inmigración irregular ha ocupado el papel asignado por el positivismo criminológico que sancionaba, a principios del siglo XX, la peligrosidad predelictual de los mendigos, vagos, prostitutas, de los inclinados a la comisión del delito, reincidentes o anarquistas. Ahora los peligrosos son los irregulares que,

sin haber cometido un delito, carecen de permiso de trabajo, residencia, son ellos los que, se dice, afectan a la tranquilidad pública, al orden público, a la seguridad nacional. Por eso se les excluye del espacio físico y se les expulsa.

En esa dirección, la Revisión Estratégica de la Defensa (RED) define la inmigración irregular como una de las amenazas más serias para la seguridad nacional, que puede incluso alterar el equilibrio emergente, llegando a equipararse con el peligro de extremistas y terroristas. En este texto se afirma que dos son los factores de riesgo que presentan: en primer lugar, las diferencias étnico-culturales y religiosas –la confrontación de culturas diferentes– y en segundo lugar la lucha por la supervivencia de estas masas que puede dar lugar a brutales atentados contra los derechos humanos. Se les llega a equiparar con la existencia de *armas de destrucción masiva*; la delincuencia transnacional, el crimen organizado, el tráfico de drogas, los ataques cibernéticos¹¹. De igual forma, la Unión Europea ha tratado siempre la cuestión de la inmigración irregular como un asunto de orden público, como amenaza a la seguridad interior de los Estados, al igual que la criminalidad organizada transnacional (Programa de Estocolmo, 2010 (2010/C 115/01, DOUE 4.5.2010). Se ha asimilado la lucha contra la inmigración ilegal a la lucha contra la delincuencia y, en concreto, el terrorismo¹². A lo que hay que añadir que como el derecho de la UE no ha integrado el Convenio Europeo de Derechos humanos ni la jurisprudencia del TEDH, no se asegura el *principio de no devolución* de los solicitantes de asilo frente al riesgo de sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes, prohibido por el artículo 3 CEDH.

IV. EL INMIGRANTE COMO PELIGRO CULTURAL

La presencia de la inmigración igualmente ha sido catalogada como peligrosa para la seguridad cognitiva de los ciudadanos. Se ha llegado a afirmar que en una sociedad que se asienta en la religión, la familia y en los sentimientos de pertenencia a la nación, que son los elementos que construyen su identidad, la aparición de otras culturas puede alterar inevitablemente las identidades de pertenencia. Junto a este planteamiento no debe ocultarse que el gran peligro del racismo diferencial emana del pensamiento de la «tolerancia multicultural». Se soportan las particularidades del «otro», desde la altura, desde

¹¹ Cfr. Revisión Estratégica de la Defensa (RED), pp. 49-51.

¹² El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ha definido la inmigración y el asilo como asuntos de seguridad interior del territorio de la UE, bajo la rúbrica «Espacio de libertad, seguridad y justicia» (Título V).

la pertenencia a la posición universal verdadera, creándose un abismo entre el diferente y el universalista en estado de superioridad ética. En definitiva, un artificio hipócrita que Zizek ha descrito como un círculo vicioso que concede demasiado pero no lo suficiente a la particularidad de la cultura del otro, es decir, «tolera en la medida en que no es el otro real sino el aséptico de los ritos fascinantes, en cuanto se trata del otro real la tolerancia se detiene (clítoris, velo, trato degradante)».

Lo que aquellos planteamientos olvidan es que los procesos de colonización y neocolonización occidental han contribuido al desplazamiento de personas con una cultura –tradiciones, creencias– alejada del canon europeo de los derechos fundamentales. Evidentemente, la transnacionalización de principios opuestos a las normas de las sociedades hegemónicas ha originado necesariamente ciertos conflictos con trascendencia penal. Sin embargo, no puede aceptarse la respuesta doctrinal y jurisprudencial europea dominante ante esta colisión de costumbres. No debe admitirse como propuesta la absorción, la asimilación, esto es, la idea de que el extranjero debe respetar los derechos fundamentales consagrados constitucional y penalmente en el país de acogida sin que su discrepancia cultural merezca tan siquiera una graduación de la responsabilidad penal.

La verdad es que en la tesitura de otorgar o no relevancia jurídico-penal a las concepciones culturales diversas que se oponen a las normas penales comunes, nos encontramos en una encrucijada: o se opta por un universalismo que proyecta ingenuamente su cosmovisión sobre el resto del mundo o adoptamos un relativismo indolente que condena a las culturas a una reclusión en sí misma, en el círculo de sus valores específicos¹³. Reconociendo la complejidad de la situación, lo cierto es que suele eludirse el debate de fondo, la elección de un argumento universalista o relativista que posibilite o rechace el empleo de algunas de las figuras de la teoría jurídica del delito en la colisión entre derechos fundamentales y comportamientos caracterizados por su diversidad cultural. Ahora bien, que no se discuta la base teórica desde la que solventar estas cuestiones no significa que doctrina y jurisprudencia no asuman en la práctica un universalismo radical tan peligroso como el relativismo absoluto que perpetúa la desigualdad de algunos colectivos¹⁴.

¹³ JULLIEN, F. *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del dialogo entre las culturas*, Madrid, (Siruela), 2010, p. 145.

¹⁴ Algunas tesis universalistas tienen ese rasgo de menosprecio humillante que impregna el neocolonialismo. Al respecto, debería recordarse que al cristianismo le costó reconocer los derechos humanos, que la expansión colonial europea vulneró el ámbito islámico y exportó la esclavitud, la colonización, el imperialismo y la intolerancia religiosa. Y, sobre todo, que las primeras declaraciones de derechos humanos fueron redactadas por protestantes anglosajones blancos que poseían esclavos. *Vid.* una crítica de

De otra parte, el relativismo tiene también dos caras: es radical al cuestionar los valores metafísicos de la identidad del sujeto único universal, y defender la diversidad y el anti-fundamentalismo; es, asimismo, conservador porque el mensaje de la diferencia nunca alcanza a los medios de producción, que jamás entran en la órbita de su crítica. Al considerar que la ablación de clítoris, la desigualdad de la mujer, la humillación o el castigo corporal no son censurables desde la óptica de la igualdad de las culturas se contribuye a perpetuar eternamente la desigualdad entre los seres humanos.

Hay que partir de un concepto indiscutible: la identidad/diversidad cultural es un derecho humano con rango constitucional que tiene que ser apreciado como tal en la configuración de un Derecho Penal intercultural. En consecuencia, todos los conflictos culturales deben resolverse valorando la diversidad a través de los elementos de la teoría jurídica del delito, incluso en aquellos casos en los que se produce la afcción de derechos fundamentales básicos. A veces, podrá negarse la imputación objetiva por ausencia del principio del fin de protección de la norma, en otros casos se cuestionará el valor del consentimiento en el delito de lesiones por adecuación social; en otras ocasiones se podrá recurrir al ejercicio legítimo de un derecho¹⁵, al estado de necesidad¹⁶, al error de prohibición sobre aquéllas causas de justificación, al error de comprensión, en la medida en que la concreta cosmovisión le impida comprender la ilicitud de su conducta –como error de prohibición o como causa de inimputabilidad–; y, finalmente, se puede recurrir a la inimputabilidad como incapacidad para comprender lo ilícito del comportamiento realizado o incluso a la exigibilidad de otra conducta. Lo cierto es que no puede proponerse una misma solución para todos los casos de confrontación cultural.

planteamientos similares en, HÖFFE, O., *Derecho intercultural*. Barcelona (Gedisa), 2000, pp. 172-181. Asimismo, ZIZEK, S., *Bienvenido al desierto de lo real*, Madrid (Akal), Cuestiones de antagonismo. 2005, p. 32. Cfr. MACÍAS CARO, VM, que recoge algunas de las críticas a la teoría del universalismo de los derechos humanos. Cfr. Introducción a *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*. MAGLIE, C, Madrid (Marcial Pons), 2012, p. 19.

¹⁵ El *Bundesverfassungsgericht* de 24 de septiembre de 2003, se pronunció sobre el derecho al uso del velo en lugares públicos en virtud del artículo 33 abs 2 GG, (*BVerfGE* 108, 282), e interpretó que la prohibición lesionaba la libertad de pensamiento del art 4 abs 1 y 2 GG, puesto que llevar el velo en la enseñanza no supone un peligro para los compañeros de clase. Cfr. VALERIUS, B., *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Berlin (Duncker Humblot), 2011, p. 44.

¹⁶ Sobre la imposibilidad de aplicar las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad en los supuestos de conflicto cultural se ha pronunciado Valerius, estimando que es más probable que estos casos existan un error cultural del autor sobre el derecho a la legítima defensa o al estado de necesidad. Cfr. VALERIUS, B., *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker Humblot, Berlin, 2011, pp. 14 y 146. Este autor no acepta la posibilidad de que se pueda infringir la norma penal en nombre de la religión o la libertad ideológica, por lo que se trata de comportamientos siempre antijurídicos. Cfr. *Ibid.*, pp. 168 y 169.

Para encontrar una solución a todas estas interrogantes debemos acudir al Convenio 169 OIT, en concreto, el artículo 9.2 señala que «*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*», es decir, se deberá atender a sus costumbres, características o especificidades sociales y culturales, sus parámetros culturales, que los identifican como integrantes de una comunidad cultural¹⁷. No debe olvidarse que España está obligada, al ratificar este Convenio, a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias. En otras palabras, habrá que determinar si «por su particular cosmovisión» le era posible conocer la prohibición, o bien «entender», «comprender», aunque conociera la ilicitud al momento de cometer el hecho, que su conducta en otro ordenamiento es considerada «reprochable» penalmente¹⁸.

En definitiva, partir de la referencia a los derechos fundamentales según el canon occidental¹⁹, en abstracto, como criterio de resolución del conflicto, convertiría en papel mojado el reconocimiento de la diversidad cultural²⁰, ésta «no tendría más que un significado retórico»²¹. Sería un entendimiento insatisfactorio del conflicto, contrario a aquello que los instrumentos internacionales pretenden evitar, porque, a la postre, significa subrayar la prevalencia axiológica de aquel modelo, «la imposición del modo occidental de interpretar la justicia»²², es decir, una forma de asimilación de los grupos o comunidades culturales, bajo el pretexto de los derechos fundamentales.

¹⁷ Es la única forma de promover un diálogo intercultural en proceso judicial al que se está obligado por el Convenio 169.

¹⁸ Sobre el error de comprensión: Sentencia T-496 de 1996, C-370, 2002.

¹⁹ Como sostiene SILVA SÁNCHEZ, J., «La vigencia objetiva de los derechos humanos fundamentales». Cfr. «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal». En, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Cuadernos de Conferencias y artículos, n.º 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 26; del mismo autor, «Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht», *Festgabe für Claus Roxin zum 80 Geburtstag, Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 5/2011, p. 314. En esta línea, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Madrid (Dykinson), 2010, p. 207.

²⁰ En esa dirección, Sentencia de Tutela, 523/1997, Corte Constitucional colombiana. Véase también, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

²¹ Sentencia de Tutela, 349/1996, Corte Constitucional colombiana.

²² Sentencias de Tutela, 523/1997, 009/2007, Corte Constitucional colombiana, *Sentencia Corte Suprema de Justicia de Guatemala de 6-11-2012*, *Sentencia Corte Constitucional Plurinacional boliviana, 0108/2013*.

112. EL DERECHO PENAL Y LA DESLEALTAD CONSTITUCIONAL ¹

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho Penal (j)

I. UN PEQUEÑO BALANCE

Nos estamos acercando al final de una accidentada legislatura, durante la que, siguiendo la costumbre, el Código penal ha sido vapuleado sin cesar, exigiendo su aplicación viniera o no a cuento, o su reforma y ampliación, o la derogación de parte de sus artículos.

En algunas materias, como, por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual, se ha continuado con la tónica habitual de introducir nuevas reglas, que, como se demostró, resultaron particularmente desafortunadas, como fue la supresión de la diferenciación entre agresiones y abusos sexuales. Y es solo un ejemplo.

En cambio, en otras materias, como son los delitos contra el orden constitucional, lo que se ha hecho, porque así convenía a los intereses de un PSOE necesitado de los votos independentistas para sobrevivir en el Gobierno, ha sido suprimir delitos (los de sedición), además de otros, y todo acompañado por la infausta Ley de Amnistía, que tan poderosamente ha servido para romper la mesa de juego nacional sin conseguir, en modo alguno, su pretendida

¹ Es para mí un motivo de satisfacción contribuir con estas páginas al homenaje a mi buen amigo y compañero José Luis de la Cuesta Arzamendi, Catedrático de Derecho Penal.

finalidad de tranquilizar y normalizar la vida en Cataluña, además de permitir una relación razonablemente respetuosa entre esa Comunidad y el Estado.

Nada de eso se ha logrado, y *rebus sic stantibus*, tampoco hay que suponer que se vaya a conseguir en el futuro, al menos mientras que subsista la idea de que lo importante es ocupar el Gobierno, al precio que sea.

Pero no tengo intención de dedicar estas páginas a glosar lamentables aspectos de la realidad política española que son sobradamente conocidos, sino a un problema diferente y que va más allá de las circunstancias políticas actuales, que es el de la respuesta penal, *si es que debe haberla*, a lo que se califica como *deslealtad constitucional*.

Bien es cierto que no todo lo que está descrito como delito en el Código penal merece estarlo y, en sentido opuesto, hay, sin duda, muchos comportamientos que tal vez merecerían una respuesta penal, que algunos defienden bajo una argumentación de necesidad político-criminal y que otros consideran necesaria por motivos ligados a la función «simbólica» del Derecho Penal (finalidad que solo puede admitirse en relación con algunas pocas tipicidades).

Desde esa reserva sobre la conveniencia de ampliar el elenco de las infracciones penales, es obligado reconocer que, en los últimos tiempos, se percibe una creciente demanda de creación de una nueva figura penal dedicada a la *deslealtad constitucional*. Se ha reclamado desde sectores doctrinales y alguna formación política anuncia que va a incluir esa innovación legislativa en su próximo programa electoral, además de que se trata de un tema recurrente entre la clase política y en los medios de comunicación.

Así las cosas, cabe preguntarse por las razones que han llevado a que surja esa demanda cada vez más reiterada, y, en segundo lugar, cuál o cuáles serían, en su caso, las conductas que habría que tipificar.

Tratar de la deslealtad constitucional *como problema penal* implica tácitamente el reconocimiento de que existe, de un lado, una carencia en el Código penal, y, de otro, que se pueden detectar muestras de comportamiento público que evidencian el propósito político de no aceptar el marco de relaciones y de organización común que se deriva de la Constitución de 1978.

No se trata, pues, de las legítimas discrepancias que cada persona pueda tener respecto del modelo constitucional, pues la (también constitucional) libertad de opinión permite la expresión y defensa de cualesquiera opciones (republicana, secesionista, a favor del Estado unitario o federal, etc.) como desiderátum personal. Pero el problema cambia totalmente de cariz cuando esas opciones se quieren poner en práctica como regla de actuación política que, además, no acepta contradicción alguna que se pueda derivar de la Constitución.

II. UN PUNTO DE PARTIDA: LA DESAPARICIÓN DE LA SEDICIÓN

En noviembre de 2022 el Gobierno tomó la decisión de suprimir el delito de sedición, cumpliendo con las exigencias que en ese sentido le hacían los Partidos independentistas catalanes. En su lugar se colocaría un delito de desórdenes públicos con diferentes niveles de gravedad.

Han pasado tres años, pero se pueden recordar las reacciones, pues, salvo en los círculos y grupos de opinión próximos al Gobierno y a sus socios, que aplaudieron la decisión, fueron muchos los sectores que abiertamente calificaron aquello como humillación del Estado ante las exigencias independentistas, y todo para preservar el Gobierno del PSOE.

En ese contexto, los Partidos de la oposición, con el PP a la cabeza anunciaron que dejarían sin efecto esa reforma tan pronto alcanzaran el poder. Para completar el cuadro, amplios sectores del independentismo consideraron que aquella reforma era insuficiente porque lo que ellos exigían era la desaparición de cualquier clase de amenaza penal que se cerniera sobre sus actividades y programas de acción, que, no se olvide, eran y son todas las conducentes a separar una parte del territorio de España.

La derogación de la sedición se valoró como un regalo sin especial importancia, sobre todo porque, en aquellos momentos, la exigencia fundamental para el independentismo era la consecución de la amnistía, que había de tardar todavía unos meses en llegar.

No quiero desaprovechar la ocasión para destacar un hecho notable, al menos para la comunidad que formamos los penalistas, y es que, salvo excepciones, todo el movimiento de exigencias independentistas y concesiones del PSOE, sea modificando el Código penal o sea promoviendo la Ley de Amnistía, apenas ha dado lugar a pronunciamientos doctrinales contundentes –en un sentido o en otro, allá cada cual– sino que ha predominado la tendencia a mirar para otro lado.

Pero volvamos a la supresión de la sedición y la observación del «solar vacío» que ha dejado su desaparición. Es verdad que la doctrina penal, casi sin excepciones, *criticaba ese delito*, acusándolo de impreciso e incompatible con el principio de taxatividad, por ser sus contornos demasiado vagos, lo cual resultaba particularmente censurable si se tiene en cuenta la vecindad con hechos que deben estar amparados por las libertades fundamentales de expresión, reunión y manifestación. Un defecto preocupante si se repara en la gravedad de las penas imponibles, que podían llegar en ciertos casos a los 15 años de prisión.

Otro aspecto del delito de sedición de capital importancia era la condición de delito contra el orden público y no contra la Constitución. Tal como estaba configurado era el más grave delito contra el orden público, y esa era la tradición principal en esa figura, cuya actual fórmula apenas difería de la que ofrecía el Código Penal de 1870. A su vez, este seguía una línea iniciada con el CP de 1822, que lo tuvo como delito contra la seguridad interior del Estado (condición que mantuvo hasta el CP de 1995) y «contra la tranquilidad y orden público», y así subsistió hasta llegar al siglo XXI.

Tradicionalmente, la conducta típica de este delito se basaba en el alzamiento público y tumultuario para la consecución, por la fuerza o fuera de las vías legales, de ciertos objetivos, y así se llegaba a la conclusión de que la sedición era «simplemente» un delito contra el orden público, caracterizado por la multitud de partícipes y la ausencia de violencia. Así contemplada la cuestión era razonable la supresión.

Ahora bien, la desaparición del delito de sedición *no podía dejar un espacio vacío* sin que entrara en su lugar alguna figura penal que cumpliera con objetivos necesarios, que no se limitan al castigo de los desórdenes públicos graves. En este punto es donde se sitúa un problema de enorme importancia: la necesidad de configurar una respuesta jurídica para el *espacio que existe entre el orden público y el ataque a la organización constitucional del Estado*. Intentar impedir las actividades de un Tribunal o asediar a una asamblea legislativa, nacional o autonómica, no es solo un problema de orden público.

En los delitos contra el orden público se puede convenir, con todas las limitaciones que entraña el concepto de bien jurídico, que el objeto del ataque es la finalidad de alterar la paz pública, recurriendo, si se tercia, a la violencia o intimidación. Pero la alteración de la paz pública no comporta necesariamente un ataque al orden constitucional, y la experiencia española enseña que el objetivo último de atacar a la realidad misma de la existencia del Estado pasa muy por encima de la inmediata y objetiva alteración de la paz pública.

La conclusión que se puede extraer con facilidad es que la suma de la supresión del delito de sedición y la reforma de los delitos de desórdenes públicos dejaba en abandono total de la protección penal del orden constitucional. Para tutelar ese orden, *si es que se considera precisa la intervención del Derecho Penal*—cuestión que exige su propio debate pues no faltarán quienes estimen, que la tutela del orden constitucional no requiere complementos coercitivos de carácter punitivo— es, inexcusablemente, necesario acometer una revisión de las leyes penales, y, si se desea tutelar penalmente el orden constitucional y todo lo que de él se derive, habrá que construir unas tipicidades es-

pecíficamente destinadas a protegerlo y no pretender aprovechar las ya existentes por la vía de la interpretación.

Se puede aceptar como buena la reformulación de los desórdenes públicos que se hizo para «compensar» la, por demás, razonable salida del delito de sedición. Sin embargo, en los desórdenes no cabe hablar de un «hecho subjetivo» que absorba las finalidades perseguidas en torno a la imposición del programa independentista. Por lo tanto, bien está la supresión de la sedición, pero el bien del Estado de Derecho exige, simultáneamente, una robusta protección del orden constitucional, y eso pasa por la creación de algunos delitos de deslealtad constitucional, en donde tendrían cabida buena parte de las decisiones orientadas al fomento y consecución de la independencia, así como las negativas a aceptar el orden proyectado por la Constitución de 1978.

Esas tipicidades habrían de girar necesariamente en torno a un bien jurídico que ha de ser la *lealtad constitucional*, y en torno a ella se deberían crear tipos que aceptaran que el orden constitucional que mayoritariamente han aceptado los españoles, al que se oponen tanto los independentistas como los grupos que sostienen la necesidad de declarar «acabado» el que llaman «régimen de 1978 (fecha de la aprobación de la Constitución) es un pacto básico de convivencia que, además de suponer el respeto a las reglas del Estado de Derecho, asuma el respeto a las condiciones básicas de la convivencia política.

III. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS A LA DESLEALTAD

Comenzando por la tipicidad más grave es, evidente que, para muchos, sería inimaginable una plena tutela del orden constitucional que no incluyera la existencia de un delito de *rebelión*. Efectivamente, es precisa una tipicidad que castigue los ataques más graves a la Constitución, pero que también diferencie entre sucesos de muy diferente entidad, pues, siendo todo grave, no pueden equipararse el intento violento de abolir la Constitución y la Monarquía parlamentaria con el acto de impedir la reunión de una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, sin dudar de la gravedad de ese hecho. Y es solo un ejemplo.

La tradición legislativa muestra cómo la rebelión era una conducta concebida como acción militar, y lo cierto es que esa es, culturalmente, la manera más comprensible de describir una rebelión.

Pero no había antecedentes de una «rebelión de civiles» como la que se produjo en Barcelona en el otoño de 2017, que fue un indudable intento de abolir la integridad del Reino de España y quebrar su orden mediante una es-

pecie de «rebelión jurídica», a través de leyes clamorosamente inconstitucionales, como fue la «Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República Catalana», aprobada por el Parlamento catalán el 8 de septiembre, y anulada por el TC el día 12 del mismo mes.

Aquellos actos fueron acompañados de sonora algarada callejera, pero nada más. No hacen falta grandes razonamientos jurídicos para aceptar que, aun tratándose de hechos gravísimos, no pueden tener la misma entidad jurídica que una sublevación armada dirigida a acabar por la fuerza con la organización constitucional de España.

Las diferentes modalidades de rebelión que contiene el CP actualmente tienen en común el ser actos que, aunque sean de gravedad desigual, son todos constitutivos de ataques frontales al orden constitucional, al que se debe respeto, sin perjuicio de las opiniones de cada uno (y lo digo porque con frecuencia se intentan justificar graves excesos, como cortar la vía pública durante horas como expresión de un modo de discrepancia). Pero sería conveniente describir y reformular el delito desde esa base común, manteniendo buena parte de las acciones que lo integran, escalonando la gravedad de cada acto, pues no tiene sentido una penalidad similar para acciones tan diferentes como la de intentar violentamente romper el Estado o derogar la Constitución, actos que en algunos Códigos se califica como alta traición y otras de inferior alcance.

Por supuesto, dejando de lado el tema de la rebelión, en cabeza de la relación de conductas incompatibles con la lealtad constitucional ha de estar el intento de secesión de una parte del territorio nacional. Ese sería el hecho delictivo más grave, pero tendría que ir seguido de otros como la negativa a reconocer al Jefe del Estado, y otros hechos conocidos, como la negativa a cumplir sentencias relativas al obligatorio cumplimiento de la Constitución en materia educativa o lingüística.

Con el delito de sedición el problema era diferente, partiendo de su supresión, porque no es posible mantener una ley penal que dé lugar a que muchos actos de deslealtad constitucional solo puedan ser tratados como intento de abolir el Estado de Derecho, lo cual es excesivo, o como un mero desorden público: ni tanto ni tan poco.

Son muchas las exhibiciones de desprecio al orden constitucional que hemos podido ver en los últimos años que no tienen una respuesta adecuada, aunque muchos opinan que es mejor así para evitar la «judicialización» de la política. Pero a esos legítimos discrepantes basta con decirles que lo único necesario sería homologar de verdad el CP español con lo que es usual en los demás Códigos europeos.

Por esa razón creo que la idea de recuperar el delito de sedición, que según algunas opiniones es un paso imprescindible, *no es buena*. En cambio, la ley penal podría y debiera incluir la tipificación de conductas que de modo desafiante implican un menosprecio y falta de reconocimiento del orden constitucional, pero no solo como manifestaciones de opinión o con actos de descortesía (por ejemplo, negarse a saludar al Rey), sino con hechos externos y objetivables, y en esa calidad pueden estar —son solo ejemplos— desde las manifestaciones de responsables públicos negándose a reconocer y acatar las decisiones del Tribunal Constitucional o de otros Tribunales, o invertir dinero público en desprestigiar la imagen del Estado en el extranjero o en negar la vigencia de la Constitución en materias como la educación.

Claro está que el que criminológicamente denominaríamos «caldo de cultivo» existe desde el momento mismo en que es el propio Gobierno del Estado el que tolera actitudes como la de negarse a aceptar la presencia de las Fuerzas Armadas en un determinado territorio, como si eso ofendiera a una supuesta identidad soberana o fuera un atropello a la diferencia «esencial» de una parte del Estado.

No es este el lugar para hacer una exposición detallada de los tipos de delito que podrían integrar el grupo de las deslealtades constitucionales, que también podrían calificarse como delitos de menosprecio del Estado de Derecho. En esta materia sí que bastaría atender a los criterios que se siguen en el derecho comparado, pero lo inaceptable es el vacío antes citado subsiguiente a la derogación del delito de sedición.

Algunas opiniones, de las que también discrepo, exigen la recuperación del delito de convocatoria ilegal de un referéndum de autodeterminación, delito que entró en el CP por ley de 27 de diciembre de 2003 y que fue derogado por Ley de 22 de junio de 2005. De la necesidad de que esa figura regrese al Código se ha hablado mucho, llegando a decirse que muchas de las cosas que sucedieron en Cataluña, y que se podrían repetir (dudar eso es imprudente yes no conocer a los movimientos independentistas), habrían tenido más fácil solución de haber contado con esa incriminación.

Esa tesis defensora de volver a tipificar el delito de convocatoria ilegal de un referéndum no repara, en mi opinión, en dos aspectos a tener en cuenta. En primer lugar, el acto mismo de la convocatoria sería, en sí mismo, nulo de pleno derecho. Sabemos, además, por dolorosa experiencia, que eso no detendría la máquina, aunque mucho hayan cambiado los tiempos y no creo que, vivido lo vivido, hoy abunde tanto el deseo de enfrentamiento con el Estado. Pero, en segundo lugar, ese acto (anunciar la consulta pro independencia) no tiene por

qué integrar una tipicidad específica, sino que, en su caso, debiera encuadrarse como *una modalidad más* de deslealtad constitucional.

Cuestión diferente es si a esa clase de deslealtad se ha de responder con sanciones penales o de otra índole. Hay que recordar que una medida tan transcendente y grave como es la suspensión de la propia Autonomía de una Comunidad al amparo de lo que dispone el art. 155 de la Constitución, que faculta al Gobierno, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, para suspender el régimen autonómico.

Esa posible media no tiene, evidentemente, carácter penal, pero, en cambio, podría incluir la suspensión de las funciones de la autoridad autonómica (Presidente de la Comunidad o de su Asamblea Legislativa) lo cual difícilmente se produciría por vía penal salvo que esas personas fueran directamente acusadas de la comisión de un delito y, en el marco del correspondiente proceso, fueran suspendidas en sus funciones.

Para muchos es preferible cualquier solución que evite el recurso al Derecho Penal, pero hay que tener en cuenta que las inhabilitaciones para el ejercicio de funciones públicas a consecuencia de actos de deslealtad constitucional no pueden producirse si no es bajo la forma de pena impuesta por un delito, con lo cual llegamos a la conclusión de que las vías constitucionales, siendo imprescindibles, pueden no ser suficientes.

IV. LAS «VÍAS EUROPEAS»

Seguramente, la experiencia de la impunidad de sujetos que han actuado abierta y gravemente contra el orden constitucional de España, encontrando refugio en Estados miembros de la UE ha llevado a algunos a defender la necesidad de una cooperación europea en relación con la tutela de ese orden.

Por supuesto, todo es opinable, pero, sin perjuicio de que así haya de ser, *no veo sentido alguno* al anunciado propósito de algún Partido de promover, en el seno del Parlamento Europeo la creación de un *eurodelito* de traición, destinado a reprimir cualquier intento de secesión de una parte del territorio de un Estado miembro de la UE, así como la cooperación con una potencia extranjera hostil para perjudicar la seguridad o defensa europeas. Creo que se trata de problemas graves pero diferentes.

El concepto de *eurodelito* tiene una cierta historia que se remonta, cuando menos, al año 2003. Por aquel entonces, un nutrido grupo de penalistas de diferentes Estados europeos –yo, entre ellos– dio en la idea de proponer la creación de un grupo de delitos que fueran la consecuencia penal del recono-

cimiento de una serie de intereses comunes a todos los Estados de la UE, aun a consciencia de que hoy por hoy el Parlamento carece de capacidad para dictar leyes penales que hayan de ser aplicadas internamente por los Estados miembros.

La idea de partida era que las llamadas políticas comunes, son de importancia nuclear para todos los Estados miembros porque afectan a la economía, al trabajo, a la libertad, a la prohibición de discriminación, a la igualdad, a los recursos energéticos, y, especialmente, como hoy estamos viendo, a la defensa (sin perjuicio de la pertenencia a la OTAN de la mayoría de los Estados miembros de la UE).

Esa realidad da lugar a la aparición y concreción de nuevos bienes jurídicos que merecen ese calificativo de «nuevos» no tanto por ser desconocidos en los derechos nacionales sino porque en la medida en que plasman un interés común de los ciudadanos europeos experimentan una transformación de su significado material, cuya consecuencia más importante se escinde en dos vertientes: la lógica intervención sobre ellos de los órganos ejecutivos y parlamentarios de la Unión y, en segundo lugar, la exigencia de una tutela jurídica y jurídico-penal necesariamente igualitaria, pues otra cosa rompería la coherencia con el sentido comunitario y supranacional de esos bienes.

La plena virtualidad del deseado espacio judicial europeo ha exigido, a su vez, constantes y renovadas decisiones fortalecedoras tanto en lo que suponen para la fluidez de las relaciones entre órganos judiciales como en lo que concierne a las políticas comunes en materia procesal, policial y de seguridad. Pero es evidente, y así se percibía hace veinte años, que una política criminal unificada en relación con los intereses comunes no llegaría hasta que hubiera también un empeño compartido en la formulación y aplicación de algunas normas jurídico-penales de los derechos internos.

La convicción sobre la necesidad de armonizar el Derecho Penal, que durante tiempo estaba circunscrita al campo de los ideales o las fantasías de los europeístas convencidos, había sido formal y expresamente asumida, aunque no fue seguida de especiales consecuencias, en el Consejo Europeo que tuvo lugar en Tampere, Finlandia, el 15 y 16 de octubre de 1999. Decididamente se aceptaba que la política económica y social común exigía una justicia penal homogénea.

Una vía para conseguir esa meta era la de las indicaciones vinculantes sobre cambios a introducir en las leyes. En algunas cuestiones la UE ha dictado Decisiones Marco y Directivas que obligaban a modificaciones en la legislación nacional, en un principio sin concretar si las sanciones han de ser penales o administrativas, aunque cada vez hay más Directivas que imponen

expresamente la sanción penal para materias de interés común (así, la relativa al abuso de mercado, de 2014; a la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, de 2019; o la protección del medio ambiente, de 2024).

Los años transcurridos han mostrado una razonable eficacia del sistema creado por el régimen del mandato europeo de arresto y entrega, pero también se han puesto de manifiesto dificultades prácticas con las que inicialmente no se contó, y como ejemplo más cercano, baste citar las renuencias a cumplir con mandatos de arresto emitidos por jueces españoles por parte de Bélgica.

Eso demuestra que cada Estado, más allá de las declaraciones retóricas, tiene sus reservas inconfesadas. El ‘nacionalismo penal’ aparece siempre en mayor o menor medida. Pero, pese a esos concretos problemas, la posibilidad del «euroarresto» fue y sigue siendo un avance en la política criminal común, y, sin duda alguna, una superación del régimen de la extradición.

La condición para el funcionamiento del sistema es, evidentemente, el parecido entre las normas penales de cada Estado, aunque eso no es fácil de alcanzar, lo que explica que, por ejemplo, fuera preciso aprobar *una definición común del terrorismo* (a través de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, sustituida por la Directiva (UE) 2017/541) para que no hubiera contradicciones entre lo que cada Estado considera terrorismo. Y, pese a eso, la experiencia muestra la subsistencia de escollos, que en parte derivan de la excesiva prolijidad de la Directiva 2017/541, que en su larga relación de conductas susceptibles de ser consideradas como terroristas incluye algunas que en muchos Estados no tienen ese carácter.

En ese contexto irrumpe la propuesta (española) de creación de un eurodelito de «traición» y la necesidad de que sea incluido vía Directiva, en las directrices europeas de obligado cumplimiento, y, en consecuencia, alcanzada por el sistema de la orden europea de arresto y entrega.

Es cierto que el art. 20 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre que enumera los hechos que pueden dar lugar a la aplicación de la orden sin control de doble incriminación, no incluye al delito de traición, y eso podría considerarse una carencia injustificable. Ahora bien, no excluiría de raíz la posibilidad del euroarresto, puesto que, de acuerdo con el art. 47.2 de la misma Ley, cuando no se cumpla la doble condición de estar el delito incluido en la lista y tener prevista una pena o medida privativa de libertad de como mínimo 3 años, cabe la detención y entrega, si se cumple el principio de doble incriminación y un umbral mínimo de gravedad coincidente con el de la extradición, en virtud del principio *minima non curat praetor*.

Es evidente que la propuesta de crear un eurodelito de traición presupone la consecución de un acuerdo acerca de lo que significa esa calificación, lo cual reviste grandes dificultades, pues basta con leer los diferentes Códigos penales nacionales para comprender que no existe un criterio común sobre lo que significa la traición. Yendo al ejemplo más claro, y cercano al origen del problema, es fácil comprobar que el intento de secesión de una parte del territorio de un Estado, siendo delictivo en cualquiera de los Códigos penales de los Estados miembros, normalmente *no es calificado como traición*.

Pero, además de esa gran diferencia conceptual, que a buen seguro sería difícil de superar, hay que plantearse otra cuestión previa y de mayor importancia, que se resume en una pregunta ¿es realmente necesario llevar al derecho europeo el tema de la lealtad constitucional, dentro de la cual se incluiría tanto el intento de secesión como otras acciones, cual la derogación del orden constitucional?

Los partidarios de la respuesta afirmativa creen que es imprescindible poder contar con la eficacia del mandato europeo de arresto para luchar eficazmente contra el «separatismo activo», y no reparan en la previa dificultad que supone la necesaria unificación de criterios en torno a lo que es no solo la traición, sino la propia deslealtad constitucional, calificación jurídica que ha de estar ligada a la cultura política de cada país.

Una Directiva europea tendría que ofrecer un concepto de traición compatible con todos los derechos nacionales, y, si tomamos simplemente el derecho español, nos encontramos con que el Capítulo Primero del Título XXIII del CP, dedicado a los delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado (arts.581 a 588) no contiene ningún tipo que se refiera al intento de secesión de una parte del territorio del Estado. Pero lo más grave es que esa conducta, así descrita, solo aparece en el artículo 472-5.º, como delito de rebelión, pero siempre que vaya acompañada de un alzamiento violento y público, con lo cual se aleja de la tónica de los Códigos penales europeos.

Menos problemas reviste, en cambio, la tipificación como traición de los actos de connivencia con una potencia extranjera para perjudicar los intereses o seguridad de España y, con ella, la de la UE. Pero no es ese el problema que anima a los partidarios de la petición de creación de un eurodelito de traición.

Las Directivas han de ser previamente traspuestas al derecho nacional. Siendo así, y, dejando de lado la discutible bondad de una Directiva sobre la traición, bueno sería, previamente, reformar nuestro Derecho Penal positivo, que en esa zona del Código está desguazado desde que el PSOE decidió halagar a Junts y ERC despenalizando las conductas que se englobaban bajo la denominación de sedición (desacertada y arcaica, pero esa es otra cuestión), y

tipificar adecuadamente no solo el intento de secesión, aun sin violencia, sino también todas las conductas que en la doctrina se aceptan ya como casos de deslealtad constitucional.

La razón es que esa clase de conductas, a pesar de la experiencia de lo sucedido en Cataluña, no son tan frecuentes como para exigir una unificación de criterios, que es algo que se demanda cuando son imaginables conflictos derivados de la interpretación de la ley penal bajo las exigencias del principio de doble incriminación. Los sucesos acaecidos en Cataluña fueron gravísimos pero aislados y sin parangón alguno en Europa.

Por demás, no se percibe una preocupación común a todos los Estados de la UE sobre la necesidad de unificar criterios en esa materia, lo que augura dificultades para alcanzar la unanimidad. Además de que no es necesario dar ese paso.

V. SOBRE ALGUNAS MEDIDAS NO PENALES FRENTE A LA DESLEALTAD

La deslealtad con la Constitución no es exclusiva de los independentistas, y eso es *absolutamente cierto*, pero eso no resta importancia al enfrentamiento con el independentismo, que podría propiciar medidas de carácter administrativo, como, por ejemplo, la previsión de la declaración de nulidad de actos administrativos incompatibles con el programa constitucional, sin llegar a entrar en el dominio del Derecho Penal, y sin que se hayan de entender como parte de un «subsistema penal» dedicado al independentismo radical, pues, como he dicho antes, cabe deslealtad sin independentismo.

En el marco de las posibles reacciones ante la deslealtad se han propuesto medidas que no son penales, pero que tienen un indudable carácter represivo pero que un análisis sereno no cumple con las condiciones precisas para merecer respuesta sancionadora. En cabeza de ellas se sitúa, según entiendo, *la propuesta de ilegalización y disolución de los Partidos soberanistas o independentistas o los que promuevan la abolición de la Constitución* (a no confundir con peticiones de reforma, siempre posibles).

En mi opinión, la disolución de partidos políticos, sean o no independentistas, *no es admisible*, pues una organización política tiene derecho a incluir en su ideario los objetivos que tenga como fundamentales, lo cual no incluye, por supuesto, cualquier vía para alcanzarlos.

Cuestión distinta es el régimen jurídico al que están sometidos los Partidos políticos, que se han de inscribir en un Registro y adaptar sus estatutos a

las leyes. Igualmente, recordar que son personas jurídicas y, como tales, pueden entrar en el régimen de la responsabilidad penal previsto para estas, que, en caso de merecer la imputación de un delito, podrían ser condenadas a la disolución.

Pero, para que sea viable la disolución por decisión judicial, es preciso que el Código Penal prevea, en relación con determinados delitos de deslealtad constitucional (que aún no tenemos), la posibilidad de declarar la responsabilidad de la persona jurídica. Solo por esa vía se alcanzaría la posible disolución de un Partido.

Claro que habrá quien crea que bastaría con reformar la Ley de Partidos y, con ese único instrumento, expulsar o impedir su participación política a todos los que no acepten la Constitución, comenzando por la integridad del Estado. Sin embargo, prescindir de la intervención judicial sería un grave salto atrás que no se debe dar.

Otra propuesta, de cariz muy diferente pero que puede llevar a consecuencias materialmente similares, es la relativa a la exigencia de un mínimo de sufragios para poder acceder a la representación parlamentaria. La actual legislación electoral española, fruto de las circunstancias que se dieron en la Transición, tuvo que aceptar reglas que han dado lugar a una desproporcionada presencia parlamentaria de los Partidos nacionalistas, así como de otros grupos políticos de muy baja representatividad. El problema es grave, y en estos momentos ha entrado en juego otro factor: las condiciones que marca la UE para tener representación en el Parlamento Europeo. Como es sabido, el actual Gobierno está presionando a los Estados europeos para que a España se le dispense de porcentajes mínimos para acceder a la Eurocámara. Queda por ver cómo acaba el problema.

En todo caso, la desproporción de la representación distorsiona la voluntad parlamentaria y propicia abusos, como hemos tenido sobradas ocasiones para comprobarlo.

Antes de todo, no obstante, sería precisa una condición a la que habitualmente no se hace mención, a saber: es absurdo reclamar reformas de las leyes penales o administrativas para dar respuesta a la deslealtad constitucional si antes no se cuenta con la certeza de que el propio Gobierno del Estado participa sinceramente de ese deseo, y, lo que es más importante: se ha de alcanzar un sólido consenso en torno a lo que significa la *lealtad constitucional*, que, por supuesto no puede consistir en una adhesión personal y absoluta a la Constitución y su propuesta de ordenación de la vida colectiva, sino que basta, y no es poco, con el respeto a esa ordenación como marco para la convivencia en un Estado de Derecho, con total independencia de la libertad de opinión y criterio en la defensa de las propias ideas.

113. BUNKER-ESTADOS Y NUEVAS ESCLAVITUDES. 500 AÑOS DE LA ESCUELA DE SALAMANCA Y LA DIGNIDAD SIGUE EN CONQUISTA

NIEVES SANZ MULAS

Catedrática de Derecho Penal - Universidad de Salamanca
Directora del Centro de Investigación en DD.HH. y Políticas Públicas
(CIDH-Diversitas)
www.nie vessanz.com

Al Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi.

*Con gratitud por las enseñanzas y sólidos valores
que ha dejado en muchos de nosotros.*

I. MIGRACIÓN Y EL SUEÑO DORADO QUE SE CONVIERTE EN PESADILLA

1. La trampa burocrática y la segregación residencial de los migrantes (pobres)

Aunque las personas con nacionalidad extracomunitaria en nuestro país sólo representan el 15% de la población total, suponen, sin embargo, el 25% de la población en situación de exclusión social¹. No nos debe resultar por tanto extra-

¹ Fundación Foessa, FOCUS 2023: Vulneración de derechos: las personas en situación administrativa irregular, 2023, p. 4.

ño que casi la mitad (49,9%) de las personas sin hogar en nuestro país sean extranjeros, lo que supone un incremento relativo del 35,4%, con una procedencia mayoritariamente africana (53,3%), seguida por la latinoamericana (25,9%) y la europea (16,7%)². El porqué de su situación de sinhogarismo es evidente: deben empezar de cero tras llegar a España (54,1% del total), lo que unido a la falta de redes sociales en las que apoyarse hacen que acaben viviendo en la calle o en condiciones de infravivienda. O más terrible aún, llegaron como menores no acompañados y son desalojados de los centros de acogida cuando cumplen los 18 años para hacer sitio a otros menores (el 32,5% tiene menos de 30 años)³. Otro nuevo punto cero difícil para estos jóvenes, cuyas vidas y sueños están además empapados por ese discurso extremista que intenta convencer de su natural predisposición a la criminalidad, basándose en su raza antes que en su posición social. Un discurso que compra cada vez más gente, y genera gobiernos declaradamente xenófobos, quizás porque, como nos recuerda BUSTOS, «el miedo al diferente viene de fábrica en la memoria tribal de la especie, y se transforma en odio cuando las noticias adecuadas caen como cerillas sobre la paja del prejuicio»⁴.

Y es que, para estas personas, a los condicionamientos sociales se le unen una serie de factores estructurales que pueden frenar su salida de la calle. El factor determinante que lleva a la exclusión más extrema es su condición de «sin papeles», siendo enormes las dificultades para regularizar su situación por las vías de arraigo (el 43.1% lleva en España más de 5 años)⁵, lo que les obliga a vivir durante largos periodos de tiempo en la «invisibilidad social», pues el mero hecho de no tener un pasaporte les impide el acceso a aspectos básicos como el empadronamiento y, por tanto, a las ayudas sociales⁶. Pese a que el empadronamiento es una obligación municipal, muchas veces se dificulta su acceso mediante excusas y procesos burocráticos interminables, lo que les impide a su vez acceder a servicios públicos esenciales, situación que les aleja aun más de la posibilidad de contar con una vivienda digna. El no disponer de papeles les inhabilita para acceder a alquileres y, en el mejor de los casos, comparten vivienda, habitación o literas con personas en su misma situación y en condiciones de verdadero hacinamiento y guetización (pisos patera)⁷.

² INE: Encuesta sobre las Personas sin Hogar, Instituto Nacional de Estadística, 2022, p. 1. Disponible en: Accesible en: https://www.ine.es/prensa/epsh_2022.pdf

³ *Ibidem*, p. 2.

⁴ BUSTOS, J.: *Casi. Una crónica del desamparo*, Barcelona: Libros del Asteroide, 2024, p. 123.

⁵ INE: Encuesta sobre las Personas sin Hogar, *op. cit.*, p.1

⁶ NAVARRO CARDOSO, F.: «Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica», en *Revista Penal*, 47, 2021, p. 227.

⁷ SÁNCHEZ MORALES, M.R/TEZANOS VÁZQUEZ, S: «Los inmigrantes "sin hogar" en España: un caso extremo de exclusión social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 55, 2004, p. 51.

La principal causa de discriminación en el acceso a la vivienda es la precarización de la precariedad económica. Por supuesto, no hay el menor problema con los extranjeros que invierten grandes fortunas en nuestro país, que como contraprestación obtienen todo tipo de facilidades administrativas y económico-financieras (incluso la de acceder a la condición de residente de larga duración)⁸, al tiempo que encarecen hasta límites escandalosos los precios de unos inmuebles ya de por sí sometidos a una presión insoportable para el ciudadano medio⁹. Esto es, los que nos molestan son los migrantes pobres, a los que muchas veces también se les presume el mal uso del inmueble (desde la utilización de ciertos condimentos en la cocina hasta situaciones severas de hacinamiento), así como prejuicios relativos a problemas de convivencia con el vecindario o la comunidad (ruido, suciedad, falta de cuidado de zonas comunes, etc.). Todo ello debido a factores como la apariencia física o color de piel, la vestimenta o indumentaria (velo islámico), nombre y/o apellido (los de origen árabe tienen muchas más dificultades que los castellanos), idioma o acento, creencias o religión.

En definitiva, manifestaciones de discriminación que se traducen en la interposición de todo tipo de obstáculos para acceder a la vivienda mediante engaños y excusas sobre su disponibilidad, cláusulas y precios abusivos, solicitud de documentación y garantías excesivas; u ofreciendo viviendas en peores condiciones, de menor calidad y ubicadas en zonas periféricas o vulnerables dentro de las ciudades, lo que conlleva procesos de segregación residencial. Esto es, situaciones de exclusión residencial que se concretan en forma de infravivienda, hacinamiento, ocupación irregular de una vivienda (en ocasiones, por ser objeto de estafas) y asentamientos informales (naves, cocheras, núcleos chabolistas, cortijos, etc.)¹⁰.

⁸ NAVARRO CARDOSO, F.: «Análisis del artículo 89 del Código Penal español...», *op. cit.*, p. 206.

⁹ Entre 2015 y 2021 la tasa de variación del índice de precios de vivienda incrementó en un 31,9%. Un acrecentamiento que contrasta con el aumento de los ingresos familiares en España, que creció un 17,1% en el mismo periodo. En lo que se refiere a los precios del alquiler, la Estadística del INE sobre el Índice de precios de la Vivienda en Alquiler registra un incremento medio de menos del 18% en las capitales de provincia entre 2015 y 2020, oscilando entre el 9% en Cuenca y el 31% en Palma de Mallorca. Esto implica que el 40% de las familias que recurren al alquiler destinan más del 40% de sus ingresos a los gastos de vivienda, lo que supone un elevado estrés económico, creciendo el porcentaje de población en situaciones de vivienda insegura o inadecuada. De hecho, el peso específico de los desahucios por impago de alquiler ha ido aumentando en los últimos años suponiendo en 2021 el 70,1% de todos los realizados, sobre todo en Murcia, Canarias, Cataluña y la Comunidad Valenciana. *Vid.*, en Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: Estrategia Nacional para la lucha contra el sinhogarismo en España 2023-2030, julio de 2023, pp. 31 y ss.

¹⁰ MARTÍNEZ GOITRE, E./ÁLVAREZ PUERTA, F./ GARCÍA MARTÍN, A./MORENOS PÁEZ, M./PAREJO PÉREZ, D./SÁNCHEZ ZORZO, I.: Discriminación racial en el ámbito de la vivienda y los asentamientos informales, Ministerio de Igualdad-Andalucía Acoge-Provivienda, 2022, p. 51. Disponible en: https://provienda.org/wp-content/uploads/Informe_Discriminacion-racial-en-el-ambito-de-la-vivienda-y-los-asentamientos-informales.pdf

En torno a una cuarta parte de la población urbana en el mundo (883 millones de personas) viven en asentamientos informales¹¹. Estos asentamientos humanos generados de manera informal son núcleos de personas ubicadas en espacios no planificados para ser vivienda, ya que no cumplen criterios de habitabilidad, adecuación, accesibilidad y estabilidad física y legal (categoría 4 ETHOS «vivienda inadecuada»)¹². Compuestos de población perteneciente a grupos étnicos y poblacionales que sufren más discriminación racial (migrantes y gitanos), mientras los asentamientos urbanos están relacionados con los procesos migratorios y la imposibilidad de acceder a una vivienda en las grandes ciudades, los rurales tienen una relación directa con la transformación de la agricultura intensiva en invernaderos y las necesidades habitacionales de las personas que acuden a esas zonas a trabajar (ruta del temporero). Población migrante, normalmente en situación administrativa irregular, que, ante la demanda de obra de baja cualificación, migran buscando trabajo en explotaciones de agricultura intensiva asentándose en zonas cercanas a esas explotaciones. Como las temporadas productivas son cada vez más largas, y van moviéndose de una zona a otra del país según las campañas de recogida (tomate, fresa, uva, etc.) estas personas pueden estar residiendo en este tipo de asentamientos todo el año¹³.

En cualquier caso, ya sean asentamientos urbanos o rurales, la dificultad de acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento ocasiona una ausencia de vínculos, relaciones, comunicación y convivencia con la población autóctona, lo que se ve agravado ante la ausencia de políticas locales y autonómicas de integración y convivencia, aumentando la xenofobia y la discriminación. Tam-

¹¹ ONU. Asamblea General de Naciones Unidas: A/73/310 Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho de no discriminación en este contexto, 2018.

¹² La Federación Europea de Organizaciones nacionales que trabajan con Personas Sin hogar (FEANTSA por sus siglas en francés) en el año 2005 llevó a cabo una clasificación formal denominada clasificación ETHOS (European Typology of Homelessness) o Tipología Europea de las personas sin Hogar y la Exclusión en la Vivienda: 1) sin techo (*Rooflessness*) o personas que no disponen de alojamiento de ningún tipo y viven en el espacio público; 2) sin vivienda (*Houselessness*) o personas que viven en alojamientos temporales, instituciones o albergues (albergues para mujeres, solicitantes de asilo e inmigrantes, etc.); 3) vivienda insegura (*Insecure Housing*) o personas que viven bajo severa amenaza de exclusión por desahucio, arrendamiento precario o violencia doméstica; y 4) vivienda inadecuada (*Inadequate Housing*), o personas que viven en chabolas o asentamientos ilegales, viviendas no adaptadas para su habitabilidad según las leyes o en situación de hacinamiento. Accesible en: <https://www.feantsa-research.org/>

¹³ La Fundación Cepaim en 2019 estimaba que tan solo en Andalucía (provincias de Huelva y Almería), la Región de Murcia, la Comunidad Valenciana y Barcelona (ciudad y área metropolitana) unas 15.000 personas residían en chabolas y estructuras habilitadas a modo de vivienda, tales como ruinas, chabolas de plástico, almacenes de aperos de labranza, garajes, etc. *Vid.*, en Fundación CEPAIM: Rompiendo con la invisibilidad de las mujeres sin hogar. Perfil y situación social de las mujeres en asentamientos informales en España, Murcia:Editorial Cepaim, 2019.

bién la explotación en todas sus formas (laboral, sexual, matrimonio forzado, etc.) y grados (trabajos forzados, servidumbre y esclavitud).

2. La alianza entre el sinhogarismo y la esclavitud

En su informe sobre «La falta de hogar como causa y consecuencia de las formas contemporáneas de la esclavitud» (2023)¹⁴, el Relator Especial de la ONU sobre la esclavitud, evidencia la relación entre la falta de hogar y las nuevas formas de esclavitud. En los países de destino, el acceso a una vivienda asequible y segura, la educación, un trabajo decente y los servicios público suele ser limitado, siendo incluso criminalizados por sus conductas de supervivencia¹⁵, lo que aumenta el riesgo de la falta de vivienda y de formas contemporáneas de esclavitud. Dada su extrema vulnerabilidad, estas personas pueden ser fácilmente blanco de los explotadores, incluidos los que se dedican a la trata de personas, aceptando situaciones de explotación laboral y/ sexual para evitar quedarse en la calle.

En todo el mundo, millones de personas sin hogar son reclutadas de forma coercitiva y engañosa en calles, albergues, parques, paradas de autobús, e incluso en el exterior de las oficinas de ayuda gubernamental, con falsas promesas de empleos lucrativos, educación y otros beneficios. Es más, algunas de estas personas, ante la misma falta de opciones, optan directamente por realizar estos trabajos que son claros ejemplos de explotación humana: delictiva, sexual, laboral (mendicidad forzada, agricultura, confección, minería, producción de cacao, lavado de automóviles, etc.) y matrimonios forzados¹⁶.

De hecho, incluso en el supuesto de que las personas sin hogar consigan encontrar un empleo, éste normalmente se sitúa en el espectro de la economía informal. Y si bien no todas las formas de economía informal suponen explotación, los indicadores de trabajo forzoso y explotación suelen ser evidentes en este sector, ya que muchos de ellos están escasamente regulados por los Estados. En definitiva, a la demanda de mano de obra en empleos altamente infor-

¹⁴ ONU. Asamblea General: «La falta de hogar como causa y consecuencia de las formas contemporáneas de la esclavitud», Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Tomoya Obokata. A/HRC/54/30. Consejo de Derechos Humanos, 54.º período de sesiones, septiembre-octubre 2023. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/HRC/54/30>

¹⁵ SANZ MULAS, N.: «Mujeres, sinhogarismo y violencia. La criminalización de la pobreza como respuesta», en Picado Valverde, E.M. (dir): *Protocolo de detección, atención e intervención para mujeres en situación de riesgo de exclusión social y sinhogarismo desde una perspectiva integral e interseccional*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2025.

¹⁶ ONU. Asamblea General: «La falta de hogar como causa y consecuencia...», *op. cit.*, p. 9.

malizados, que son cubiertos por trabajadores extranjeros ante la falta de mano de fuerza laboral nacional (construcción, agricultura, manufactura, minería, sector servicios, etc.), se le suma que los Estados de destino restringen o no proporcionan vías regulares para estos trabajadores, que por ello deben entrar de forma irregular, con lo que el riesgo de acabar siendo laboralmente explotados es muy alto, también en el trabajo voluntariamente aceptado. Peor aún, incluso con un estatus migratorio regular, muchos migrantes se enfrenta a formas interseccionales de discriminación, lo que las hace especialmente vulnerables a la esclavitud¹⁷. Un ejemplo común es el de las mujeres migrantes pobres (y peor aún si son racializadas) y su empleo doméstico en condición de internas a efectos de evitar la calle¹⁸.

3. A río revuelto ganancia de pescadores: capitalismo colonialista y la rentabilidad de la desesperación

Cuando la necesidad de desplazarse es lo suficientemente acuciante y los canales de migración regulares son limitados, las personas o familias pueden recurrir a rutas y medios de transporte peligrosos para el cruce irregular de fronteras. Muchos caen en manos de traficantes que se dedican a prácticas abusivas o al concierto con intermediarios sin escrúpulos que les exigen comisiones de contratación y gastos relacionados, lo que exacerba el ciclo de la deuda y el riesgo de abuso. Situación que ni mucho menos mejora cuando logran llegar al destino. En los crecientes *bunker-Estados*, los migrantes irregulares son tremendamente vulnerables al trabajo forzoso y la trata de personas por la falta de vivienda y redes de apoyo, las barreras lingüísticas y culturales y los retos que supone una integración económica y social desde una posición de salida claramente desventajosa, pues te restringe el acceso a los servicios básicos y la seguridad social, limitando también la capacidad para cambiar de empleador u organizarse y negociar colectivamente. Es más, muchos de estos migrantes son empleados en sectores como el servicio doméstico y la agricultura, que pueden no estar cubiertos por las leyes laborales y en los que pueden

¹⁷ ONU. Asamblea General: Las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Notas del Secretario General, 77.º periodo de sesiones, A/77/163, julio 2022, pp. 10 y ss. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/77/163>

¹⁸ SANZ MULAS, N.: «La esclavitud doméstica de mujeres migrantes irregulares. Las cenicientas del siglo XXI, pero sin príncipe que las rescate», en *Revista penal*, n.º 56, 2025, pp. 5 y ss.

existir otras restricciones, como el derecho de sindicación¹⁹. Situaciones, en cualquier caso, de extrema vulnerabilidad que son aprovechadas por los explotadores a efectos de someterlos a las peores condiciones laborales, mediante la confiscación de sus documentos de identidad o la amenaza de ser reportados a las autoridades y ser deportados²⁰.

A pesar de que en un mercado global la libre circulación de personas debería ser un principio intangible, al igual que lo es el de la libre circulación de mercancías y capitales, lo cierto es que la movilidad de trabajadores está altamente condicionada al quedar excluidos los migrantes, a quienes solo aceptamos cuando son económicamente imprescindibles²¹. Un ejemplo claro fueron las medidas adoptadas durante el estado de alarma de la Covid-19, en el que se concedieron miles de permiso de trabajo para cubrir la necesidad de sanitarios para hacer frente a la pandemia y de trabajadores del campo para que recogieran las verduras y hortalizas, mientras nosotros permanecíamos en casa a «salvo» de cualquier peligro.

Fuera de estos supuestos tan excepcionales como egoístas, la migración sentida (y vendida) como amenaza, o peor aún como invasión, se traduce en una política legislativa preñada por la idea de contenerla a cualquier precio, también con el control de los permisos de residencia y trabajo, lo que sin duda contribuye a la explotación inmisericorde de estas personas desesperadas por subsistir. Las medidas antimigratorias impuestas ya sin disimulo por los nuevos *bunker-Estados*, confina a estas personas en la marginalidad y las hace víctimas propiciatorias de delitos de explotación sexual o laboral, legitimándose incluso su persecución como «daño colateral» de la lucha contra las mafias del tráfico de personas²². De hecho, las mafias de la explotación solo instrumentalizan los beneficios que produce el trabajo informal de los mercenarios del tráfico.

Pudiendo parecer tremendo, que sin duda lo es, lo cierto es que hoy por hoy la explotación laboral de migrantes es una forma de inserción laboral precaria que coexiste y complementa al sistema económico capitalista²³. Una in-

¹⁹ OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery. Forced Labour and Forced Marriage, Geneva, September 2022, Geneva, p. 37. Disponible en: <https://www.ilo.org/publications/major-publications/global-estimates-modern-slavery-forced-labour-and-forced-marriage>

²⁰ *Ibidem*, p. 41.

²¹ DE LUCAS, J.: «La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración», en De Lucas, J.-Díaz Bueso, L.: *La integración de los inmigrantes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 38.

²² TERRADILLOS BASOCO, J.: *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona: Bosch Editor, 2020, p. 45.

²³ HURTADO, M.; PEREIRA-VILLA, C.: «Inserción laboral adversa: otra cara del «demonio amorfo» de la trata de seres humanos», en *Cadernos pagu* (53), 2018, p. 3.

clusión subordinada del inmigrante, que obliga a estas personas a aceptar cualquier forma de integración económica que ofrezca alguna perspectiva, siquiera mínima, de inclusión y, sobre todo, que evite la expulsión²⁴. Por tanto, la negación de la libertad que suponen la esclavitud y los trabajos forzados no son nuevas ni tampoco incompatibles con el modelo socioeconómico neoliberal²⁵.

II. LA LENIDAD FRENTE A LA EXPLOTACIÓN LABORAL DEL INMIGRANTE IRREGULAR

1. Consumo voraz y esclavos invisibles

Según el último informe de la OIT²⁶, en cualquier momento en el periodo analizado entre 2017 y 2021, 50 millones de personas eran víctimas de la esclavitud moderna (cerca de 28 millones de trabajo forzado y 22 millones de matrimonio forzado), lo que equivale a casi 1 de cada 150 personas en el mundo, situación que afecta sobre todo a los trabajadores migrantes irregulares. Un terrible escenario que ha empeorado desde 2016, incrementando en 9.3 millones el número de personas sometidas a la moderna esclavitud en apenas 5 años²⁷. Los crecientes conflictos armados (con la consiguiente ruptura del Estado de derecho, la pérdida de redes de apoyo social y las crisis a gran escala que generan), la degradación ambiental, el declive democrático mundial, el retroceso de los derechos de las mujeres y los efectos negativos de la pandemia de la Covid-19, ha repercutido de forma significativa en el empleo y la educación, aumentando los niveles de pobreza y las migraciones forzosas, factores de vulnerabilidad que llevan al trabajo forzado²⁸.

La discriminación por motivos de raza, orientación sexual o estatus migratorio es el factor de riesgo predominante²⁹. La OIT (2022) estima que el 15% del total de adultos sometidos a trabajos forzados eran migrantes (son obligados a trabajar en un país que no es el suyo de origen), cuando los migrantes solo suponen el 5% de la fuerza laboral total, lo que evidencia que están desproporcionadamente representados entre las víctimas de la esclavitud

²⁴ DE GIORGI, A.: *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Barcelona: Virus Editorial, 2005, p. 86.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.: *Aporofobia y plutofilia*, *op. cit.*, p. 104.

²⁶ OIT- Walf Free- OIM. *Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery*, *op. cit.*, p. 40.

²⁷ *Ibidem*, p. 20.

²⁸ WWF-Walk Free Foundation: *Índice global de esclavitud 2023*, p. 24. Disponible en: <https://cdn.walkfree.org/content/uploads/2023/07/01130932/Global-Slavery-Index-2023-Spanish.pdf>

²⁹ *Ibidem*, pp. 130 y ss.

moderna. Los migrantes son más propensos a sufrir estas situaciones que los no migrantes. Casi 14 de cada mil trabajadores migrantes adultos están en situación de trabajo forzoso en la económica privada, una tasa de prevalencia que es más de 3 veces superior a la de los trabajadores no migrantes (4,1 de cada 1.000)³⁰. Y la Unión Europea por supuesto no es una excepción, pues se calcula que 4.1 millones de personas están siendo explotadas laboralmente en Europa y Asia Central. También se dan infinidad de casos de matrimonios³¹ y trabajos forzados en la industria agrícola y la construcción, junto a la eterna explotación sexual comercial forzosa³².

Sea como fuere, aparte del trabajo forzado impuesto por el Estado en regímenes autoritarios³³, y las innumerables prácticas explotadoras dentro de la nueva *Europa-fortaleza*, también las prácticas de compras que realizan los gobiernos más ricos y empresas contribuyen a la explotación en los países de bajos ingresos que forman parte de las cadenas de suministro mundiales. De hecho, los países del G20 representan más del 75% del comercio mundial y consumen muchos productos en riesgo de ser producidos mediante trabajos forzados (productos electrónicos, textiles y ropa³⁴, aceite de palma, paneles solares³⁵, industria

³⁰ OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 36.

³¹ Se calcula que en Europa y Asia Central ocurren el 10% de los matrimonios forzados de todo el mundo, lo que afecta a cerca de 2.3 millones de personas. *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.* p. 130.

³² OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 28.

³³ Preponderante en países como Corea del Norte, Eritrea, Libia, Rusia, Turkmenistán, Zimbabue, Mali o China, este tipo de trabajo forzoso puede clasificarse en 3 categorías: abuso del trabajo penitenciario obligatorio (ej. construcción, agricultura, tala de árboles, etc., en Corea del Norte); abuso del servicio militar obligatorio (obras civiles, infraestructuras, construcción en Eritrea) y trabajo forzoso para el desarrollo económico (ej. recogida del algodón en Turkmenistán). *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

³⁴ Desde las materias primas hasta la manufactura, pasando por el embalaje y la distribución, la esclavitud moderna está incrustada en las cadenas de suministro de la industrial mundial de la moda. Ante la actual demanda de «moda rápida», se ha duplicado la producción en los últimos 15 años y los trabajadores, desde el cultivo y la producción de materias primas (algodón, seda, cuero, lana, caucho, viscosa, acetato, poliéster, etc.), pasando por su transformación en insumos, hasta la fabricación, ocultos en complejas cadenas de suministro, se enfrentan a condiciones laborales de explotación, incluyendo trabajo forzado y servidumbre por deudas: explotación, etc.), sufrimiento (trabajo entre 12 y 15 horas diarias por unos 2 dólares si se completan las 100 prendas, comer y dormir en el mismo taller, etc.), desnutrición y envenenamiento industrial por los productos utilizados. *Vid.*, WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

³⁵ Hay un evidente entrecruzamiento entre el cambio climático, la migración y la esclavitud moderna. *Vid.*, SANZ MULAS, N.: «The Hidden Toll: Women and Girls in the Intersection on Climate Change and Domestic Servitude», en Van Uhm, D. /Siegel, D. (ed)., *Global Green Crime and Ecojustice*, Palgrave Studies in Green Criminology (series ID:14622), Springer, Ginebra, October 2025, pp. 503-526. La crisis climática igual que obliga a millones de personas a migrar, el desarrollo de nuevas industrias «sostenibles» para abordarla está incrementando los riesgos de explotación humana. En el contexto global de transición hacia energías renovables, los trabajadores vulnerables están expuestos a mayores riesgos de explotación en la minería, la agricultura y la industria manufacturera. Incrementan

pesquera³⁶, cacao³⁷)³⁸. Porque es en el sector privado (86% del total) donde más trabajos forzados se imponen, una modalidad que ha incrementado en 1,3 millones en lo referente a la explotación laboral (incluyendo mendicidad forzada y

las denuncias de abusos de derechos humanos con la minería de cobalto, cobre, litio, magnesio, níquel y zinc, todos ellos minerales esenciales para los productos de energías renovables. Los paneles solares también se encuentran entre los cinco principales productos en riesgo de haber sido producidos mediante trabajo forzado para 11 países del G20 (Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Corea del Sur, Francia, India, Japón, México, Sudáfrica y Turquía). Concretamente el polisilicio, un producto de sílice derivado de la arena de cuarzo es esencial para su fabricación y el 45% de este producto procede de la región Uigur de China. En esta región, se realizan trabajos forzados impuestos por el Estado también en este sector: desde la extracción del cuarzo en bruto y su purificación en polisilicio de calidad solar, hasta su transformación en lingotes, placas, células y, finalmente módulos de paneles solares son trabajos a los que no pueden negarse los trabajadores, siendo coaccionados mediante amenazas de encierro en campos de reeducación y detención extrajudicial. *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, p. 149. De hecho, Reino Unido ha prohibido los paneles solares sospechosos de estar fabricados con mano de obra esclava por proceder precisamente de esa región china, lo que se calcula podría afectar a cerca del 40% de la industria solar británica. *Vid.*, en The Times: «Ed Miliband to ban Chinese «slave-trade» solar panels», 23 de abril 2025.

³⁶ Se calcula que hay 128.000 pescadores atrapados a bordo de buques pesqueros, a menudo en altamar, un lugar caracterizado por un aislamiento extremo, peligrosidad y lagunas en la supervisión normativa. *Vid.*, en OIT- Walk Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 32. El trabajo forzado en la industria pesquera se debe a la finalidad de reducir costos en un contexto de disminución de los beneficios, puesto que el sector intenta satisfacer la demanda mundial de productos del mar. Una sobrepesca que agrava aún más la situación, perpetuando un ciclo que deja a los pescadores expuestos al trabajo forzado, sin obtener los beneficios adecuados. Estos trabajadores se embarcan en empleos aparentemente legítimos, pero una vez reclutados no pueden abandonar su empleo debido a amenazas de violencia, el confinamiento físico dentro y fuera de la costa, la retención de salarios y las deudas contraídas durante el reclutamiento. La confiscación de pasaportes y otros documentos de identidad es otra forma de retenerlos en situación de trabajo forzoso, impidiéndoles volver a casa o encontrar otro trabajo. *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, pp. 183 y ss. De sumo interés al respecto: *El País*: Los esclavos del calamar, 15 octubre de 2023. Disponible en: <https://elpais.com/eps/2023-10-15/los-esclavos-del-calamar-historias-de-explotacion-muerte-y-geopolitica-tras-la-flota-china-de-pesca-de-altura.html>

³⁷ El cultivo y la cosecha del cacao son actividades especialmente vulnerables al trabajo forzado, la trata de personas y las peores formas de trabajo infantil. La esclavitud moderna está impulsada por la pobreza generalizada en las comunidades productoras de cacao, así como por la alta variabilidad de los precios, las barreras para acceder a la educación, los reducidos márgenes de ganancia de los agricultores y la limitada capacidad de negociación de los productores para hacer frente a las fluctuaciones de los precios. Son estas desigualdades estructurales las que llevan a las granjas de cacao a contratar a trabajadores vulnerables, incluyendo sus propios hijos y migrantes, muchas veces a través del trabajo forzado, la trata de personas o la servidumbre por deudas, con el objetivo de satisfacer la demanda, mejorar la rentabilidad y obtener los ingresos para subsistir. En la última década, el aumento del 62% en la producción de cacao en la Costa de Marfil y Ghana conllevó un incremento también del 13% de las peores formas de trabajo infantil, con niños, niñas y adolescentes entre 10 y 17 años utilizados para limpiar terrenos, levantar cargas pesadas, usar productos agroquímicos y herramientas afiladas y trabajando largas jornadas diurnas y nocturnas. Se calcula que en 2028 los beneficios de las grandes empresas chocolateras alcanzarán los 200.400 millones de dólares. Cuanto más se expanda el negocio, más aumentan los riesgos de explotación. *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, p. 189.

³⁸ Los cinco productos en riesgo de mayor valor importados por este conjunto de países fueron: los productos electrónicos (243,6 billones de dólares), la ropa (147,9 billones), el aceite de palma (19,7 billones), los paneles solares (14,8 billones) y los textiles (12,7 billones). *Vid.*, en WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

participación en actividades ilícitas)³⁹ y 1,5 millones en la explotación sexual, entre 2016 y 2021⁴⁰.

Una informalidad laboral explotadora facilitada por la propia demanda de bienes y servicios por parte de los consumidores. A la solicitud de mano de obra en sectores altamente informalizados que son cubiertos por trabajadores extranjeros ante la falta de fuerza laboral nacional (construcción, agricultura, manufactura, servicio doméstico, etc.), se le suma que los países de destino restringen y no proporcionan vías legales para estas personas. Personas que por ello deben entrar de forma irregular, con lo que el riesgo de acabar siendo laboralmente explotados es muy alto, incluso en el trabajo voluntariamente aceptado. Esto es, no es sino la presencia de la economía informal el verdadero efecto llamada, alimentado por empresarios dispuestos a atraer a los inmigrantes irregulares con ofertas de trabajo precario, mal pagado, que estas personas, acuciadas por la necesidad de trabajar, aceptan sin pensarlo⁴¹, hallándose absolutamente desprotegidas por leyes e instituciones. La esclavitud moderna, por tanto, no es sino la más terrible manifestación de la desigualdad extrema, «un espejo del poder, que refleja quien lo tiene en una sociedad determinada y quien no»⁴².

El paradigma de la rentabilidad económica del ser humano, como hilo conductor del modelo de producción neoliberal, ha inspirado también la gestión represiva y políticas de contención de flujos migratorios de sectores empobrecidos hacia las regiones más industrializadas. Un materialista esquema socioeconómico que ha acentuado la vulnerabilidad institucional del inmigrante ante la explotación más extrema. La grave realidad del trabajo forzoso entre los migrantes no puede separarse del también patente discurso político antimigratorio. «La retórica política que refuerza las actitudes discriminatorias y xenófobas hacia los migrantes y los solicitantes de asilo no hacen más que aumentar el clima de riesgo al que se enfrentan tanto dentro como fuera del lugar de trabajo»⁴³. Sobre todo, cuando siguen a situaciones de crisis (conflictos armados, desastres naturales, enfermedades, etc.), con el consiguiente flujo migratorio de quienes huyen del colapso del Estado de Derecho, el fracaso de los servicios básicos y la pérdida de medios de subsistencia. Campo fértil para el abuso y la explotación de quienes huyen, bajo la pasividad complaciente de

³⁹ Sobre todo, en el caso de los niños: 1 de cada 10 son traficados para la mendicidad forzada, mientras que 1 de cada 20 es obligado a realizar actividades delictivas. *Vid.*, en OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁴¹ TERRADILLOS BASOCO, J.: Aporofobia y plutofilia., *op. cit.*, p. 86.

⁴² WWF-Walk Free Foundation: Índice global de esclavitud 2023, p. vii.

⁴³ OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 89.

ese creciente discurso criminalizador de la migración que les hunde aún más en la miseria y la vulnerabilidad.

En el actual contexto económico el trabajador es ante todo fuerza productiva, «una situación que se agrava respecto del perfil económico que define al extranjero-inmigrante, al que se le reserva un estatus de inferioridad legal y excluyente»⁴⁴. Absoluta carencia de libertad aprovechada por las «modernas Compañías de las Indias»⁴⁵, que sin rubor alguno se benefician de ese creciente número de migrantes desesperados. Miles de personas a las que se desprotege frente a la explotación, en beneficio del *sancta sanctorum* de todo el sistema capitalista en su versión más extrema y discriminatoria: el rendimiento económico.

2. 500 años de la Escuela de Salamanca y seguimos sin estar a la altura

Hace ya medio milenio, Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca se oponían al documento del «requerimiento» que, las Leyes de Burgos de 1512, a través del establecimiento de la encomienda (el sistema de trabajo forzado), justificaba la sumisión de los indios si no aceptaban el cristianismo y la autoridad real. Ya por entonces estos beligerantes profesores salmantinos reivindicaron la «hominidad» de los indios, cuando por historiadores y políticos se ponía en duda su condición de hombres, condenando a teólogos y juristas que defendían en el Consejo de Indias que el Rey de España podía hacer esclavos a los indios recientemente descubiertos⁴⁶.

Contra el régimen de esclavitud al que habían sido sometidos los nativos por los primeros conquistadores, Vitoria y sus discípulos reivindicaron su libertad fundamental, social y política, y exigieron a la Corona la proclamación y reconocimiento de esta libertad y su intervención en favor de la liberación del indio, dando como resultado la abolición oficial de la esclavitud en todos los territorios de las Indias⁴⁷. En contacto permanente con la política de represión y explotación que los misioneros les relataban con todo lujo de detalles,

⁴⁴ POMARES CINTAS, E.: «El delito de trata de seres humanos...», *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ En nuestro país tenemos un gran ejemplo en las explotaciones agrícolas relacionadas con el ya conocido como *oro rojo* –cultivo del tomate y la fresa– en Andalucía y Murcia.

⁴⁶ PEREÑA VICENTE, L./CONDE LÓPEZ, J.: *Corpus hispanorum de Pace: inventario de fuentes y documentos, claves de interpretación histórica*, Madrid: Universidad Francisco de Vitoria-Foro Hispanoamericano Francisco de Vitoria, 2022, p. 316.

⁴⁷ Fruto de las reflexiones de la Escuela de Salamanca, son las Leyes Nuevas de las Indias (1542), que buscaron reformar el gobierno colonial español en América, protegiendo a los indígenas de los abusos, prohibir la esclavitud, limitar la encomienda y asegurar un trato más humano.

reivindicaron para los indios la liberación de la violencia de los conquistadores, de la avaricia de los encomendadores, de la represión de los gobernadores, de la injusticia de los jueces y audiencias, de las tiranías de los caciques y curacas, del escándalo de los sacerdotes y traficantes del evangelio, provocando la puesta en práctica de una auténtica teología de liberación del indio⁴⁸.

Desgraciadamente, 500 años después de la llegada de Vitoria a la Universidad de Salamanca (1526) los abusos de los poderosos sobre los desposeídos son los mismos. Si bien ha cambiado el contexto, la esencia no es diferente: la dignidad de millones de personas sigue pisoteada bajo las botas del poder económico. Peor aún, incluso hay quienes presumen abiertamente de ello bajo el testimonio mudo (cuando no vitoreado) de los demás. A diferencia de aquellos tiempos, ahora todos somos testigos directos, no solo de las humillaciones y abusos sobre nuestros iguales, sea cual sea la parte del *orbis* vitoriano, sino también de la impunidad de la que gozan semejantes aberraciones en el kafkiano juego político de los reproches mutuos y la ausencia de soluciones.

Si para Francisco de Vitoria, la justicia era dar a cada uno lo suyo, la relación de equidad e igualdad entre todos, sin atender a la condición del sujeto, no solo parece que no hemos avanzado lo suficiente en tal propósito, sino que los ejemplos en sentido contrario abundan: según la OIT⁴⁹ nos encontramos en el momento histórico con más seres humanos sometidos a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud. La mayoría de ellos personas forzadas a abandonar sus hogares, por causas ajenas también a su voluntad y culpa (guerras, desastres climáticos, etc.), y que tampoco disfrutaban de las condiciones de dignidad y comunicación entre los pueblos proclamados por Vitoria como legado en defensa de sus derechos. La verdad es que difícilmente podríamos haberlo hecho peor y solo nos queda avergonzarnos y denunciarlo. Ese y no otro es nuestro cometido si queremos ser dignos sucesores de Vitoria, Soto, Suárez, Molina, Cano, Báñez y tantos otros humanistas cuyos pensamientos iluminaron el mundo desde las piedras doradas de la ya 8 veces centenaria Universidad de Salamanca.

⁴⁸ PEREÑA VICENTE, L./CONDE LÓPEZ, J.: *Corpus hispanorum de Pace...*, *op. cit.*, p. 316.

⁴⁹ OIT- Walf Free- OIM. Un Migration: Global Estimates of Modern Slavery, *op. cit.*, p. 40.

114. POLÍTICA, GUERRA Y PODER PUNITIVO¹

E. RAÚL ZAFFARONI

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires

El poder punitivo y la guerra. Tobías Barreto señaló que el poder punitivo y la guerra son puros hechos políticos y recomendaba que nadie se esforzase por justificar al primero sin hacerlo con la segunda². Afirmaba también que ambos poderes lo ejercen siempre quienes tienen capacidad para hacerlo, negándoles el carácter de fenómenos jurídicos para identificarlos como puros *facti de poder*. Pero tampoco ambos comparten esa característica por mero azar, sino que fáctica e históricamente están vinculados, lo que no le pasó por alto a Clausewitz ni a Foucault cuando relacionaron la política con la guerra, aunque diferían respecto de cuál es continuación de la otra. La actual impotencia del derecho internacional frente a guerras criminales y a la creciente expansión del poder punitivo resaltan la estrechez de este vínculo e indican la conveniencia de reflexionar a su respecto.

El saber jurídico penal como programador político. Esta nueva reflexión se nos impone a quienes cultivamos el saber –o ciencia– jurídico penal, o sea, a quienes pretendemos programar con nuestros sistemas las sentencias

¹ Texto ordenado de la conferencia pronunciada en la Universidad de Tunja (Colombia) el 20 de agosto de 2025, dedicado con admiración al entrañable amigo y eminente colega Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta.

² *Quem procura o fundamento jurídico da pena deve tambem procurar, si é que ja não encontrou, o fundamento jurídico da guerra (Obras Completas, V, Direito, Menores e loucos e Fundamento do direito de punir, Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 151); la pena no es un concepto jurídico, sino político (idem, p. 149); no existe un derecho natural, pero sí una ley natural del derecho (idem, Estudos de Direito, vol. II, p. 38).*

o actos políticos (de gobierno) de los jueces. La ciencia jurídico penal no puede cumplir acabadamente este objetivo sin tener en cuenta la naturaleza de la *materia* con la que debe vérselas.

El poder punitivo no es jurídico: lo jurídico es su contención. Insistiremos aquí en que la función de nuestro saber debe ser la programación de la contención jurídica racional del poder punitivo, en forma análoga al derecho internacional humanitario respecto de la guerra, o sea, que los jueces deberían cumplir, en el momento político, una función análoga a la Cruz Roja en el momento bélico³, sin olvidar que esta contención es el más eficaz preventivo de los genocidios⁴, que no son otra cosa que crímenes de las agencias ejecutivas del poder punitivo descontroladas y convertidas en asesinatos masivos, como lo muestran los horripilantes genocidios del siglo pasado: *el poder punitivo no contenido se desborda en selectividad genocida*. Este puro *poder político* (*factum* de poder) es la compleja *materia* con que interactúa el Derecho Penal.

El poder punitivo como materia del saber penal. Conforme a lo dicho, la *materia* con la que interactúa el Derecho Penal es un poder político *repressivo* y de *vigilancia* que llamamos *poder punitivo*. Este *poder* es diferente del general poder de coerción jurídica, que es la *materia* con que interactúa todo el resto del derecho al prever formas para solucionar conflictos (por reparación, restitución, coerción directa, conciliación, asistencia, etc.). El *poder punitivo* se ejerce sobre las llamadas *clases peligrosas*⁵ y los disidentes molestos, decidiendo *verticalmente* en unos pocos conflictos de muy diversa naturaleza, *pero sin resolverlos*, porque una de las partes del conflicto queda fuera de ese modelo de decisión, toda vez que el lugar del perjudicado lo usurpa el Estado, que *confisca*⁶ a la víctima. La principal función política del poder punitivo es la verticalización jerárquica de las sociedades, en detrimento de sus relaciones horizontales o comunitarias.

El poder punitivo como medio de verticalización social. En Europa, el poder punitivo resurgió después de los germanos hasta configurar los Estados nacionales, como sociedades estructuradas en forma de ejércitos. Su nexo con

³ Lo expusimos por primera vez en *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989

⁴ V. *Crímenes de masa*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010 (reproduce el trabajo del Premio Estocolmo de Criminología, 2009).

⁵ La expresión fue usada por vez primera por el *College de France* (cfr. *Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista*, en «El penalista liberal, Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba», Buenos Aires, 2004).

⁶ Suele emplearse la expresión *expropiación de la víctima*, pero siendo gratuita es más adecuada *confiscación*.

la guerra es estrecho: *las guerras fueron posibles merced a la jerarquización vertical con que las había configurado el poder punitivo*. Fuera de esta función sustancial es imposible definir positivamente todos los demás efectos del poder punitivo, porque por su naturaleza de *factum* de poder, es enormemente multifuncional. Por ende, solo es posible caracterizarlo negativamente, como todo ejercicio de poder que no corresponde a ninguno de los modelos de solución de conflictos del resto del derecho.

¿Quién ejerce el poder punitivo? El poder punitivo lo ejercen las agencias ejecutivas del Estado (*policías*) y no los jueces, cuyo poder jurídico se limita a habilitar su ejercicio formal en los casos seleccionados por ellas, operando como *semáforos de contención reguladora*. El poder punitivo así habilitado conforme a las leyes es *manifiesto*, pero también hay agencias que lo ejercen en *forma latente* con otros discursos legitimantes (psiquiátricos, asilares, tutelares, etc.). El referido poder habilitado por los jueces es *formal*, pero también se ejerce un poder punitivo *informal* por las agencias ejecutivas autonomizadas (abusos policiales, torturas, ejecuciones sin proceso), que es ilícito y, por ende, su existencia depende de que el *formal* no lo reprima o sea impotente. En sociedades altamente *caotizadas* y Estados atrofiados, el *informal* predomina y lo ejercen también bandas criminales al margen de las agencias ejecutivas (o simbiotizadas con ellas).

La selectividad punitiva. El poder punitivo en todas sus formas –*formal, latente e informal*– es más *selectivo* en las sociedades con mayor concentración de riqueza, dado el mayor el número de excluidos a los que reprimir y vigilar. La selección criminalizante responde a la vulnerabilidad, repartida conforme a *estereotipos negativos*, producto de la comunicación social en base a los prejuicios discriminatorios (racistas, etarios, xenófobos, clasistas, etc.). Los *hombres* con características estereotípicas son los más vulnerables como preferentes objetos de represión, en tanto que las *mujeres* son *subhumanizadas* por el poder patriarcal apuntalado por el punitivo.

El esfuerzo por convertir al poder punitivo en fenómeno jurídico. El poder punitivo presenta la singular característica de que su desborde arrasa con todos los derechos y, junto a la guerra, es responsable del mayor número de homicidios de la historia. Nuestra ciencia, en lugar de esmerarse por contenerlo racionalmente, se esfuerza obcecadamente por convertirlo en un fenómeno jurídico, es decir, por encajarlo a la fuerza dentro del derecho, lo que provocó un enorme estallido de discursos heterogéneos que intentan legitimar ese *factum* político.

El aquelarre o la caótica tienda de ropavejero. La disparidad de estos discursos llega al máximo porque procuran legitimar al poder punitivo por

medios muy diferentes: imaginan modelos de Estados, funciones de la pena, mundos normativos y tampoco faltan los que lo hacen un ídolo cuya expansión puede resolver cualquier cosa. Un recorrido por este variopinto curso de discursos deja la misma sensación que una tienda de ropavejero desordenada, en la que es muy difícil encontrar un criterio que posibilite su orden y explicación funcional, en especial porque no se entiende para qué sirvió o quiso servir cada una de prendas allí mezcladas.

¿La filosofía como hilo conductor ordenador? Es posible ordenar esa enorme heterogeneidad discursiva adoptando como hilo conductor a la *filosofía* que –al menos como la entendemos– se ocupa de los primeros principios, comenzando por el *ser*, es decir, por la *ontología* (o *metafísica*). En este sentido, busca una respuesta a la pregunta ¿por qué ser?, ¿por qué mejor no ser? Para aproximarse a una respuesta procura indagar el *ser de los entes*, comenzando por interrogar al propio ente que formula la pregunta, es decir, el *ser humano*, el *ser allí*, el *ser-siendo* que adelanta su existencia, con lo cual la pregunta ontológica acaba siendo una *antropológica*, en tanto que las preguntas sobre el ser de los otros entes corresponden a las *ciencias*, como *ontologías regionales*.

Es un criterio ordenador que no explica su dinámica. Pero la filosofía no va al encuentro de las ciencias, sino que son éstas las que buscan a la filosofía para *arañar* de ella lo que cada una demanda para confrontar con su *materia* –y *legitimarse como ciencia*–, de modo que las *ontologías regionales* son dispares (realistas o idealistas, racionales o románticas, etc.). El intento es válido⁷, porque ofrece un criterio ordenador, pero no explica la dinámica ni las funcionalidades discursivas. La clasificación se queda en la superficie de las *ideas*, como si fuesen ocurrencias de algunos pensadores, sin que esos cambios respondan a las variables de un puro *factum* político tan complejo, multifuncional y vinculado a la guerra como el poder punitivo.

Las ideologías y la crítica ideológica. Pero las *ideas* no se presentan aisladas, sino que se articulan en forma de *sistemas de ideas* con cierta coherencia, a las que llamamos *ideologías*, sin ningún sentido peyorativo (como el napoleónico o el marxista corriente), puesto que los *sistemas de ideas* o *ideologías* son indispensables para acercarnos a la realidad y su valoración en cada caso es una cuestión que no hace a su naturaleza, sino a la *crítica de las ideologías*⁸, que también es *ideológica*.

⁷ ASÍ FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, 1953; también nosotros en *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1980, T. II.

⁸ Cfr. ABBAGNANO, Nicolás, *Diccionario de filosofía*, 1993.

¿Por qué una ideología se vuelve dominante? ¿Por qué en cierto momento se vuelve dominante una ideología y desplaza a otra como pasada de moda? Así como hoy nadie toma de la tienda de ropavejero una peluca del siglo XVIII –salvo para un baile de disfraces–, tampoco domina la idea de que el delito es producto de *criminales natos* o de *brujas* que pactan con el enemigo (Satán), ideologías que hoy llegan a producirnos repugnancia. En lugar, citamos con simpatía a los ilustrados de fines del XVIII, como si su ideología hubiese respondido a un espontáneo brote de piedad y generosidad.

El poder punitivo y el mundial. Una mirada menos superficial sobre la historia, basta para verificar que, a partir del siglo XV, cada ideología penal estuvo engarzada con una etapa del poder planetario real o potencialmente bélico. Cada una de las ropas de la tienda de ropavejero vistió –o quiso vestir– un momento de poder punitivo en perfecta armonía con el poder planetario. Las diferentes etapas del *sistema mundo*, que se inició a fines del siglo XV⁹, fueron marcando las modalidades del poder punitivo y, por ende, las de sus correspondientes variables ideológicas legitimantes.

Poder bélico, mundial y punitivo. El poder bélico está vinculado al punitivo, porque este último es el que verticaliza a la sociedad, dándole la forma de jerarquizada de un ejército (estructura bélica) que acaba por despertar sus ambiciones *imperiales* de poder planetario. Pero no siempre se muestra esta dinámica, habida cuenta de que hay un relato desde el norte colonizador y otro desde el sur colonizado. El relato del norte, prefiere limitarse a describir lo sucedido en su ámbito metropolitano, subestimando su efecto bélico genocida sobre el sur colonizado. En lugar, cuando se relata desde el sur, aparecen los millones de muertos y esclavizados de la colonización, producto de la superioridad bélica de que había dotado a las potencias del norte el poder punitivo verticalizante. Este es el panorama completo de la historia criminal de la humanidad¹⁰.

El colonialismo como hecho de poder bélico asigna una nueva función del poder punitivo. El colonialismo originario ocupó policialmente nuestra América, para establecer una inmensa institución total de trabajo forzado; fue un hecho bélico, posibilitado por el poder punitivo que había verticalizado a las sociedades colonizadoras (en especial a Iberia), dotándolas de las estructuras capaces de esa empresa. Sin el poder punitivo Europa no hubiese podido liberarse de los islámicos y colonizar América ni extender luego sus genocidios *neocoloniales* a otros continentes.

⁹ Cfr. WALLERSTEIN, I. M., *Comprendere il mondo. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondi*, Trieste, 2006.

¹⁰ Cfr. n. *Colonialismo y Derechos Humanos, Apuntes para una historia criminal del mundo*, Bs. As., Taurus, 2022.

La función del poder punitivo en las colonias. Pero al mismo tiempo, por efecto del ejercicio bélico colonialista, surgió una nueva función del poder punitivo, que no solo de verticalizó para posibilitar la empresa bélica colonial, sino que una vez ocupado bélicamente el territorio, el inmenso campo de trabajo forzado requirió una jerarquización que ordenase al personal de la sociedad colonizada del modo más funcional para el colonizador. Como es natural, en la base de esta pirámide estaban los pueblos ricos en melanina, con sus originarios y mestizos y sus mujeres con discriminación acumulativa.

¿Qué pasó antes del siglo XVIII? El relato de la historia de nuestra ciencia jurídico penal suele tratar por encima las ideologías penales europeas de los siglos anteriores al XVIII. Así, no se detiene mucho en la recepción del derecho romano y las leyes inquisitorias del imperio recopiladas por Justiniano, el nacimiento de la ciencia europea del Derecho Penal en el norte italiano, los glosadores y posglosadores, la inquisición contra los *herejes* primero y luego contra la hechicería con la subhumanización femenina, el sistema integrado de ciencias penales del *Malleus Maleficarum*, etc. De este modo se minimizan las ideologías legitimantes del poder punitivo que verticalizó a las sociedades colonizadoras, dotándolas de la estructura bélica que les permitió expulsar a los islámicos y emprender la colonización para hacerse de oro, plata y materias primas, causando la muerte de millones de originarios y el transporte también masivo de africanos esclavizados.

¿Un brote espontáneo de razón? Como vimos, según el relato del norte, en el siglo XVIII se disipa la *oscuridad* con las ideas iluministas, como puramente penales, cuando en verdad convergieron allí ideologías racionales y pragmáticas para oponer modelos de Estados al absoluto del *ancien régime*, es decir, que se trató de una lucha entre las burguesías y las noblezas europeas, que costó algunas cabezas y en otros casos se resolvió al modo del *Gattopardo*. La dura verticalización ibérica impidió su adaptación a la revolución industrial y permitió nuestras independencias y el desplazamiento de la hegemonía europea a las potencias del centro y norte. Cabe observar que las ideologías ilustradas no objetaron el genocidio colonial ni el tráfico esclavista, cuyas mayores cifras fueron justamente en el siglo *de las Luces*.

¿Se apagó el brote de razón? Una vez empoderadas, las burguesías archivaron las ideologías *humanistas* y abrazaron las fabulaciones del diletante Spencer. Despidieron a los filósofos y recibieron a los médicos con su reduccionismo biologista y racista, como ideología legitimante del control policial de sus marginados y de la extensión *neocolonial* de sus genocidios por Asia, Oceanía y África, que solo en el siglo XIX provocó setenta millones de muertes. A África la repartieron en Berlín en 1885. El llamado *positivismo penal*,

con la *peligrosidad* policial, la criminología biologista y el Derecho Penal de autor, fue un capítulo de esta ideología.

Nuestra ciencia penal positivista. Salvo el código penal imperial del Brasil de 1830, que fue una obra original, nuestra región importó códigos penales durante el siglo XIX (españoles de 1848-1850, 1870, francés, belga, bávaro)¹¹, pero en nuestra ciencia jurídico penal dominó el positivismo racista hasta mediados del siglo XX. Esto se explica porque después de la independencia, nuestras elites se liberaron de los liberadores y sirvieron como procónsules de las nuevas potencias colonialistas (en especial Gran Bretaña), instalando *repúblicas oligárquicas*, con constituciones republicanas de mero papel. El *spencerianismo* legitimaba a las minorías proconsulares como avanzadas de la civilización frente a la supuesta *barbarie* de nuestros pueblos, considerados racialmente inferiores (originarios, mestizos, negros, mulatos, etc.). Nuestras oligarquías legitimaron al poder punitivo como instrumento de jerarquización de nuestras sociedades neocolonizadas.

Treinta años de guerra interimperialista. Como las sociedades colonizadoras europeas continuaron reforzando su poder punitivo y su verticalización, acabaron confrontando bélicamente durante tres décadas (1914-1945), en cuyo curso surgieron poderes punitivos criminales, legitimados con ideologías *míticas*: los mitos del Estado imperial romano, de la raza superior aria y de la etapa de dictadura del proletariado, legitimaron la crueldad genocida de ese tiempo, con la promesa de la restauración imperial romana, del perdido paraíso germánico y del fin de la historia. La última etapa de este descomunal brote tanático se cerró con Hiroshima y Nagasaki.

El mundo bipolar y nuestra América. Así advino el llamado *mundo bipolar*. Hubo algunas *décadas de oro* de la economía, en que se instalaron *Estados de bienestar* en el norte, conteniendo el avance soviético. En nuestra América, la Revolución Mexicana había iniciado el ocaso de las repúblicas oligárquicas. Surgieron partidos y gobiernos populares contra los que Estados Unidos, al reemplazar la influencia británica en la región, manifestó su hostilidad. A partir de 1954 la interferencia norteamericana perturbó toda la vida política de nuestra América —más aún desde la Revolución Cubana— con la promoción de frecuentes golpes de Estado que culminaron con las dictaduras de seguridad nacional.

Los penalistas europeos habían recuperado la hegemonía discursiva. Si bien el desprestigio del racismo en la posguerra determinó el fin del positivismo penal, desde las primeras décadas del siglo los juristas europeos se habían

¹¹ V. Levene-Zaffaroni, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1980.

alzado contra la hegemonía positivista de la corporación médica, con la versión técnico-jurídica italiana de Rocco y otros (que rechazaban la filosofía) y, con mayor fortuna, con el neokantismo alemán de Baden. Este último distingue las ciencias *naturales* de las *culturales*, considera que el mundo es real, pero desordenado y, para hacerlo disponible es menester que los valores lo ordenen. Este neokantismo liberó a la ciencia jurídico penal alemana del *spencerianismo*, pero permitió construir sistemas con dispar orientación política, pues todo depende de cuáles sean los valores que ordenan. Así, construyeron sistemas incuestionables juristas liberales (Gustav Radbruch, M. E. Mayer, H. von Weber) y también otros autoritarios (Mezger, Sauer).

La importación latinoamericana. Al caer el racismo acabó el positivismo *peligrosista* y nuestra ciencia jurídico penal perdió su sustento ideológico y decidió importar la dogmática penal alemana, primero con los acentos positivistas de von Liszt y luego en sus versiones neokantianas. A partir de entonces fueron importándose sucesivamente como si el último fuese superior a los anteriores por su mayor completividad lógica (menor contradicción), pero sin reparar en la intencionalidad política de esas construcciones conforme a los contextos de la compleja historia alemana.

La imagería penal y los modelos de Estado. Es curioso que se sigan construyendo sistemas asignando funciones a la pena, sin advertir que a cada una de éstas corresponde cierto modelo de Estado. Las construcciones dogmáticas así elaboradas *imaginan* funciones *que debería cumplir la pena* según cada penalista, pero sin ninguna referencia a los efectos reales del poder punitivo en cada sociedad. En este sentido, la dogmática imita a los ilustrados del siglo XVIII, sin reparar en que éstos proponían modelos de Estados contrapuestos al absoluto, en tanto que los modelos de Estados están ahora definidos en las constituciones. Al proceder de este modo, la *imagería penal* trata a las teorías del Estado y a sus antropologías filosóficas como problemas penales y suele hacerlo con harta superficialidad.

La construcción de realidad por selección. La ordenación por valores permite dejar de lado los molestos (*construcción de realidad* por selección omisiva). Así se elaboran sistemas interpretativos que facilitan el *confort burocrático*, pues es incómodo enfrentarse con los factores reales de poder. La ciencia jurídico penal así construida promueve que las sentencias (actos políticos de gobierno de la *polis*) se pronuncien conforme a funciones de la pena y a un modelo de Estado *imaginados* —o *alucinandos*—, sin confrontar con las violaciones a normas constitucionales e internacionales en el ejercicio del poder punitivo. El valor de verdad de estos sistemas se verifica con su completividad lógica (no contradicción), es decir que su construcción es *solipsista*. En

el plano individual sería equivalente a verificar un contenido delirante en función a la buena sistematización del delirio; en el científico, equivale a elevar a la lógica a ontología.

Las cosas se complicaron mucho en el mundo. Al avanzar el siglo pasado, el mundo se fue complicando: la guerra de Vietnam; la crisis del petróleo; el fin de las décadas de oro; la implosión del socialismo real; la promesa de un paraíso capitalista globalizado y su fracaso; el fin del patrón oro; la conversión del dinero en papeles y luego en números de computadora; la *financiarización* de la economía; la pérdida de poder los políticos en favor de los *chiefs executives officers* de corporaciones transnacionales; la creciente amenaza para la humanidad con el cambio climático, la destrucción salvaje de los ecosistemas, la desaparición de especies, la desertificación, etc. Nuestra América padeció gravísimas alteraciones de la vida institucional; el poder punitivo desbordado (*subterráneo*¹²) en dictaduras genocidas de *seguridad nacional* que al fin resultaron peligrosas para el propio poder transnacional.

Dos caminos que se profundizan. Nuestra ciencia jurídico penal siguió importando doctrina alemana, no solo neokantiana, sino incluso de cierto hegelianismo regresivo (minoritaria en su contexto de origen), cada vez más resistente a los datos del ejercicio real del poder punitivo, es decir, crecientemente *solipsista*, hasta el punto de asignarle a la pena la mera función formal de ratificar la eficacia de la norma y *normativizar* toda la realidad (interesa el *deber ser* y no el *ser*). Por su parte, la criminología anglosajona se volvió sociológica poniendo de manifiesto la selectividad del ejercicio del poder punitivo, los estereotipos, el etiquetamiento, etc. y con sus acentos críticos llegó a nosotros, primero por obra de las criminólogas venezolanas Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo. La distancia entre la ciencia jurídico penal y las ciencias sociales se amplió y hasta se negó la posibilidad de remontarla¹³.

La desintegración actual del Derecho Penal y la criminología. La criminología sociológica fue en la región una saludable bocanada de realidad, pero indignó a la ciencia jurídico penal al incorporarla como parte de su objeto de conocimiento: a nadie le gusta que lo estudien. Si bien siempre que hubo poder punitivo hubo criminología –porque nadie afirmó nunca que lo ejercía porque sí– la integración de la ciencia jurídico penal y la criminología se interrumpió con el neokantismo y se continúa ahora, aunque la actual *desintegración* responde a una diferente motivación: la de hace un siglo tenía por objeto

¹² La expresión corresponde a Lola Aniyar de Castro.

¹³ Así, Alessandro BARATTA, «Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica», en *La questione criminale*, año V, n.º 2, mayo-agosto de 1979.

liberar a los juristas de la tutela de la corporación médica; la actual quiere eludir todo dato de realidad que genere problemas con el poder (facilitación del *comfort burocrático*).

Se agudiza el caos y la decadencia. Durante los años de alteraciones institucionales y dictaduras, nuestra ciencia jurídico penal se encerró en sí misma, como si nada pasase en nuestras sociedades, pero las características caóticas que se anunciaban a fines del siglo pasado se agudizaron en este primer cuarto de siglo, ante los efectos del actual *tardocolonialismo financiero*. El ejercicio real del poder punitivo está orientado a jerarquizar nuestras sociedades conforme a los intereses colonizadores, de modo crecientemente incompatible con el modelo de Estado de derecho, que muestra ahora altos grados de deterioro y franca decadencia. En general, puede decirse que la dependencia geopolítica mediante el endeudamiento agudiza la concentración de riqueza y los Estados compensan la atrofia de sus funciones asistenciales y un nuevo subdesarrollo con el aumento de su función represiva: el modelo del Estado social de derecho es reemplazado por el del Estado policial represor.

Los alarmantes signos decadentes. Los signos de esta decadencia son varios: prisiones superpobladas con alta letalidad; más de la mitad de los presos sin condena; aumento del poder punitivo informal; simbiosis de policías con criminalidad de mercado; ejecuciones sin proceso; desapariciones forzadas; altos índices de muerte violenta; creciente selectividad; punitivismo mediático populachero; políticos inescrupulosos que sancionan reformas legislativas que acaban con la legalidad; crisis notorias de los poderes judiciales; manipulación de operadores judiciales para persecución política, criminalización de dirigentes molestos para la instalación de los modelos jerarquizados funcionales al colonialismo financiero (*lawfare*).

La comunicación electrónica. Potencia el caos la nueva tecnología de comunicación electrónica (internet, redes, *trolls*, *big data*, etc.), que hace que la insatisfacción –antes encausada por fuerzas políticas– se convierta en odio, pero dirigido a debilitar a los partidos políticos en beneficio de *líderes* improvisados contruidos por *influencers*, que se apoderaron del lenguaje disruptivo, hasta hace unos años propio de los partidos progresistas. Estos *líderes virtuales*, al estilo *schmittiano*, postulan una aparente *antipolítica*, pero en realidad son los procónsules del actual colonialismo financiero, basado en el irresponsable endeudamiento astronómico de nuestras Estados, que se someten sumisa y descaradamente a las directivas coloniales. Las lecturas simplistas pretenden ver en esto un avance de las *derechas*, expresión que carece de sentido en el actual contexto de poder, en que tiene lugar una demolición de los Estados de derecho en beneficio del poder financiero transnacional.

El impulso al solipsismo y el reclamo ético. Hemos visto que, a medida que la *materia* de nuestra ciencia fue tornándose más problemática, ésta se encapsuló más para excluir de su horizonte de proyección todo dato molesto acerca de su ejercicio. La creciente extensión actual del poder punitivo formal e informal, en violación de normas limitadoras propias de todo Estado de derecho, la destrucción de la propia legislación penal y la descodificación, a lo que se suma la enorme complejidad del contexto de poder regional y mundial, son ahora factores que refuerzan la tendencia al *solipsismo* lógico. Pero, por otro lado, esos mismos factores, al hacer tan obvia la selectividad, violencia y arbitrariedad del poder punitivo, generan una fuerte demanda ética que hace intolerable la indiferencia científica. En síntesis: la ciencia jurídico penal se encuentra en una encrucijada: por un lado, el impulso a la omisión selectiva de datos molestos; por el otro, el *reclamo ético* que le demanda una respuesta.

¿El reclamo es solo ético? Llamamos *reclamo ético* a la demanda de introducción de datos reales a la hora de elaborar sistemas conforme a los cuales se espera que los operadores judiciales emitan sus sentencias (actos de gobierno). Desatender este reclamo, refugiándose en el *solipsismo lógico* y en el *mundo normativo*, haría que en breve nuestra ciencia sea estigmatizada como lo hizo Carrara con la de los prácticos, a la que llamó *schifosa scienza*. Pero al operador judicial que envía a un sujeto a una cárcel de alta mortalidad, no puede pasarle por alto este dato y no percatarse de que en lugar de una prisión preventiva estará disponiendo una pena de muerte por azar. Este ejemplo demuestra que la necesidad de una dogmática penal alimentada con datos de realidad, no es un reclamo sólo ético, sino jurídico dirigido a una ciencia que, de permanecer *solipsista*, legitima la demolición de nuestros Estados de derecho y la jerarquización colonialista de nuestras sociedades, al tiempo que tolera eventuales crímenes contra la humanidad.

¿Una ciencia antijurídica? Una ciencia que renuncie a su función de acotamiento racional del *factum político* que llamamos poder punitivo, omitiendo los datos acerca de su ejercicio y función real en la sociedad, será *antijurídica* como favorecedora –por acción u omisión– del derrumbe del orden constitucional y del jurídico en general. El reclamo que se le formula no es solo ético y menos aún supralegal, sino directamente jurídico, por imperio de las normas constitucionales e internacionales vigentes y que exigen eficacia.

CAPÍTULO V

Criminología y victimología

**115. KIROL ESPARRUAN EZARRI DIREN ADIN TXIKIKOEN
ZAINZA ETA BABES PROTOKOLOAK DIRELA ETA, ZER
GERTATZEN DA ERASOTZAILEAK ERE ADIN TXIKIKOAK
DIRENEAN? ADIN TXIKIKOEN ONGIZATEAREN ALDE
AURRERA EGITEN JARRAITZEKO HAUSNARKETA XUME BAT.
DE LA CUESTA MAISUAREN OMENEZ**

JUAN ALDAZ ARREGUI

Profesor Agregado de Sociología

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (EHU)

De la Cuesta irakasleak, bere lan ibilbide oparoan, zigor zuzenbidearen begiradatik, maisuki hainbat eta hainbat aspektu abordatu izan ditu, besteak beste, partekatzen dugun intereseko ikergai ditugun egoera zaurgarrian dauden adin txikikoak, oro har, baina bereziki, zaurgarritasun hori bere portaera delitugiletik eratortzen den adin txikikoak. Berak zigor zuzenbidetik, nik soziologiatik.

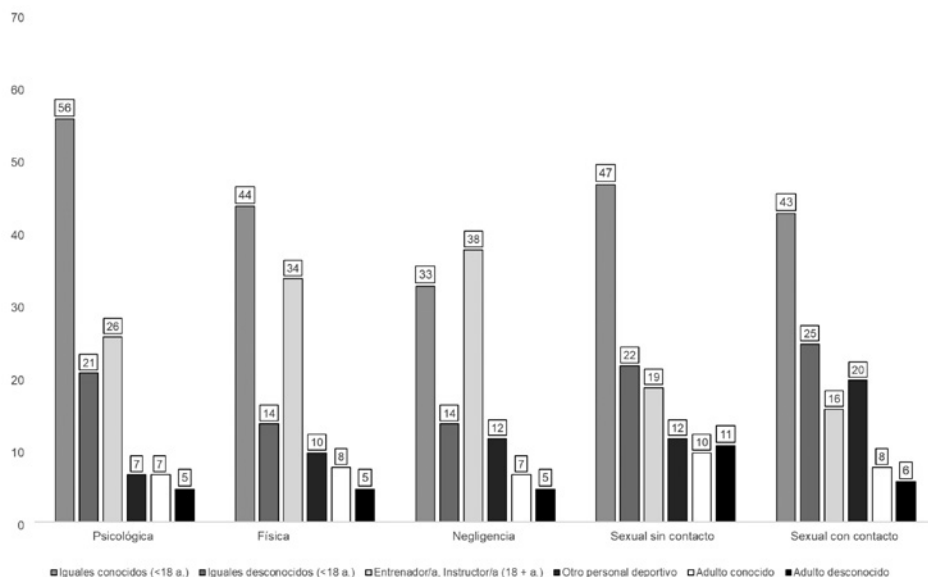
Diziplina ezberdinetatik, baina, oinarrian IVAK/KREIeko kide garenok batzen gaituen begirada humanistatik, gizabanako orok, egoera lazgarrienetan ere, begirunea merezi dutelako usteak batzen gaitu De la Cuesta maisua eta ni. Hargatik, bide ezberdinetatik, baina batzen gaituen IVAC/KREIeko testuinguruak ahalbidetu duen harremanaren ondorio den estima oinarri, hausnarketa xume hau, eta etorkizunean gai honen inguruan etorriko direnak, De la Cuesta maisuaren arrastoa dute, eta izango dute.

Honela bada, batzen gaituen interes hau aitzakia modura hartuta, azpimarra jarri nahi nuke adin txikikoen zaintza eta babesaz ari garenean, hau, adin txikikoak biktima zein erasotzaile direnean bermatu behar den zerbait dela. Ahaztu egin ohi baitugu, adin txikikoen zaintza eta babesaz ari garenean, era-

sotzaileen gehiengoa ere, adin txikikoak izan ohi direla. CASES (*Child Abuse in Sport European Statistics*)-eko¹ ikerketan aurkezten diren datuen Arabara, bortxakeria motu guztietan, gehienetan, eragileak ere adin txikikoak izan ohi dira: bortxakeria psikologikoa, fisikoa, arduragabekeria, kontaktu gabeko bortxakeria sexualean nola kontaktua tarteko ematen den bortxakeria sexualaren kasua. Guztietan, adin txikikoak izan ohi dira eragileak (ikus 1. irudia).

Hau argi izatea ezinbestekoa da, askotan, ustea dugulako, adin txikikoen kontrako bortxakeriaren eragile nagusiak, kirol esparruan ere, helduak izan ohi direla, eta, datuen arabera, ez omen da horrela.

1. IRUDIA. PERTSONARTEKO BORTXAKERIA MOTA EZBERDINEN BANAKETA BORTXAKERIA ERAGITEN DUEN PERTSONAREN ROLAREN ARABERA



Iturria: https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/project-result-content/7173f2f3-7b53-465c-808f-c8185f5acc8c/Spain_Report.pdf

¹ https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/project-result-content/7173f2f3-7b53-465c-808f-c8185f5acc8c/Spain_Report.pdf; Bertsio osoa: Hartill, M., Rulofs, B., Lang, M., Vertommen, T., Allroggen, M., Cirera, E., Diketmueller, R., Kampen, J., Kohl, A., Martin, M., Nanu, I., Neeten, M., Sage, D., Stativa, E. (2021). CASES: Child abuse in sport: European Statistics - Project Report. Ormskirk, Reino Unido: Edge Hill University.

Euskadin kirol esparruan adin txikikoen ongizatea bermatzeko abian jarri diren ekimenen artean, Haurrak eta Nerabeak Indarkeriatik Begiratzeko Babes Integralarena ekainaren 4ko, 8/2021 Lege Organikoaren markoan (aurrerantz zean LOPIVI, bere gaztelaniazko inisialengatik) abian jarritako ekimenak, oro har, eta babes protokoloa, bereziki, goraipatu beharko genituzke.

Protokolo honen zergatia, LOPIVIak ezartzen dituen bestelako mekanismoen artean, esanguratsuenetakoa da. Bertan, IX. KAPITULUan, Kirolaren eta aisiaren eremuaz mintzo denean, *Kirolaren eta aisiaren eremuko indarkeriaren aurrean jarduteko protokoloak* izenburua duen 47. artikuluan, laburretik, zer egin behar den esaten du hiru plano goraipatuz: prebentzioa, goiz hautematea eta esku hartzea, nola egin zehaztu gabe, eta aipatu dugun bortxakeria iturri nagusia adin txikikoak ere izan ohi direla behar beste azpimarratu zeren, oker egon banintek ere, badirudi «haurren eta nerabeen kontra gerta daitezkeen indarkeria-egoerak prebenitzeko, goiz hautemateko eta horietan esku hartzeko» dionean, hauek biktimak baino ez, eta erasotzaileak «beste batzuk», helduak, direla aditzera ematen duela dirudi.

Hau argitzea eta garatzea ezinbestekoa da arazoaren izaera eta soluziobide estrukturalak zehazteko zeren, antza, adin txikikoen arteko arazo bat da bereziki, eta ondorioz, erronka hezitzaile bat bilakatzen da beste ezer baino gehiago. Bestela esateko, helduen portaera bortxatzaileen arriskua ere egon badago ere, eta ondorioz beren jardun egokiak zehaztu eta arautu behar badira ere bortxakeria ekiditeko, hau ez da arazoaren muina. Arazoaren muina adin txikikoek kirola ze nola irudikatu eta praktikatzuten duten moduarekin lotua egon daitekeela ematen du gehiago eta, akaso, bertan dauden helduek, hori behar bezala esparru hezitzaile integralagoa bilatzeko duten ezintasunarekin.

Are gehiago, batzuetan, protokoloak bezalako instrumentuak, segun eta nola abordatzen diren, badirudi mesfidantzatik eraikitzen dutela gehiago konfiantza eraikuntzatik baino. Hau da, arrisku mota oro ekiditeko, ezohikoenak eta salbuespenekoak direnak ere ekiditeko, mesfidantzatik eta beldurretik lan eginda, gauza onak ere gertatzea ekidinez. Bestela esanda, zentzurik ba al du salbuespenak diren gertakari gordinak izatea egunerokotasuna kudeatzeko baliatu behar ditugun irizpideak? Joera honek, gauza arriskutsuak gerta ez daitezen ezer ez egitera eraman gaitzake eta, ondorioz, ez dira zoritxarrak gertatuko kirol esparruan, baina ezta gauza onak ere.

Gainera, adin txikikoak babestu nahian hartzen ari diren erabakietako asko helduak beren esparruetatik aldentzearekin zer ikusia dute, esaterako aldagelen kudeaketarekin, eta erabaki honek adin txikikoak babestu baino gehiago, berdinen artean gertatzen diren bortxakerien aurrean, adin txikikoak babesgabetasun egoera batean utzi ditzake. Edota entrenatzaileak haur bat kirola egitera ez laguntzeak haur hori kirolik egin gabe utzi lezake. Egoera

hauek, eta beste batzuk, lehen behar bezala zehaztuak ez zeudenak, egun, debeku bilakatu dira kirol esparruko heldu guztiak arrisku iturri bilakatu baitira.

Eta guzti hau, ezin ahaztu, aurrez ere delitu kontsideratuak zeuden portaerak abordatzeko genituen instrumentuak eta beharrak mantentzen diren bitartean: zigor kodea eta, noski, delituak jakinarazteko edo salatzeke betebeharra.

Zer da, beraz, LOPIVIak egiten duen ekarpena, oro har, eta Euskadin, konkretuki, eman zaion erantzuna?² Oro har, esan liteke, LOPIVIak mahai gainean jarri duena dela orain arte, bereziki kirol esparruan, ezkutuan zegoen errealitate estruktural bat, hau da, hau da, adin txikikoek bortxakeria mota asko jasan izan dituztela, eta oraindik egun ere jasaten dituztela, kirol esparruan. Orain artean kirol esparruan beste inon onartzen ez ziren jarrerak eta portaerak onartuak zeuden. Egun, horien aurrean bestelako sentsibiltate bat ezarri da. Euskadin hori ikusteko begiratu beharraren ideiarekin lotu da. Hau da, garai batean ez ziren bortizkeria batzuk detektatzen, ez eta salatzen, ez genuelako egun bezala begiratzen. Kirolean propio onartzen ziren portaerak ziren.

Kontrara, uste dut oraindik ez diogula egiaz oinarritzko hausnarketari heldu. Hau da, kirolak adin txikikoen kasuan izan behar duen izaera hezitzailea are eta ozenago eta argiago aldarrikatzea. Kirola ez da helduen interesak asetzeko iturri bat, harrobiko logika ustiatzailean gazte kirolari askoren trataerak eta abar erakusten diguten moduan. Kirolak haur eta nerabeen interes gorena landu eta bermatzeko beste erreminta hezitzaile bat gehiago izan behar du, hauek bortxakeriaren biktima zein eragile direnean, eta zentzu honetan, susmoa dut, oraindik egun, ez garela bere potentzial hezitzaile guztia baliatzen ari.

Argatik, hausnarketa txiki honen bitartez, berriro ere, kirola hezitzailea eta adin txikikoen ongizate gorena bermatzeko bitarteko izan dadin, hauek bortxakeriaren biktima zein eragile direnean, esplizituki abordatu beharko diren aspektuak dira. Bestelakoan, borondate onenarekin ere, bortxakeria mota diferenteak sortzen, erreproduzitzen, edota areagotzen ariko gara.

Eta amaitzeko, zigorrak mintzatu beharko garenean ere, adin txikikoez ari garenean, kirola erraminta paregabe bat izan daiteke adin txikikoak birgizarteratzeko. Baina, berriro ere, kirolaren balio onen usteetatik haratago –usteak erdia ustel badakigu–, propio modu hezitzaile batean baliatzen badugu. Honela bada, kirol-legez diogunean, ideia honetan sakondu gabe, adin txikikoez ari garenean, usteetatik proiektu zehatzetara pasa gaitezen, beti adin txikikoen interes gorenaren bila.

² https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/kirol_eskola_argitalpenak/eu_def/adjuntos/HNIBBILO.-Sarrera-gida.pdf; Baita erraminta kutxa: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/kirol_eskola_argitalpenak/eu_def/adjuntos/TXOSTENA_Caja-de-herramientas-para-iniciar-el-proceso-de-implementacion-bienestar_SEPT_eu.pdf

116. LAS CONDENADAS DE LA TIERRA: EL SABER CRIMINOLÓGICO CONTRA LAS MUJERES

MATÍAS BAILONE

Profesor de Derecho Penal y criminología en la Universidad de Buenos Aires ¹

I. LOS TRES INICIOS DE LA CRIMINOLOGÍA EN CLAVE FEMINISTA

Mucho antes que las criminologías llamadas feministas tomaran cuerpo desde la segunda mitad del siglo xx, el lugar de la mujer (su cuerpo físico y simbólico) en el pensamiento y en las prácticas criminológicas ha sido siempre un lugar estelar. Se ha teorizado sobre ellas, se han escrito voluminosos tomos sobre la peligrosidad de ciertas formas de femineidad, pero principalmente las mujeres han sido el blanco de los ataques punitivos, formales e informales del sistema.

Podemos decir que el sistema penal surge matando mujeres, quemándolas en las hogueras del catolicismo más rancio, domesticándolas como a animales salvajes. Y eso lo ha logrado con singular éxito no sólo por la bestialidad institucional de la inquisición (de las diversas formas inquisitoriales que van desde el siglo xiv hasta los estertores del siglo ilustrado) sino también por el poder narrativo de los relatos ficcionales religiosos y pseudocientíficos.

Desde el inicio de esto que llamamos los pensamientos criminológicos, desde los comienzos mismos del poder punitivo tal cual lo conocemos, la mu-

¹ www.matiasbailone.com

jer (su corporeidad) ha sido un elemento central para conjurar los peores pánicos morales y las prácticas sociales más estigmatizantes y nocivas hacia ellas.

Las instituciones de control social han siempre priorizado la domesticación a través del *soft power* de la doctrina o el pensamiento. Más allá del uso ilimitado del poder punitivo puro y duro. Esto puede verse claramente en los inicios de la era moderna, del capitalismo tal como lo conocemos, y en los orígenes mismos de la criminología como preocupación política y social.

Si bien no se puede hablar de criminología si no hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX, tanto en nomenclatura como en pretensión científica, y tampoco se puede hablar de un saber organizado sobre los delitos y las penas si no desde la publicación de la ínclita obra de Beccaria, decimos que hay criminología desde el siglo XV. El plural mayestático hace referencia al magisterio en el cual me encolumno: el del Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, su agnosticismo penal y su criminología cautelar.

Esto es lo que he denominado los tres inicios u orígenes de la criminología. La manualística al uso mayoritariamente tiene en cuenta su origen en el positivismo criminológico decimonónico, y una minoría en el liberalismo dieciochesco. Es decir, que es correcto afirmar que la criminología surge en el siglo de las revoluciones, el largo siglo XIX, como supuesta ciencia y con ese nombre. Pero también es correcto decir que la criminología como preocupación política y filosófica antecede en cien años a su supuesta primera fundación, con la publicación en 1764 de «*Dei delitti e delle pene*» del Marqués de Beccaria.

Como la ciudad de Buenos Aires, la criminología tiene dos fundaciones (la de Beccaria y la de Lombroso), y también tiene una fundación mítica (como la de Borges en su manzana palermitana natal) que es la que se produce en el clivaje entre la inquisición contra los herejes y la inquisición contra las brujas. Esta fundación mítica o este tercer origen en el siglo XV, es el inicio de la criminología desde una óptica sociológica. Cómo se modifica sustancialmente una sociedad a partir de la irrupción del fenómeno punitivo: el miedo a las brujas y el miedo a los procesos de brujería.

Es la enseñanza de Zaffaroni la que nos viene explicando desde los comienzos de los años noventa en un seminal artículo sobre las mujeres y el poder punitivo, de la importancia de un texto del siglo XV y de su contexto. El texto, el contexto y los subtextos, en una necesaria hermenéutica de conjunto que pueda darnos luz de los orígenes de esto que llamamos criminología.

En 1992 Zaffaroni publica un artículo en una obra colectiva del ILANUD titulado «La mujer y el poder punitivo», donde habla de esto por vez primera², y comienza una hermenéutica sobre el *Malleus Maleficarum* (El Martillo de las brujas de 1487) que es la primera sistematización de prácticas penales, procesales y criminológicas de nuestra era. Es el libro más importante de la ordenación de las prácticas inquisitoriales del medioevo, un verdadero manual procedimental, pero también fue un libro de grandes pretensiones sociológicas, que fueron todas superadas por su tremendo éxito político. Un libro destinado al gran público y no sólo a los operadores del sistema³.

El libro conocido como «El martillo de las brujas» fue escrito por dos dominicos llamados Jacob Sprenger y Heinrich Krämer y publicado por primera vez en el año 1487. Es el libro más misógino de la historia de la humanidad y justificó el castigo contra las brujas y la domesticación social de las mujeres a escala capitalista planetaria. Investigaciones que llevamos a cabo para la edición en castellano de la «*Cautio Criminalis*» de Spee (1631), el libro del siglo XVII que contesta a la tradición de la inquisición medieval, y que funda de algún modo la criminología crítica, pudieron dar cuenta más precisa de lo que fue ese libro de los inquisidores dominicos para la época y la posteridad. Para ello remito al estudio preliminar de Zaffaroni a la traducción del libro del jesuita Spee⁴.

El gran acierto de Zaffaroni de anteceder el inicio de la criminología al comienzo de la era capitalista moderna, precediendo a esas dos fundaciones recién mentadas, está en avistar los cambios políticos y sociológicos que a partir del siglo XV modifican el escenario del campesinado europeo. Y como esa metamorfosis del campo social se da a partir de la influencia de una obra

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «La Mujer y el Poder Punitivo», publicado por ILANUD, *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*, Verlap, Lima, 1992. ZAFFARONI, *La cuestión criminal*, Planeta, Bs. As., 2011 y tercera edición actualizada en Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2022. También se recomienda: ZAFFARONI, Eugenio Raúl/BAILONE, Matías: *Dogmática penal y criminología cautelar*, Editorial Olejnik, Santiago de Chile – Bs As., 2020.

³ Mientras que el manual de Nicolai Emerich o los textos anteriores al *Malleus* tuvieron muchísimo difusión, estaban destinados exclusivamente al mercado de los operadores del sistema y los que pretendían serlo. El *Malleus* es un libro destinado *urbe et orbi*, de amplísima difusión dentro de la ciudad letrada y también fuera de sus márgenes. La difusión extraletrada, a las comunidades analfabetas del mundo campesino, se hicieron vía grabados y representaciones de autos sacramentales. Dicho procedimiento de libro pletórico de ilustraciones autoexplicativas, iba a ser utilizado por Sebastian BRANT en *La Nave de los locos* o *La Nave de los necios* con los grabados de Alberto Durero publicado en 1494. Ver BRANT, Sebastian: *La nave de los necios*, edición de Antonio Regales Serna, Akal Clásicos, Madrid, 2011.

⁴ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Estudio preliminar», en Spee, Friedrich: *Cautio criminalis*, edición argentina en Ediar, Buenos Aires, 2015.

en particular, así como de un espíritu de los tiempos, que es nada menos que la terrorífica inquisición medieval ⁵.

Más allá de las obras de Umberto Eco o de Jacques Le Goff, las de Carlo Ginzburg o Nathan Wachtel, de Jules Michelet o Julio Caro Baroja, de Brian Levack o Claude Kappler, quisiera demorarme en una obra que llevo utilizando en mis clases desde hace ya década y media, y que ha sido un libro fundacional para una mirada feminista de la criminología: la obra de Silvia Federici.

II. LA TEORÍA Y LA PRAXIS PUNITIVA CONTRA LAS MUJERES

La obra de Silvia Federici se constituyó en un hito fundamental de la bibliografía feminista de las últimas décadas ⁶. No sólo que amparó una serie de subtextos conexos o que profundizaron el análisis de esos fenómenos, sino que además, con el tiempo se fue convirtiendo en un clásico del análisis antropológico, sociológico y, agregó yo, criminológico.

Pienso que la visión de Zaffaroni sobre la inquisición medieval tiene que completarse con la de Silvia Federici sobre la cacería de brujas, ya que brinda una pormenorizada visión de contexto y una aproximación feminista a un fenómeno que tiene a las mujeres como principales protagonistas.

En las teorías criminológicas latinoamericanas las mujeres siempre han sido protagonistas de la construcción teórica crítica durante el siglo pasado ⁷. Quizá esa peculiaridad hizo que las criminologías críticas latinoamericanas estén ampliamente dotadas de un sincretismo de saberes y de experiencias múltiples. Tanto los saberes conexos de las ciencias sociales, siempre más desarrollados en su potencia crítica que la criminología, como en la praxis de las resistencias feministas a los poderes punitivos de los países de la región.

La sapiencia teórica de las ciencias sociales como la antropología, la psicología, la sociología, entre otras, se multiplica por las experiencias concretas, las resistencias políticas y las organizaciones sociales, donde las mujeres organizan respuestas a las sociedades misóginas.

Silvia Federici, en su numerosa obra, ampliamente traducida y difundida en nuestros países, deja una profunda huella donde muchas otras autoras han

⁵ BAILONE, Matías: «El liberalismo penal y sus precursores», en *Tomar Partido, ensayos de anticriminología*, en Abulafia, Bs As, 2010, y en Olejnik, Santiago de Chile, 2020. Cfr. BAILONE, Matías: «Epílogo *Studiosis Omnibus* doce años después», en la tercera edición actualizada de ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *La cuestión criminal*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile-Buenos Aires, 2022.

⁶ FEDERICI, Silvia: *Calibán y la bruja, mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Tinta Limón, Traficantes de sueños, Madrid-Bs As, 2010.

⁷ Cfr. DEL OLMO, Rosa: *América Latina y su criminología, siglo XXI*, México, 1997.

consumado una continuidad de pensamiento. Una verdadera escuela de pensamiento (*Richtung*) vinculada a un feminismo militante y con los pies en la tierra.

El hecho que Federici sea antes que una autora de culto una mujer militante en diversos lugares del sur global, pone el acento en las opacidades de nuestras sociedades, específicamente con respecto al trabajo semiesclavizado de las mujeres en el ámbito hogareño. El trabajo doméstico, en las múltiples versiones que el capitalismo actual permite, como una forma de mantenimiento de un orden de control y dominación en contra de las posibilidades de la femineidad independiente⁸.

Su trabajo en países africanos con las mujeres, que como también enseñó la imprescindible Angela Davis, sufren un triple orden de sometimiento y de subalternidad: la cuestión de género, de clase, y hasta de lo que se denominaba en el siglo XIX la raza⁹, le dio un valor superlativo a su experiencia militante que luego transforma en material intelectual en su propia obra.

¿Pueden hablar(nos) las subalternas? Es la ya clásica pregunta de Gayatri Spivak sobre ese lugar subjetivo de enunciación de la personalidad y también como sujeto revolucionario en potencia¹⁰. De alguna manera es lo que hizo Federici en su primera obra maestra, cuando elige develar la trama de cómo surge la figura de la bruja y el fenómeno de la brujería en el medioevo. Trata de encontrar en los procesos de criminalización, pero también en los procesos sociales de subalternización, las verdaderas razones del peligro de las mujeres libres. Darles voz a sujetos criminalizados que sólo hemos conocido a través del fuego que al mismo tiempo que las consume las ilumina, las enciende por dentro. Sólo hemos conocido, y no es poca cosa, a estas mujeres, como objetos de castigo y sujetos de escarnio público. Ahora es el momento de reivindicar las verdaderas razones de porqué fueron criminalizadas y cazadas como animales.

Siempre he mencionado que no es baladí la profusión de metáforas bélicas y cinegéticas dentro del imaginario tanto institucional como popular del poder punitivo. La continuidad de ese imaginario potentísimo desde ese temprano siglo XV hasta nuestros días donde se habla de guerra contra el crimen o de cacería de terroristas, viene de aquel *numen* donde por primera vez se habló de la cacería de brujas.

⁸ Ver FEDERICI, Silvia: *Revolución en punto cero, trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Traficantes de sueños, Madrid, 2013.

⁹ Cfr. DAVIS, Angela: *Mujeres, raza y clase*. Akal, Madrid, 1995, p. 86.

¹⁰ SPIVAK, Gayatri Chakravorty: *¿Puede hablar el subalterno?, el cuenco de plata*, Bs As, 2014.

Muchas veces en la historia, después de eso que se denomina cacería de brujas o guerra religiosa contra las mujeres, después de quedar instalado en la iconografía moderna occidental las hogueras de la inquisición, se ha utilizado el término cacería o caza de brujas para referenciar fenómenos políticos de persecución arbitraria, institucional o no, contra distintos colectivos. Arthur Miller, a partir de esa maravilla de «Las brujas de Salem», referencia el furibundo anticomunismo del macartismo norteamericano bajo el mismo mote. También los juicios moscovitas de los años treinta del stalinismo, etc, etc. Ejemplos lamentablemente sobran y parece que van a seguir pululando en este desventurado siglo XXI.

III. EL CARÁCTER RELIGIOSO DE LA TORTURA Y LA INQUISICIÓN

Hay algo muy potente en la brutalidad y en la discrecionalidad, pero también en la concreta utilidad política del aparato inquisitorial. Cierta gubernamentalidad punitiva que se inaugura desde la inquisición contra los herejes y contra las brujas y sigue dominando la escena del castigo hasta nuestros días. Quizá sea también una herencia ilustrada, la de referenciar todo ese constructo institucional llamado inquisición solamente como un dispositivo oscurantista y retrógrado. El grado cero de la humanidad, sumida en la leyendas y supersticiones religiosas del cristianismo. La brutalidad de las penas del antiguo régimen, su arbitrariedad manifiesta, el poder que adquirieron sus ejecutores, ocultó durante la primera oleada de críticas la verdadera racionalidad detrás de esos castigos excesivos.

Se debe a los ilustrados del siglo XVIII, en sus múltiples formatos e internas divisiones, el hecho de haber popularizado las críticas al llamado sistema punitivo del antiguo régimen. Sobre eso ya hemos escrito muchas páginas ¹¹, y podemos siempre volver a los textos de Michel Foucault y a las contemporáneas obras testimoniales directas de Friedrich Spee (había sido confesor y parte de un tribunal de inquisición) y de Charles Dellon (había sido víctima de la inquisición portuguesa) en pleno siglo XVII.

No es menor decir algunas palabras sobre la función anestesiante del cristianismo (catolicismo, protestantismo y todas las variantes reformistas) en la idea de punitividad extrema y del uso de la tortura en los procesos judiciales. Las disputas políticas y bélicas de la Reforma y la Contrarreforma no entran al

¹¹ Cfr. BAILONE, Matías: *Tomar partido*, op. cit. p. 78.

plano penal, ya que ahí hay coincidencia plena entre todas las versiones del cristianismo. Todos usan a los dispositivos penales de la inquisición.

El cristianismo es la religión (por otro lado todas lo son en mayor o menor medida) más sangrienta de todas. No sólo su simbología iconográfica habla de la tortura por excelencia de la cultura visual occidental: la crucifixión (tortura y pena capital), sino que los primeros cultores del cristianismo son fanáticos religiosos terroristas, que matan y se dejan matar por supercherías. Los llamados «mártires» del primer cristianismo, cuyo nombre proviene del griego y significa testigo, trasladaron su condición de fanáticos suicidas a toda la concepción cristiana del proceso penal.

La averiguación de la verdad en el típico proceso penal del primer cristianismo, significaba profundamente la asimilación entre verdad y dolor corporal. Por efecto de ese colectivo suicida al que se elevaba al santoral, se pensaba que ningún testigo siquiera, no solamente el imputado, podía decir la verdad sobre el proceso en cuestión, si no está mediada su dicción por el dolor físico de su cuerpo. Por ende, la institucionalización de la tortura se da por el efecto del cristianismo en la sociedad europea. Al mismo tiempo que su crítica se produce cuando el fanatismo religioso empieza a decaer con la ilustración¹².

El poder político y económico de los inquisidores está detallado en varias obras de la historiografía clásica como la de Julio Caro Baroja, pero también reseñada en obras literarias que hablan de la época. Siempre pongo de ejemplo el dueto entre el Gran Inquisidor de Toledo y Felipe II, de la ópera de Giuseppe Verdi «Don Carlo» y de la obra en la que se inspira de Schiller. Allí se entiende que un inquisidor tenía mucho más poder que el monarca absoluto más importante de su época. Que cuando ese dueto termina con la frase pronunciada por Felipe II: «el cetro se rinde ante el altar», no se está refiriendo al poder religioso, sino al poder punitivo. Desde la inquisición medieval el poder punitivo no tiene control ni límite, sino que es un poder tan arbitrario y salvaje, que es un verdadero altar religioso del fanatismo penal.

El camino que encontró la religión judeo-cristiana (pensemos en cuántas guerras, masacres o genocidios provienen de esa raíz hasta el día de hoy) para mantener dominados a los más simples o comunes, fue el miedo. A través del miedo mantuvieron a raya a las rebeliones populares o a los movimientos contestatarios, donde las mujeres jugaron un rol fundamental.

Para un ejemplo de los siglos XVI y XVII basta recordar el capítulo XXIII de la primera parte del Quijote (1605), el de los galeotes, que también tengo

¹² Sobre la tortura en la filosofía penal del siglo XVIII ver: BAILONE, Matías: *El liberalismo penal y sus precursores*, ob. cit. p. 35.

analizado en otro sitio ¹³, pero que podemos resumir en que después de liberar a los presos, Don Quijote, como buen exponente de la locura, que a nada ni nadie tiene miedo, que hace gala de su temeridad, sí le tiene miedo a la inquisición. A lo único que le tiene miedo Don Quijote en sus tres salidas es a la Santa Hermandad, brazo armado y secular de la inquisición carpetovetónica. Recordemos que ante la advertencia de Sancho Panza (la voz que representa lo popular en la primera parte) de la llegada de la Santa Hermandad para vengar la liberación de los galeotes, Don Quijote altera su plan de esa segunda salida para internarse en Sierra Morena a hacer una supuesta penitencia, que en realidad es una forma de esconderse de aquello que teme profundamente: al poder punitivo inquisitorial.

No está de más mencionar que Cervantes fue un autor que tenía en alto valor la independencia de las mujeres, que no sólo se puede ver en su propia biografía (la gravitación de las mujeres en su vida, con famas bastante poco ortodoxas, que hicieron que las llamaran «Las Cervantas», a su hija, hermanas y mujer) sino en personajes de mujeres libres y autónomas como Dorotea, la gitanilla de las novelas ejemplares, o la pastora Marcela que no se quería casar o la bella Quiteria de las Bodas de Camacho, que quería elegir con quién casarse, sendos ejemplos estos últimos del universo quijotesco.

Tampoco es menor recordar que la inquisición española, preocupada más en perseguir moriscos y judaizantes, cristianos nuevos y marranos, es decir, en completar el exterminio que significó la expulsión de judíos y moros de la península, también se ocupó de las mujeres y del primer Quijote de 1605. El famoso falso Quijote, el del tal Avellaneda, natural de Tordesillas, –que vino a producir por rebote la mejor obra de la literatura universal, es decir, la respuesta a esa obra, que es el Segundo Quijote, el de 1615– es una respuesta inquisitorial al primer Quijote. Quizá escrito por un canónigo del aparato punitivo, el Quijote de Avellaneda viene a poner las cosas en su lugar de acuerdo con el orden social inquisitorial: la mujer libre en las casas de tolerancia, los criados de lengua suelta al servicio de nobles severos y los locos en manicomios. Uno puede ver en ese falso Quijote el orden social católico de la contrarreforma, el del Concilio de Trento, organizando el lugar exacto de los personajes que salieron de la genialidad y liberalidad de Cervantes.

Por eso la segunda parte del Quijote, su tercera salida, aquella que termina en las playas de Barcelona, es una feroz crítica a los dispositivos sociales y

¹³ Ref. BAILONE, Matías: introducción de *Tomar Partido*, *op. cit.* p. 5. Y conferencia del autor titulada «El Quijote en Sierra Morena, la inquisición y los cristianos viejos en La Mancha del siglo XVI» aún inédita, pero fragmentariamente subida a la red Youtube, próximamente en BAILONE, Matías: *Donde toda incomodidad tiene asiento. El Quijote y el sistema penal*, 2026.

punitivos de la inquisición, al *status quo* de los duques burladores, a las cabezas parlantes de la burda religiosidad, a los bachilleres salmantinos, y a toda forma de estratificación social verticalista.

IV. LA RACIONALIDAD DETRÁS DE LAS HOGUERAS

La obra de Carlo Ginzburg sobre los procesos inquisitoriales fue muy importante para hacer una historia judicial de los procedimientos. Una genealogía de los expedientes judiciales contra las brujas demuestra la microconflicividad social que estaba detrás de cada uno de los procesos de brujería y que fueron explotados por el poder religioso y político de la época¹⁴.

Conflictos interurbanos, laborales y familiares, eran todos resueltos por el poder punitivo, de ahí la omnisciencia que el Derecho Penal adquirirá a lo largo de las centurias. El carácter totalizante del Derecho Penal (tanto de su faz dogmática como del poder penal concreto habilitado) viene un poco de esa fuerza centrípeta que atraía hacia la resolución punitiva muchos conflictos sociales, que bajo otro paradigma podrían haber sido resueltos sin violencia.

La obra de Federici también tiene un fuerte anclaje en los archivos judiciales. La primera lectura de «Calibán y la bruja» tuvo para mí la configuración de un develamiento, de un hipertexto que convocaba interpretaciones marxianas, marxistas y foucaulteanas sobre el fenómeno de la cacería de brujas. El lugar de las mujeres en el proceso de acumulación originaria del capitalismo, así como la cuestión de género vinculada a un organigrama social verticalista y religioso, fueron determinantes para que se abrieran debates historiográficos así como los debates contemporáneos de las mujeres y la punitividad.

Hay algo también sintomático en este libro fundamental, que es la acertadísima elección del título y del subtítulo. Elegir dos de los más destacados personajes de la shakespeareana «La tempestad», y ponerlos en juego con los elementos de análisis de la propia obra que debatirán con los clásicos conceptos de Marx y de Foucault. La acumulación originaria y los cuerpos de las mujeres. Procesos institucionales de expropiación, estigmatización y criminalización.

Pero los personajes de la obra de Shakespeare son claramente necesarios para demostrar no sólo el lugar de la bruja en la construcción del capitalismo

¹⁴ GINZBURG, Carlo: *Mitos, emblemas e indicios*, Prometeo, Bs As, 2014, y GINZBURG, Carlo: *El hilo y las huellas. Lo verdadero, lo falso, lo ficticio*, FCE, Bs As, 2015.

de la época, sino también en uno de los acervos más importantes del libro de Federici, que es la traslación de todo este fenómeno al nuevo mundo. La lectura colonialista y colonizadora de la persecución de mujeres en el corazón de Europa que se traslada a los territorios sometidos al fuego y a la cruz. Los procesos inquisitoriales en las Américas luso-hispánicas, abren demasiados debates para el propio libro, pero dan a entender una necesaria continuidad de las incesantes mareas de lo indígena y lo matriarcal.

Las figuras de Calibán y Ariel han sido desde el siglo XIX recurrentes metonimias de los procesos de descolonización o independencia en Norteamérica. Y han generado interminables debates acerca de la actitud necesaria de los sujetos colonizados en vías de su descolonización, tomando a los dos hijos de la bruja Sycorax como la figuras contrapuestas.

Se puede vislumbrar toda la riqueza conceptual y metafórica que tienen estos personajes del teatro isabelino con los sincretismos resistentes de América Latina. Aún para los debates del presente y del futuro. Porque muchos de estos debates, que inocentemente se creían saldados en favor del humanismo y el racionalismo, vemos, lamentablemente, que están siempre puestos en jaque.

El capítulo cuarto del libro de Federici analiza el fenómeno inquisitorial en el mundo colonial. Eso no solamente tiene que ver con las formas institucionales de la represión y la intersección entre la religión y el virreinato, sino además con las imágenes matriarcales de los pueblos originarios y sus formas jurídicas comunitarias, que son aquellas criminalizadas por la inquisición¹⁵.

Si bien la cacería de brujas, la guerra contra las mujeres institucionalizada por las maquinarias inquisitoriales, tienen desde siempre una profusa biblioteca pormenorizada, también hay que reconocer que muchos de esos libros abrevan en un morbo misógino o en unas caracterizaciones tipológicas contra las mujeres que siempre fueron el eje androcéntrico de la historia medieval.

Invariablemente hay que evitar el simplón anacronismo de analizar esos textos del pasado con las perspectivas del presente, por eso el libro de Federici es tan potente, porque si bien utiliza posiciones teóricas posteriores al fenómeno en cuestión, no deja de analizar las prácticas resistentes coetáneas a la quema de brujas y la singularidad política de la figura social de la bruja¹⁶.

La exclusión de la mujer del mercado laboral, durante el siglo de la acumulación originaria, es *conditio sine qua non* de la constitución del patriarca-

¹⁵ Ver BAILONE, Matías: «El Bienvivir: una cosmovisión de los pueblos andino-amazónicos», en Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La Pachamama y el humano*. Colihue, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Bs As, 2011, p. 172.

¹⁶ Ver FEDERICI, Silvia: *El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo*. Tinta Limón, Bs As, 2014.

do. Para Federici es más importante esto último que la propia criminalización de las mujeres.

No sólo era necesario reconstituir el campo de lo social en el imaginario colectivo en términos de lo comunicativo o imponer el miedo por irradiación a las brujas y a los inquisidores, sino que todo eso era necesario para poder constituir una mano de obra esclava, que sería subyacente al capitalismo apropiador y colonialista.

Con la mujer sometida y dominada, con las caracterizaciones culturales que veremos más adelante, se la podía excluir de las relaciones laborales normales y constituir las en esclavitud doméstica. Se reduce a la mujer a procreadora y a ayudante de cámara de los trabajadores explotados del mercado capitalista.

Se expropian por parte del poder punitivo el cuerpo de las mujeres (el corpóreo individual y el colectivo simbólico) y los territorios comunitarios. Doble ataque a las posibilidades de resistencia y al carácter refractario al capitalismo de las economías populares femeninas.

Por eso es importante reivindicar las causas de la persecución contra cierto tipo específico de mujeres, las llamadas brujas. Porque detrás del estigma había una serie de características sociales, culturales y femeninas, que debían ser extirpadas de la esencia de la femineidad. Las brujas, además de ser el remanente sincrético de las religiosidades populares colonizadas por el cristianismo bélico, eran las mujeres ancianas de una comunidad que representaban los saberes populares de las hierbas y los secretos de las vidas de los más desfavorecidos, junto a la memoria política de sus comunidades. Las mujeres acusadas de brujería simbolizaban un universo complejo de relaciones sociales que había que extirpar, renuentes y refractarias al poder del cristianismo capitalista que se quería imponer. Las brujas eran mujeres independientes con peso específico propio en sus comunidades (como las cholas en las comunidades andino amazónicas), cumpliendo un rol sobresaliente en el cuidado de los débiles y en ser el disco rígido externo de las luchas y los avatares históricos de su propio pueblo.

La elección de las brujas para ser perseguidas por todo el aparato formal e informal de la inquisición no fue arbitraria sino racional. Hay detrás de la brutalidad y salvajismo una racionalidad punitiva muy concreta y funcional al poder político y religioso y al poder económico del capitalismo en ciernes. Se necesitaba extirpar del cuerpo social a las brujas, para poder imponer las reformas sociales y económicas del capitalismo que nace «chorreando sangre y lodo», como dice el filósofo de Tréveris.

Era necesario forjar en las cámaras de tortura un nuevo tipo de mujer, que no fuera independiente, que reprimiera sus instintos de libertad, que se sometiera al paradigma religioso patriarcal del nuevo capitalismo, que aceptara su lugar de sometimiento dentro del ámbito familiar y del ámbito social y finalmente que fuera tratada como una cosa peligrosa que hay que controlar.

Las torturas contra las mujeres tenían un potencial religioso como se ha dicho, un trasfondo cristiano profundamente anclado en la sociedad de la época, pero también una funcionalidad de extirpar de la sociedad la solidaridad entre iguales. Creando una sociedad con forma de ejército, como dice Zaffaroni, verticalista, se excluía la horizontalidad de lo que hoy se denomina sororidad femenina. La salas de tortura tenían la específica misión de instaurar la delación como forma privilegiada de relación social. Más que confesar la culpabilidad del crimen de brujería, que se daba por descontada, la verdadera finalidad de la tortura era la incriminación de otras mujeres por las imputadas en el proceso. De alguna manera, criminológicamente hablando, la brujería fue el primer crimen organizado, al que la demonología llamaba «aquelarre».

VI. LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA MISÓGINA ANALIZADA POR LA CRIMINOLOGÍA CULTURAL

La consumación del sometimiento de las mujeres libres y de la exclusión de las mismas del mercado laboral, no sólo se produjo por el clamor de las salas de tortura o la iluminación de las hogueras, sino también a través de las subrepticias formas de controlar el relato social.

Hablar de criminología mediática antes del siglo XIX parecería un abrupto anacrónico, pero no se puede negar que el dispositivo mediático comienza a funcionar con los grabados e ilustraciones que pululan en el *Malleus*, en subtextos de esa naturaleza y en una amplísima difusión social fuera de los libros¹⁷.

Estas imágenes, que el libro de Federici rescata y analiza con la fruición de una especialista en estudios culturales y discursos visuales, son lo que hoy se llama «memética» o «memes». Es decir, imágenes ramplonas que pretenden transmitir una idea, generalmente regresiva o estigmatizante de las mujeres en clave de humor.

¹⁷ Sobre este tema ver: ZAFFARONI, E.R./BAILONE, M.: «Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación», en Zaffaroni/Bailone: *Dogmática penal y criminología cautelar*, op. cit., p. 81.

Casi siempre el humor sirvió para cuestionar el poder establecido (la contemporánea «La Nave de los locos», citada *ut supra*, que hace una profunda crítica a la inquisición y los inquisidores, y que es el origen del erasmismo) o para divulgar un discurso retrógrado y conservador (como lo que surge a partir del *Malleus*). A través del supuesto humor se han difuminado los contornos peligrosos y odiadores de ciertos prejuicios sociales, que así se han expandido con una capilaridad viral inusitada.

Eso sucede con las imágenes de la «mujer regañona», «la mujer de lengua afilada» o «la fierecilla domada», preconceptos que surgen de estos libros inquisitoriales, donde se denigra la imagen femenina y se la hace responsable de banalidades y frivolidades, del pecado original y de los pactos satánicos. Posteriormente estas imágenes sociales son extrapoladas al mundo de la literatura o del teatro, donde adquieren una retroalimentación social mucho más profunda. Las comedias o entremeses, o la ópera bufa y los géneros menores de entretención popular, son los encargados de llevar los estigmas de lo femenino al gran público. Pero también son algunas grandes obras de la literatura las que profundizan en esta estrategia de destrucción simbólica de la mujer: por poner un solo ejemplo, el caso de Lady Macbeth como modelo de antimaternidad, con fantasías infanticidas, con sus manos manchadas de la sangre que no se borra, y básicamente como una bruja sedienta de acceder al poder masculino.

Sin embargo, las primeras obras literarias en ser tomadas como documentos científicos son las obras religiosas y de superstición popular. De hecho, el *Malleus* está repleto de remisiones bíblicas o a la leyenda áurea del siglo XIII o a textos de fanáticos cristianos donde la mujer siempre estuvo relegada al lugar del pecado y la traición. Desde Adán y Eva, desde Sansón y Dalila, la mujer en el universo judeocristiano siempre estuvo condenada a ser el vehículo del demonio en el mundo, a ser la responsable de los males masculinos.

Se utilizan los recursos jurídicos y retóricos que el derecho usará siempre contra las mujeres: acusándolas de una supuesta debilidad las pretenderá proteger. Lo mismo que se hará con los niños. El orden tutelar, bajo ropajes religiosos o subestimativos, les negará derechos y las confinará al protectorado masculino.

Lo mismo que con las cosas o animales peligrosos se hará en el derecho civil napoleónico, se procederá con la mujer en la inquisición. Se responsabilizará al hombre, de alguna manera, de no mantener bajo cuidado punitivo informal, bajo control doméstico, a su propia mujer. Para ello no sólo se apelará al poder punitivo inquisitorial, sino que se recurrirá a los prejuicios y pánicos morales que se construyen desde lo cultural.

La misoginia, como cualquier otra política sensible discriminatoria, ha avanzado siempre sobre imágenes míticas. Una cuidadosa iconografía popular que hace a las mujeres causantes de la desgracia masculina instaló en los campesinos europeos la idea de que debían protegerse de las mujeres. Debían cuidarse del demonio doméstico, del animal peligroso que tenían en su propio hogar, porque de su desatendida custodia surgían los desaguisados demoníacos.

La imagen de la mujer paseada con la brida en su cabeza, con su mandíbula inmovilizada, arrastrada como un animal doméstico por su propio cónyuge, como espectáculo público punitivo, así como la de la mujer suspendida en el aire en una jaula, desnuda y ultrajada, son manifestaciones fortísimas del poder punitivo descentralizado y descongestionado. Pero también de la amplia aceptación por parte de los hombres de los burgos y las villas, de ejercitar no sólo el control, dominio y castigo doméstico, sino también estas formas públicas del castigo, de castigar a las mujeres por inconductas sociales. Un claro ejemplo que el discurso inquisitorial misógino iba dirigido a toda la comunidad masculina, no sólo a los tribunales formales de la inquisición, y que los castigos (formales e informales) eran usufructuados como un espectáculo popular.

Como bien enseña Zaffaroni, el poder punitivo replicará esos modos de tratamiento de las brujas y esas manifestaciones institucionales del castigo, a lo largo de los siglos hasta nuestros días. Con los diversos enemigos del sistema penal se ha procedido de forma similar. Los poderes punitivos formales han utilizado argumentos similares a los de los inquisidores o demonólogos. Si cambiamos la retórica demoníaca y religiosa por la seguridad nacional, por la protección hemisférica contra el terrorismo, o por los valores occidentales de una supuesta democracia, veremos las transmutaciones discursivas de la punitividad que utilizan el mismo programa de persecución desde el siglo xv.

VII. LAS RESISTENTES Y LAS LUCHAS DEL FUTURO

Los discursos criminológicos y las prácticas penales surgieron avasallando, torturando y masacrando a las mujeres. A un tipo específico de mujeres se las extirpó de la sociedad, a las llamadas brujas, argumentando pactos satánicos y convocando los miedos más absurdos y bajos de la comunidad. Al resto de las mujeres se las sometió a un control doméstico, a una cárcel familiar, de acuerdo con el paradigma cristiano, que hizo disciplinarlas al control masculino hasta nuestros días.

El discurso criminológico, después de conseguir sus objetivos misóginos, no se dedicó nunca más a hablar de la criminalidad femenina (con la curiosa excepción del libro de Lombroso y su yerno Guglielmo Ferrero de 1893 «*La donna delinquente*») y esto, como nos enseña Zaffaroni, es la prueba irrefutable del éxito de la empresa inquisitorial del *Malleus*. Porque de ahí en adelante, las criminologías se encargaron de controlar al controlador, de buscar poner coto al poder que le habían dado domésticamente al hombre. De ahora en adelante hay que criminalizar a los hombres jóvenes pobres, ya que a las mujeres se las considera sometidas para siempre a ese otro poder punitivo que es la familia capitalista cristiana, mucho más potente, efectivo y económico, que las cárceles y los cadalsos.

Quizá sea menester dedicarse a lo que Federici también estudia y trabaja, que son las prácticas resistentes de las mujeres sometidas al poder punitivo patriarcal, capitalista, colonialista y cristiano. Las resistencias políticas contra los poderes punitivos, ese *plus ultra* de la identidad colectiva, entregan esa pedagogía del oprimido —diría Paulo Freire— que sirve para las luchas del presente continuo en el que se inscriben los oprobios. Son «la expresión reactiva de las culturas agredidas que no se rinden ni desaparecen», dice Zaffaroni en uno de sus últimos libros¹⁸. Por eso mismo es que repetía Rodolfo Walsh con su poética de la militancia y el compromiso: «Nuestras clases dominantes han procurado siempre que los trabajadores no tengan historia, no tengan doctrina, no tengan héroes y mártires. Cada lucha debe empezar de nuevo, separada de las luchas anteriores: la experiencia colectiva se pierde, las lecciones se olvidan. La historia parece así como propiedad privada cuyos dueños son los dueños de todas las otras cosas»¹⁹.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Colonialismo y derechos humanos, apuntes para una historia colonial del mundo*, Taurus, Buenos Aires, 2022, p. 209.

¹⁹ WALSH, Rodolfo J.: «El Cordobazo», extraído de *Periódico de la CGT de los argentinos*. Colección Completa. Números 1 al 55. Mayo de 1968-Febrero de 1970.

117. DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES: LAS OPORTUNIDADES REALES QUE OFRECE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

ROBERT CARIO

Catedrático emérito de Criminología
Universidad de Pau y Países del Adour

Presidente fundador del Instituto Francés para la Justicia Restaurativa (IFJR)

Tuve el placer de conocer al profesor José-Luis de la Cuesta Arzamendi durante una beca de estudios ofrecida por el ISISC en 1976, en Siracusa. Desde entonces, nuestra colaboración no ha dejado de enriquecerse. Su trayectoria académica, tanto a nivel local como internacional (presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, AIDP), es notable. Tras una excelente tesis doctoral, dirigida por su maestro, el difunto Prof. Dr. Hc. Antonio Beristain Ipiña, se convirtió él mismo en catedrático de Derecho Penal y luego en decano de la Universidad del País Vasco. Desde mi llegada a la Universidad de Pau en 1985 hasta hace muy poco tiempo, se han producido numerosos intercambios recíprocos de profesores invitados o conferenciantes en nuestras respectivas universidades. Sus intervenciones han inspirado a numerosos estudiantes de Pau en diversos temas, como la agresología, la victimología, el Derecho Penal de menores, el terrorismo y, en general, la cultura vasca. Pero lo que más me importa destacar, con motivo de la siempre disponibilidad y del atento afectuoso, con una generosidad científica siempre renovada.

Práctica ancestral, basada en la equidad y la armonía del grupo social, la justicia restaurativa y las modalidades de regulación de conflictos que promueve, se han integrado en todo el territorio francés mediante la Ley de 15 de agosto de 2014, en su artículo 10-1. Este derecho a la justicia restaurativa be-

neficia tanto a los mayores de edad como a los menores desde el 1 de octubre del mismo año. Sin embargo, se oficializó con retraso, siete años después, en el artículo L13-4 del Código de Justicia Penal de Menores, aplicable a partir del 30 de septiembre de 2021. Deben cumplirse unas condiciones específicas, que velan por el respeto de los derechos humanos fundamentales y son validadas a lo largo del proceso por facilitadores especialmente formados. Al ser autónomas y no constituir actos procesales, no pueden ser impuestas por un magistrado ni adjuntarse a una decisión judicial. Su puesta en marcha es iniciativa de los menores interesados, a quienes todos los profesionales que atienden a estos justiciables deben informar obligatoriamente de este derecho.

La aplicación de las medidas restaurativas supone la participación de las víctimas Y de los autores y/o sus familiares respectivos. Se basan en un protocolo riguroso y una metodología específica, con el fin de no revictimizar a las personas que desean participar en ellas. Los beneficios declarados por los propios participantes son múltiples: reconocimiento como persona; recuperación de la autoestima; responsabilización de los actores; disminución del miedo al delito; menor reincidencia, principalmente. Por lo tanto, es importante generalizar estas prácticas restaurativas, ofreciendo a los servicios competentes los medios para aplicarlas, con total humanidad.

Tras evocar los fundamentos de la justicia restaurativa, conviene preguntarse por la pertinencia de la imprescriptibilidad de estos delitos respecto a los menores víctimas. A continuación, el análisis se centrará en la naturaleza de las medidas restaurativas aplicables a los menores, así como en los requisitos previos para favorecer su generalización.

I. ASPECTOS NORMATIVOS GENERALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN FRANCIA

La Ley de 15 de agosto de 2014 consagró oficialmente la justicia restaurativa en Francia, en el marco de las disposiciones generales del Código de Procedimiento Penal (Cp), en su artículo 10-1. Este reconocimiento se había vuelto urgente en vista de la profunda crisis que atraviesan los sistemas de justicia penal, agravada por los incesantes cambios en el procedimiento penal. Las medidas restaurativas ofrecen a las personas que lo deseen un espacio inédito de diálogo¹ e intercambio sobre las repercusiones del delito. Son inde-

¹ R. CARIO: «Justicia restaurativa». En *Répertoire Dalloz de droit pénal et procédure pénale*, París, 2022, 70 p.

pendientes del proceso penal y están garantizadas por la presencia de facilitadores especialmente formados. La confidencialidad es esencial durante toda la medida (desde las entrevistas de preparación de los protagonistas hasta la reunión en sí) y más allá de su finalización, sin la cual muchas personas (en particular los infractores) no se comprometerían a participar.

A pesar de que la delincuencia violenta contra las personas está en constante disminución, hoy en día se privilegian de forma abusiva las respuestas represivas, en particular las privativas de libertad. Además, la insatisfacción de los justiciables ha llevado a imaginar otras respuestas posibles, mucho más allá del mito populista de la supuesta laxitud de los magistrados ante el aumento fantaseado de los delitos, en particular los delitos contra las personas. Tal desviación de la realidad criminal observable lleva con demasiada frecuencia al sistema de justicia penal a privilegiar las expectativas de la población mucho más que el derecho aplicable.

Gracias a los diversos movimientos que denuncian dramáticas victimizaciones de carácter sexual (incestos, violaciones y otros tipos de violencia sexual contra menores), las víctimas han podido expresarse de manera muy oportuna, sin que por ello haya mejorado significativamente la consideración que se les da. Los notables e innovadores trabajos realizados por la Ciase², que, en este sentido, ha escuchado a más de 30 000 víctimas, ha puesto de manifiesto la magnitud de este tipo de violencia sexual (en sentido amplio) de la que fueron víctimas menores de 18 años dentro de la Iglesia católica. Los miembros de la Civiise³ han señalado además los índices increíblemente bajos de denuncias (menos del 6 %), de enjuiciamientos y, sobre todo, de condenas efectivas (menos del 3 %). Esta constatación no es nueva. Sigue siendo igual de abrumadora, sin que se pueda pensar que se trate de un aumento notable de este tipo de delitos, sino más bien de un recrudecimiento totalmente nuevo de las denuncias de tales actos, ya que la Civiise estima que 160 000 menores serían víctimas cada año de este tipo de violencia destructiva. Sin duda, al contabilizar la «cifra negra» de este tipo de delitos contra menores, siempre aleatoria, ya que la mancha del incesto o la violación, la vergüenza y la culpa son de tal naturaleza que, al revelarse, atentan gravemente contra la dignidad

² Comisión independiente sobre los abusos sexuales en la Iglesia: *Les violences sexuelles dans l'Église catholique*. Francia 1950-2020, multigrafía. 5 de octubre de 2021, París: 485 p. más anexos; «À l'écoute des victimes. Des membres de la Ciase, deux ans après». En *Revue Études*, 2024-4314, París, pp. 71-85; M. FAÏ, C. HOREAU (Dir.): *Cuando el diablo se vistió con el hábito. Relatos de víctimas de abusos sexuales en la Iglesia católica*, París: Ed. Karthala, 2024, 238 p.

³ Comisión Independiente sobre el Incesto y los Abusos Sexuales a Menores: Abusos sexuales a menores: «on vous croit», multigrafía, París, 20 de noviembre de 2023, 755 pp.

de la víctima. Además, a menudo se opta por la correccionalización de la violencia sexual.

El artículo L. 13-4 del Código de Justicia Penal de Menores (Cjpm), que entró en vigor el 30 de septiembre de 2021, establece las condiciones para la aplicación de la justicia restaurativa en beneficio de los menores, tanto de los infractores como de las víctimas. Siete años después (*sic.*), remite expresamente al artículo 10-1 del Código de Procedimiento Penal. Retomando los requisitos previos establecidos por los impulsores del (re)descubrimiento de la justicia restaurativa a mediados de los años 70, enuncia cinco condiciones imperativas. Es imprescindible que todos los justiciables estén *informados* de su derecho a participar en una medida restaurativa y comprendan su desarrollo. El *reconocimiento de los hechos*, aunque sea parcial, es inevitable, sin que por ello se trate de una confesión judicial o extrajudicial. Los posibles participantes deben implicarse *voluntariamente* y abandonar el proceso si y cuando lo deseen. El contenido de las entrevistas preparatorias con los facilitadores, así como los intercambios durante las reuniones, deben permanecer *confidenciales*. Estos espacios de diálogo, cuyo único objetivo es precisamente el diálogo, requieren una *formación específica de los facilitadores* para que las personas involucradas puedan, según un protocolo riguroso destinado a evitar cualquier revictimización, «avanzar hacia un horizonte de apaciguamiento»⁴, con total seguridad.

Toda medida de justicia restaurativa exige la participación efectiva de la víctima Y del infractor y/o de sus respectivos familiares, especialmente cuando no han sobrevivido al hecho de naturaleza delictiva. Cualquier tipo de infracción es elegible, ya que el artículo 10-1 no excluye ninguna de ellas. La participación en una medida restaurativa es gratuita: no influye en la naturaleza y la cuantía de la sanción, no hay reducción de la pena, no tiene ningún impacto en la indemnización de las víctimas, que es competencia exclusiva de los magistrados correspondientes⁵.

La revelación de los delitos y abusos sexuales a menores se produce en un largo plazo, ya que su consideración por parte de la justicia penal parece anormalmente ineficaz, incluso cuando se presenta una denuncia. Además, en muchos casos, los procesos se enfrentan a la prescripción de la acción pública.

⁴ P. MBANZOULOU: «Les rencontres détenus-victimes: une expérience française de justice restaurative». En *Cahiers de la sécurité*, París: 2013-23, pp. 83 y ss.

⁵ Véase, no obstante, la Recomendación CM/Rec (18)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a «La justicia restaurativa en materia penal», que sugiere que el éxito de una medida restaurativa puede llevar a los magistrados competentes a tenerla en cuenta a la hora de dictar la pena o ejecutarla, Bruselas, 2018, coe.int.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES

En la actualidad, los delitos sexuales prescriben a los 30 años de la mayoría de edad de la víctima menor (7 Cpp). La prescripción de los delitos sexuales contra menores oscila entre 10 y 20 años (art. 8 del Código de Procedimiento Penal), tras la mayoría de edad de la víctima menor, según las características de la comisión del delito. Muchas asociaciones de víctimas, las propias víctimas y/o los profesionales de la cadena penal cuestionan radicalmente esta prescripción. La imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores se ha convertido en una preocupación fundamental en el debate contemporáneo. Recomendación clave de la Ciivise (60), retomada por numerosos comentaristas, asociaciones de víctimas, por las propias víctimas y sus familiares, no puede aplicarse a los abusos sexuales cometidos contra menores de 18 años. Dicha violencia, por muy grave, duradera y destructiva que sea, no puede asimilarse a los delitos de genocidio, agresión, violación como arma de guerra, actos de tortura o desapariciones forzadas, entre otros, ampliamente documentados: descubrimiento de fosas comunes, traumas psicológicos persistentes de los supervivientes y sus descendientes, principalmente. En este sentido, los delitos sexuales que sufren los menores no pueden ser imprescriptibles. Es importante distinguir muy claramente estas dos formas de prescripción, que pueden provocar una confusión muy perjudicial en la mente de los menores víctimas. En este sentido, tal evolución podría conducir a la imprescriptibilidad de los delitos intrafamiliares, tanto en lo que respecta a las víctimas menores como a las mayores de edad. Sobre todo teniendo en cuenta que los plazos de prescripción ya han sido considerablemente ampliados por el legislador en 2018 (30 años después de la mayoría de edad de la víctima (art. 7, apartado 1, del Código de Procedimiento Penal) y en 2021 (prescripción móvil en el caso de delitos sexuales en serie, art. 7, apartado 3, del mismo código), hasta el límite de la imprescriptibilidad de facto. Cabe señalar que la prueba material de los hechos, objetiva y externa a la persona víctima tras plazos tan largos, sea extremadamente difícil de aportar, en un sistema exclusivamente probatorio como el nuestro. Las acciones judiciales que puedan emprenderse «más allá de toda duda razonable», en esta materia de delitos contra menores, más especialmente aún en caso de abusos sexuales, serían sin duda de naturaleza tal que rechazarían las negaciones de los depredadores. Sus palabras serían escuchadas, comprendidas y oponibles a todos, a lo largo de los procedimientos clásicos que puedan iniciarse y, más aún, en el marco de una medida restaurativa.

La imprescriptibilidad podría parecer esperanzadora para las víctimas, pero existe un riesgo real de una nueva y violenta revictimización, teniendo en cuenta el (mal) funcionamiento actual de nuestro sistema de justicia penal.

El respeto inevitable de los principios fundamentales de los derechos humanos es igualmente imprescindible. Por lo tanto, es importante crear de forma más sistemática a los menores víctimas de delitos o agresiones sexuales desde el momento en que los denuncian ante los actores de la cadena penal. La temporalidad de la revelación de los abusos sexuales sufridos durante la minoría de edad es muy a menudo larga. Pero aún más evidente es la lentitud de la respuesta de la justicia penal cuando se le somete un caso⁶. De ahí la necesidad de recurrir a medidas restaurativas que se basan, en particular, en el reconocimiento de los hechos, sin juicio moral. Al no constituir un acto procesal, nunca pretenden sustituir a la acusación en lo que respecta a la recopilación de pruebas objetivas y materialmente verificables.

Cabe recordar que el legislador ha establecido una presunción de no consentimiento para los menores de 15 años víctimas de violencia sexual y, en caso de incesto, para los menores de 18 años (arts. 222-23 a 222-23-3 del Código Penal). El 1 de abril de 2025, la Asamblea Nacional aprobó en primera lectura una propuesta de ley destinada a modificar la definición penal de violación y agresión sexual. Esta nueva redacción del artículo 222-22 del Código Penal está siendo examinada actualmente por el Senado. Se introduce el concepto de falta de consentimiento de la víctima. El consentimiento deberá ser, en su caso, libre e informado, específico, previo y revocable, y se evaluará teniendo en cuenta las circunstancias del caso, sin que pueda deducirse únicamente del silencio o de la falta de reacción de la víctima. El consentimiento no será válido si se obtiene mediante violencia, coacción, amenaza o sorpresa, cualquiera que sea su naturaleza. Por último, y lo que es más importante, los actos bucales y anales se introducen en la definición de violación.

III. LAS MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Verdadero «concepto paraguas» o «comodín», la apropiación de la justicia restaurativa por parte de programas que no se ajustan ni a su filosofía ni a su metodología parece generalizarse de forma muy preocupante. Como se ha

⁶ Sobre todos estos aspectos, véase M. Dosé: *Éloge de la prescription*, Éditions de l'Observatoire: París, 2021, 143 pp.

señalado anteriormente, tanto el infractor como la víctima deben participar necesariamente en el proceso restaurativo. Sin embargo, cada vez son más los programas que se autodenominan «restaurativos» cuando en realidad se centran únicamente en las víctimas o en los autores, lo que no resta valor a la calidad de sus acciones con las víctimas O los autores. Pero, en ningún caso, puede tratarse de un acompañamiento terapéutico, y mucho menos de una búsqueda del perdón, demasiado íntimo para cada uno como para constituir un objetivo restaurativo. No obstante, este último puede producirse durante los encuentros cara a cara, por voluntad exclusiva de las personas implicadas. Todos los participantes potenciales son objeto, de forma individual, de una preparación con animadores especialmente formados para la aplicación de la modalidad restaurativa prevista, basada en una metodología específica, inspirada en el enfoque relacional⁷. No obstante, hoy en día se pueden aplicar medidas de justicia auténticas a los menores víctimas de violaciones u otros abusos sexuales durante la infancia.

Actualizando las primeras experiencias llevadas a cabo en los países anglosajones, la «*mediación restaurativa*» puede aplicarse en beneficio de las personas (delincuentes, víctimas y/o familiares) vinculadas por el mismo asunto penal. Sin embargo, los intercambios no se producen sistemáticamente de forma presencial. Las partes implicadas suelen optar por el intercambio de cartas y las videoconferencias. La mediación restaurativa se basa en la premisa científicamente verificada de que el diálogo y el entendimiento mutuo tienen efectos reparadores inherentes al propio proceso. A modo de sustituto, la mediación restaurativa puede llevarse a cabo entre un agresor sexual de menores (en las condiciones de los artículos 10-1 del Código de Procedimiento Penal y 13-4 del Código de Justicia Penal) y una persona víctima de tales delitos durante su infancia, pero sin que exista ningún vínculo entre ellos. Adaptación de las «conferencias familiares» inspiradas en las prácticas ancestrales de los pueblos maoríes, «la conferencia restaurativa» persigue los mismos objetivos de diálogo que la mediación restaurativa, pero reúne a un número más diverso de participantes en torno a la persona infractora, la persona víctima y el o los animadores.

Por lo general, se prevé una sola «reunión» durante la aplicación de estas dos medidas. La conferencia restaurativa es especialmente adecuada para los menores víctimas, ya que permite asociar a los familiares que lo deseen, así

⁷ Véase R. ROSS, «Pour une justice relationnelle», en *Les cahiers de la justice*, pub. ENM/Dalloz, 2016: París: pp. 127-142; S. CHARBONNEAU, C. ROSSI: *La médiation relationnelle*, Ed. L'Harmattan, París: Coll. Criminologie, 2020, pp. 77 y ss.

como a otras personas en las que tienen gran confianza, tras la preparación de cada uno de ellos. Resulta especialmente pertinente cuando los abusos sexuales se producen entre menores⁸.

En vista de las revelaciones tardías de victimizaciones de naturaleza sexual, se hace urgente establecer «círculos restaurativos extrajudiciales», principalmente en los casos en que sea imposible iniciar una acción pública o llevarla a buen término (fallecimiento del infractor; archivo sin más trámite, auto de sobreseimiento, absolución o absolución, por falta de pruebas, en particular) y, más concretamente aún, cuando los hechos han prescrito, en particular en materia de violencia sexual contra menores. Sobre todo porque, en muchas situaciones, la denuncia de los hechos sufridos parece imposible debido al control del depredador sexual, el lugar que ocupa en la familia, su autoridad moral dentro de la institución que acoge a los niños o cuando los familiares se niegan a creer a los niños víctimas, principalmente. Lo mismo debería ocurrir cuando la víctima no desea presentar una denuncia, pero se plantea reunirse con el autor de los abusos sexuales que ha sufrido, si este está de acuerdo y reconoce los hechos propios del caso. Cuando los menores alcanzan la edad adulta, la denuncia de los hechos sigue siendo delicada: amnesia disociativa, vergüenza y miedo a las repercusiones en la familia que no dio curso a sus revelaciones en el momento de las victimizaciones, vida psíquica destruida por los actos cometidos por el depredador sexual.

IV. REQUISITOS PREVIOS PARA LA GENERALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN BENEFICIO DE LOS MENORES VÍCTIMAS

No hay duda de que los delitos sexuales y la violencia sexual contra menores constituyen una lacra social a la que es necesario responder con urgencia. Sin embargo, este escándalo, conocido desde hace mucho tiempo y aterrador en todos los aspectos, solo se ha valorado en su justa medida desde hace unos años. Por razones inaceptables, los menores víctimas de violencia sexual han sido sacrificados en aras de la «paz social» y la «paz familiar», en detrimento del sufrimiento padecido y de sus profundas y duraderas repercusiones.

Para que se tenga mucho más en cuenta a los menores víctimas de abusos sexuales, de forma global e integrada, es imperativo plantearse con urgencia

⁸ Véase, en particular, M. ROMERO: *Le parcours des mineurs auteurs d'infraction à la Protection judiciaire de la jeunesse*: multigraph., Direction PJJ, París: mayo de 2024, pp. 81-84, pp. 92-95.

las reformas que se han reclamado en numerosas ocasiones. De ello depende nuestra responsabilidad y credibilidad como adultos, así como la responsabilidad y la confianza social en la justicia, al menos en democracia. En primer lugar, es importante reafirmar solemnemente el principio fundamental de la *primacía de la educación*, que hoy en día se ve cuestionado por un populismo cada vez más punitivo y fantasioso en lo que respecta a la disminución de los delitos imputables a menores.

La prevención muy precoz de la violencia sexual, en todos los niveles de la educación nacional, independientemente de su estatuto o ámbito disciplinario (público, privado, generalista o profesional), así como en todos los lugares donde se atiende a menores (centros sanitarios, centros escolares, ámbitos deportivos, culturales, artísticos, lúdicos y, en general, familiares y sociales), debe ponerse en marcha de inmediato, tanto en Francia como en los departamentos y regiones de ultramar, a la luz de los sucesivos informes a nivel nacional que ponen de manifiesto la sistematicidad de la violencia, la inercia de las jerarquías y la culpable inacción del Estado. Reducir los factores de riesgo y consolidar los factores de protección desde la más temprana edad constituyen la filosofía y rigen las estrategias prometedoras que deben aplicarse sin descanso. El programa «Educar en la vida afectiva y relacional, y en la sexualidad» (Evars) se pondrá en marcha en septiembre de 2025 en todos los niveles de enseñanza, desde la guardería hasta la universidad, con el fin de hacer mucho más efectivas las disposiciones del artículo L. 312-16 del Código de Educación, derivadas de la ley del 4 de julio de 2001. La creación de círculos restaurativos en el ámbito escolar completaría armoniosamente estos programas.

La información sobre la justicia restaurativa y las medidas que promueve es una condición *sine qua non* para que todos conozcan la gravedad de estos actos de violencia sexual contra menores, que son intolerables. Esta información debe dirigirse a todos los profesionales que están en contacto con menores. Deben llevarse a cabo acciones similares dirigidas a las familias y al público en general. La información deberá seguir haciendo hincapié en la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, o los Servicios Departamentales de Justicia Restaurativa, cualquier delito del que se tenga conocimiento, disposición incluida en el artículo 434-1 del Código Penal. Lo mismo se aplica en caso de agresión o abuso sexual infligido a un menor (art. 434-3 del Código Penal). También es importante reforzar las condiciones de denuncia y levantar el secreto profesional en todos los ámbitos cada vez que haya sospechas de abuso sexual de menores.

Es imprescindible movilizar recursos humanos sustanciales. Los presupuestos ambiciosos merecen una financiación significativa para reforzar la

atención a las víctimas y a los infractores, «cueste lo que cueste». La prevención temprana y las evaluaciones de «buenas prácticas» son fuentes muy importantes de ahorro.

Ya no es tolerable que los servicios que acogen a menores funcionen en «modo degradado», con el riesgo de perder aún más profesionales experimentados, llegando a cuestionar la utilidad de sus misiones, arruinando su entusiasmo inicial por proteger y acompañar a estos menores, ya sean personas en peligro, víctimas o infractores. También es importante crear a nivel local centros multidisciplinarios dedicados a la acogida de niños víctimas de abusos sexuales, dirigidos por profesionales especialmente formados, ya que no hay nada peor, más allá de los crímenes contra la humanidad, que estos aberrantes abusos sexuales a niños y adolescentes, y más aún en un Estado de derecho. El respeto y la confianza que los menores otorgan *a priori* a las instituciones –sean cuales sean–, a sus representantes y a las personas de su entorno familiar se ven arruinados por no poder hablar de ello o por no ser creídos. Se encierran en un silencio destructivo y en un sufrimiento infinito. Sin embargo, sin la posibilidad de revelar los abusos sexuales a un servicio público especialmente dedicado a ello, los acompañamientos terapéuticos son demasiado escasos. La atención terapéutica, lo más cerca posible de la denuncia, la revelación o la denuncia, debe estar disponible de inmediato, como ya es el caso en algunos territorios, teniendo en cuenta la globalidad de la persona menor víctima. Además, en estos lugares debe ofrecerse un apoyo sistemático a la parentalidad.

La formación específica sobre cuestiones sexuales de todas las personas que acogen a menores es fundamental, tanto en la formación inicial como en la formación continua: mecanismos de violencia sexual, detección, identificación, denuncia y atención a los menores agredidos sexualmente, principalmente. Debe coordinarse a nivel nacional.

Debe crearse rápidamente una Federación Nacional para la Justicia Restaurativa, independiente y operativa. Sus misiones consistirán, principalmente, en informar a los profesionales de la cadena penal y a todos aquellos que ejercen en los múltiples lugares que acogen a menores; elaborar un marco de referencia uniforme para la formación y las prácticas; y promover la creación de Servicios de Justicia Restaurativa en todo el territorio nacional. Pionero en la introducción razonada de la justicia restaurativa en Francia desde hace muchos años, el Instituto Francés para la Justicia Restaurativa (IFJR, justicerestaurative.org) puede garantizar estas misiones.

Es necesario *sistematizar el recurso al derecho a la justicia restaurativa* desde el momento en que se revelan, denuncian o notifican los abusos sexuales a menores, antes de cualquier procedimiento judicial. La ley del 20 de noviem-

bre de 2023 parece prometedora, ya que prevé que «para 2027, los 164 tribunales judiciales» deberán haber firmado un convenio sobre la aplicación de la justicia restaurativa con sus socios tradicionales, ya que «es una herramienta valiosa». Por último, y lo que es más importante, deben existir indemnizaciones compensatorias y simbólicas para que cada uno pueda reconstruirse y recuperar su autoestima. Sin volver a una interpretación legalista de la ley, tan apreciada por los juristas, conviene aplicar toda la ley, pero solo la ley. Al igual que todas las leyes de la República, las disposiciones relativas a la justicia restaurativa son de aplicación imperativa y, sobre todo, no facultativa.

¡Indignémonos!⁹

Para concluir de forma resumida, aunque la tarea parezca inmensa, es urgente ponerse manos a la obra desde ya. La sociedad en su conjunto debe implicarse para combatir esta lacra, que destruye vidas enteras. Nunca más debemos oír o leer que «el Estado no da importancia a las declaraciones de las víctimas de abusos sexuales sufridos durante la infancia»¹⁰. A la vista de las observaciones anteriores, convendría volver a prescripciones más breves. En efecto, si la información se generaliza, las denuncias y revelaciones tienen consecuencias, se tienen en cuenta tratamientos terapéuticos transdisciplinarios claramente deslocalizados, se respeta *ab initio* el derecho a medidas restaurativas..., tal evolución legislativa facilitaría el inevitable olvido, naturalmente diferencial, de la violencia sexual, tanto para las personas directamente implicadas como para la sociedad en su conjunto. Una memoria sin olvido es un infierno psíquico¹¹, que cristaliza toda proyección hacia un futuro personal y social más sereno.

⁹ Tomado del título de la famosa obra de S. HESSEL: *Indignez-vous?*: París: Ed. Rue de l'échiquier, 2024, 32 pp.

¹⁰ En lemonde.fr/idees/article/2024/03/17/; C. KOUCHNER: *La familia grande*. Ed. du Seuil: París: 2021, 208 pp.

¹¹ F. EUSTACHE et al.: *Mémoire et oubli*. Ed. Le pommier: París, pp. 137 y ss.

118. EL MENOR DELINCUENTE Y EL DERECHO FRANCÉS: UNA HISTORIA ESMALTADA DE OBSTÁCULOS LEGISLATIVOS

JOCELYNE CASTAIGNEDE

Profesora Titular honoraria de la Universidad de Pau y de los Países del Adour

La vida académica reserva muchas alegrías. Una de ellas es rendir homenaje a un colega, sobre todo cuando ese colega es un amigo desde hace décadas. Más allá del honor, es un placer para mí escribir estas líneas dedicadas a José-Luis de la Cuesta, con quien he compartido mucho en el ámbito científico en el IVAC de San Sebastián, pero también en Pau y Bayona, donde fue un valioso colaborador en el marco del Máster 2 que yo había creado y dirigido, «Criminología y Derecho de menores en dificultad». Anteriormente, en julio de 2000, había sido miembro del tribunal que me había concedido la habilitación para dirigir investigaciones. Su elogioso y cálido informe sigue vivo en mi memoria.

Siempre recordando el pasado, tengo un pensamiento emotivo y agradecido para nuestro maestro, el padre Antonio Beristain, maestro y amigo muy querido que celebró la boda de mi hija, a la que asistieron José-Luis e Inmaculada Iraola. El afecto que nos une desde hace tantos años es una felicidad muy preciada.

He elegido como tema para mi contribución a este libro homenaje un tema que a menudo nos ha reunido: el Derecho Penal de menores. Trataré esta cuestión desde el punto de vista de su evolución, subrayando desde el principio que este Derecho se ha endurecido poco a poco en Francia, olvidando a menudo el legislador que el menor delincuente es ante todo un menor en peligro. Espero que este trabajo sea útil para los estudiantes e investigadores del IVAC,

instituto en el que he impartido clases y participado en numerosos coloquios, pero también para toda la comunidad universitaria española. España es para mí una segunda patria.

Una breve reseña histórica me llevará a repasar dos siglos caracterizados por una responsabilidad cada vez mayor de los menores (I), a la que siguió una clarificación textual obtenida con gran esfuerzo (II). El legislador francés teme a los menores, aunque también teme por ellos ¹.

I. UNA RESPONSABILIDAD CADA VEZ MAYOR

Una larga tradición había tomado del Derecho Romano la teoría de las edades de la vida. Por debajo de los siete años, el menor era *infans* y gozaba de una presunción irrefutable de irresponsabilidad. Pero al acercarse a la pubertad, fijada en catorce años para los niños y doce para las niñas, gozaba de impunidad, salvo si era *capax doli*. Así, más allá de esta edad de la pubertad, podía ser castigado tan severamente como un adulto por delitos atroces, según el adagio *malitia suppleet aetatem*, la maldad prevalece sobre la edad. Este enfoque fue posteriormente matizado por el antiguo Derecho y la ordenanza del 2 de febrero de 1945 (1), antes de ser corregido por el nuevo Código Penal y la Ley del 9 de septiembre de 2002 (2). El clima legislativo se ha endurecido progresivamente para los menores delincuentes.

1. El antiguo Derecho y la Ordenanza del 2 de febrero de 1945

El Código Penal de 1810 había fijado la mayoría de edad penal en dieciséis años, edad que se elevó a dieciocho años mediante una ley del 12 de abril de 1906. Pero la primera ley realmente significativa del siglo xx fue la del 22 de julio de 1912, una ley impregnada de doctrinas positivistas y que abrió el camino a sanciones con fines educativos, entre las que destaca la emblemática libertad vigilada, sobre todo porque se inició una especialización de los tribunales: los menores de más de trece años serían juzgados por una sala especial del tribunal correccional denominada tribunal para niños y adolescentes.

¹ CASTAGNEDE, J: «Le mineur victime et le droit français: une longue marche législative» («El menor víctima y el Derecho francés: un largo camino legislativo»), *Mélanges en l'honneur du Professeur Ali Hossein Nadjafi*, de próxima publicación

Sin embargo, el texto más notable de este siglo fue la Ordenanza del 2 de febrero de 1945 relativa a la delincuencia juvenil, auténtico código de justicia penal de menores antes de tiempo. La exposición de motivos de la ordenanza es instructiva sobre su filosofía: el centro de gravedad del proceso penal no es el acto, sino el individuo al que se le imputa dicho acto. Los fundamentos de la criminología clínica impregnan este texto, al igual que los objetivos perseguidos por la doctrina de la defensa social para establecer tres principios: primacía de lo educativo sobre lo represivo, especialización de las jurisdicciones e individualización del tratamiento².

La opción privilegiada es radicalmente educativa. Lo que debe tenerse en cuenta es la aptitud para la sanción y no la aptitud para la infracción, quedando suprimida, por otra parte, la cuestión del discernimiento. Solo los menores de más de trece años en el momento de los hechos pueden ser objeto de una pena, que se verá obligatoriamente reducida por la excusa de la minoría de edad para los menores de dieciséis años, pero a condición de que las medidas de reeducación resulten inadecuadas para regular su comportamiento. Según los términos de esta ordenanza, todo procedimiento iniciado contra un menor debe incluir una investigación social complementada con un examen médico y un examen médico-psicológico: el diagnóstico debe preceder al tratamiento, tal y como recomienda la criminología clínica. Por último, una disposición emblemática completa el conjunto: se crea un nuevo juez, especializado no en función del litigio que se vaya a tratar, sino en función de la edad del justiciable, el juez de menores.

Así pues, se trata de un discurso pragmático que subyace a este texto, en el que ningún artículo hace referencia a la supuesta irresponsabilidad penal del menor delincuente, a menudo destacada posteriormente por la opinión pública y repetida por numerosos responsables políticos, tanto hoy como ayer.

Evidentemente, la Ordenanza del 2 de febrero de 1945 estableció un modelo tutelar que sería sustituido por la aparición de un modelo legalista. A priori, deberíamos alegrarnos de tal cambio, pero el derecho a los derechos no siempre resultará ser la mejor hipótesis para el menor delincuente. Es cierto que el modelo legalista ofrece garantías, pero el enfoque centrado en el Derecho lleva a revisar conceptos fundamentales, un proceso necesario en algunos aspectos, pero que puede conducir a cambios lamentables. Por lo tanto, merece la pena repasar las fluctuaciones de la legislación relativa a los menores, con las fechas destacadas de 1992 y 2002.

² CASTAGNEDE, J: «Menor delincuente, responsabilidad penal del menor», *Jurisclasseur*, art. 122-8: fasc. 10 – 2005

2. El nuevo Código Penal de 1992 y la ley de 9 de septiembre de 2002

En Francia, se promulgó un nuevo Código Penal en 1992, tras un largo proceso de gestación que podría haber brindado al legislador la oportunidad de integrar el Derecho Penal de menores, pero esta materia no recibió mucha atención. De hecho, solo se dedicó un artículo a los menores, el artículo L. 122-8, último artículo del título relativo a la responsabilidad penal: «Los menores declarados culpables de delitos penales serán objeto de medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación establecidas por una ley específica. Esta ley también determina las condiciones en las que se pueden imponer penas a los menores de más de trece años». Se hace referencia a la ordenanza de 2 de febrero de 1945.

Así pues, la labor de clarificación se limita a la necesaria constatación de la culpabilidad. El legislador no hace referencia a la responsabilidad penal y no contempla las condiciones de imputabilidad, una lamentable omisión sin la cual se habría podido integrar la famosa jurisprudencia Laboube, que toma su nombre de una sentencia dictada por la sala penal del Tribunal de Casación el 13 de diciembre de 1956: el reconocimiento de la responsabilidad penal del menor, que es la única base para la imposición de medidas penales, implica que este «haya comprendido y querido» el acto reprochado. La comisión del delito debe poder imputársele, lo que es importante en la medida en que la imputabilidad presenta dos facetas: la imputabilidad objetiva, material, que permite relacionar la falta y sus consecuencias, y la imputabilidad subjetiva, moral, que corresponde a la capacidad de comprender y querer el acto, es decir, a la aptitud para merecer una sanción. Aquí encontramos la trilogía del Derecho Penal: culpabilidad, imputabilidad y responsabilidad. Esta trilogía se vio enriquecida por la criminología, que forjó el concepto de capacidad penal: esta aptitud para aprovechar la sanción resulta ser un concepto fundamental en el Derecho Penal de menores³.

Además, el legislador de 1992 no mencionaba la cuestión del discernimiento. Diez años más tarde, este olvido se subsanó con la ley de 9 de septiembre de 2002, mediante una reformulación del artículo 122-8 del Código Penal y un recordatorio del requisito previo obligatorio que constituye la imputabilidad: «Los menores capaces de discernimiento son penalmente responsables de los delitos, faltas o contravenciones de los que hayan sido declarados culpa-

³ CASTAGNEDE, J: «La responsabilidad penal del menor: ¿evolución o revolución?», *Revista penitenciaria y de Derecho Penal*, 2004, n.º 2, p. 273

bles». Más aún, se afirma el principio de la responsabilidad penal del menor, un principio bienvenido que sustituye al concepto de irresponsabilidad. Pero esta traducción fue difícil de integrar y aún es a menudo desconocida por la opinión pública, ya que la consecuencia es la reducción de la pena por minoría de edad y no una supuesta irresponsabilidad penal: se trata de una distinción esencial y no de un simple matiz semántico.

Igualmente notable en lo que respecta a la Ley de 9 de septiembre de 2002 es la decisión del Consejo Constitucional al respecto, de 29 de agosto de 2002, decisión capital en la medida en que consagra un principio fundamental reconocido por las leyes de la República en materia de justicia de menores, principio que comprende dos ramas: «la atenuación de la responsabilidad penal de los menores en función de su edad» y «la necesidad de buscar la rehabilitación educativa y moral de los menores delincuentes mediante medidas adaptadas a su edad y personalidad, dictadas por un tribunal especializado o según procedimientos adecuados». Sin embargo, al validar este texto, el Consejo Constitucional abre una brecha: la necesaria conciliación entre estas exigencias y la prevención de las alteraciones del orden público, junto con la salvaguarda de la seguridad de las personas y los bienes.

No es posible, en el marco del presente escrito, recordar todas las aportaciones de la Ley de 9 de septiembre de 2002, de la que se puede decir que refleja una nueva visión del Derecho Penal de menores⁴: el paso de un modelo de protección a un modelo de disuasión es evidente. Se respira un aire represivo en materia procesal, señalado por numerosos comentaristas de la época, entre los que me incluyo. Daré un solo ejemplo: la duración de la detención de los menores de entre diez y trece años en el marco de las investigaciones policiales se amplía a doce horas, con posibilidad de renovación.

Así, el cambio de siglo marca una ruptura: tras constatar su responsabilidad, la capacidad penal del menor se contempla desde una lógica de retribución, con una visión de inmediatez, cuando debería percibirse desde una dinámica criminológica de promoción del individuo, aunque sea delincuente. ¿No se dejó llevar el legislador, en los albores del milenio, por la ilusión de la eficacia intrínseca de la sanción? Esta observación cobrará aún más relevancia más adelante.

⁴ CASTAIGNEDE, J: «La ley n.º 2002-1138, de 9 de septiembre de 2002: una nueva perspectiva sobre el Derecho Penal de menores», Dalloz 2003, p. 779

II. UNA ACLARACIÓN OBTENIDA CON ESFUERZO

Si bien en las dos últimas décadas se ha hecho hincapié en la adaptación del procedimiento para los menores víctimas, como consecuencia de una efervescencia legislativa que condujo a una mayor protección de estos, la situación ha sido diferente para los menores delincuentes. En un ambiente general de severidad hacia ellos, tras un período de turbulencias legislativas (1), una relativa aclaración dio lugar al Código de Justicia Penal de Menores (2). La autonomización del Derecho Penal de menores parece haberse logrado en lo que respecta a los menores delincuentes.

1. Un período de turbulencias legislativas a principios del tercer milenio

A los ojos de los redactores de la Ordenanza del 2 de febrero de 1945, el menor delincuente era considerado un menor en peligro. Pero los tiempos cambian y, a principios del siglo XXI, el legislador lo percibirá más bien como un niño peligroso. Así, la nueva visión del Derecho Penal de menores que introduce la ley de 9 de septiembre de 2002, mencionada anteriormente, seguirá desarrollarse durante una década, con la justificación de un supuesto aumento de la delincuencia juvenil. Se tiene la desagradable impresión de que el legislador ha dado un nuevo contenido al concepto de capacidad penal, que en su opinión se percibe como la aptitud para merecer una sanción más que como la aptitud para beneficiarse de la sanción.

El año 2007 será especialmente significativo para los menores, ya que el legislador intervendrá en dos ocasiones en menos de seis meses sobre el mismo tema. El menor reincidente es un blanco privilegiado en este comienzo del siglo XXI. Para respaldar esta afirmación, es importante recordar las modificaciones introducidas en uno de los principios fundamentales de la justicia penal de menores, la reducción de la pena por minoría de edad, y no la excusa de la minoría de edad, como por desgracia, se suele decir. La primera corrección, de carácter altamente simbólico, derivada de la ley del 5 de marzo de 2007, consistió en suprimir la mención del carácter excepcional de la denegación de la reducción de la pena por minoría de edad. La segunda corrección se refería a una tercera causa de denegación, los atentados contra la integridad física o psíquica de la persona cometidos en estado de reincidencia legal. Unos meses más tarde, la ley del 10 de agosto de 2007, que reforzaba la lucha contra la reincidencia de mayores y menores, limitaba las condiciones para conceder la

reducción de la pena por minoría de edad, llegando incluso, en caso de nueva reincidencia, a invertir la perspectiva: la atenuación de la pena no se aplicará a los reincidentes violentos mayores de dieciséis años. El legislador estableció así una cuasi mayoría penal, idea que, por cierto, vuelve a surgir periódicamente cuando se producen hechos especialmente violentos cometidos por menores.

Cabe recordar que el Consejo Constitucional se mostró relativamente abierto en su decisión de 29 de agosto de 2002⁵: se trataba de conciliar las exigencias relativas a la especificidad del Derecho Penal de menores con la «necesidad de perseguir a los autores de delitos y prevenir las alteraciones del orden público, en particular la seguridad de las personas y los bienes». A decir verdad, el legislador tenía pocas restricciones. Unos años más tarde, este último volverá a aprovechar la brecha abierta por la ley de 10 de agosto de 2011 sobre la participación de los ciudadanos en el funcionamiento de la justicia penal y el enjuiciamiento de menores. Se creará así el tribunal correccional para menores, competente para juzgar a los menores de al menos dieciséis años en el momento de los hechos. Una vez más, se observa la atracción de un grupo de edad por el grupo superior y, en este caso, nos acercamos aún más al Derecho aplicable a los mayores de edad. Es importante recordar que, siempre en la misma decisión, el Consejo Constitucional se había referido a medidas «dictadas por un tribunal especializado o según procedimientos adecuados». La conjunción coordinada «o» ofrecía perspectivas que se habrían cerrado con el uso de la conjunción «y»: las condiciones que deben cumplirse son alternativas y no acumulativas. No obstante, cabe celebrar que una ley de 18 de noviembre de 2016 sobre la modernización de la justicia del siglo XXI haya suprimido este tribunal, demasiado similar al tribunal correccional de adultos.

Sin embargo, el objetivo general de permitir un tratamiento más rápido y más legible de la delincuencia juvenil que se establece en la Ley de 10 de agosto de 2011 no debe hacer olvidar que este texto incluía una disposición interesante, reclamada desde hacía mucho tiempo por los jueces de menores: la división del proceso penal. Se trata de dividir la audiencia judicial en dos fases: una primera en la que se decide sobre la culpabilidad y, en su caso, sobre la acción civil, y una segunda, algún tiempo después, sobre la sanción. Pero era necesaria una reforma del Derecho Penal de menores.

En varias ocasiones, a lo largo de las últimas décadas, se había planteado una revisión de la ordenanza del 2 de febrero de 1945. La Comisión Martaguet, en 1983, presentó el proyecto más avanzado antes de que se presentara el

⁵ BONFILS, Ph/GOUTTENOIRE, A: *Derecho de menores*, Précis Dalloz, 3..^a edición, 2021, n.º 2006.

informe Varinard el 3 de diciembre de 2008, fruto del trabajo de la Comisión presidida por el profesor André Varinard⁶. Dado que el Código de Justicia Penal de Menores se inspira en gran medida en este informe, diremos sucintamente que este ponía de relieve el principio de la primacía de lo educativo sobre lo represivo en sus dos ramas: la finalidad educativa de toda respuesta penal contra el menor y el carácter subsidiario de la pena. Sin embargo, fue necesario un largo proceso para lograr la consagración de la autonomía del Derecho Penal de menores mediante la promulgación de un código específico.

2. El Código de Justicia Penal de Menores de 2021

El Código de Justicia Penal de Menores, a diferencia de la Ordenanza de 2 de febrero de 1945, no incluye una exposición de motivos. Su filosofía general se encuentra en un artículo preliminar y se desarrolla a continuación en su contenido. Se describe en los siguientes términos: «El presente código regula las condiciones en las que se aplica la responsabilidad penal de los menores, teniendo en cuenta, en su interés superior, la atenuación de dicha responsabilidad en función de su edad y la necesidad de buscar su recuperación educativa y moral mediante medidas adaptadas a su edad y personalidad, dictadas por un tribunal especializado o según los procedimientos adecuados». Este artículo se inspira claramente en la decisión del Consejo Constitucional de 29 de agosto de 2002, enriquecida con la referencia al interés superior del niño, pilar de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, añadido por los parlamentarios durante la fase de ratificación de las disposiciones de este código.

Un título preliminar enuncia los principios generales de la justicia penal de menores, título que merecerá nuestra atención: en una formulación clara, se enuncian los fundamentos de la justicia penal de menores, lo que ilustra bien la autonomía del Derecho Penal de menores en Francia. De este modo, sirven de trasfondo funcional a los diferentes libros de este código, que son seis: medidas educativas y penas, especialización de los actores, disposiciones comunes a las diferentes fases del procedimiento, procedimiento preparatorio del juicio, aplicación y ejecución de las medidas educativas y las penas.

Los principios generales del Derecho Penal aplicable a los menores comienzan con un artículo que, en mi opinión, es fundamental, el artículo L. 11-1: para que haya responsabilidad, debe haber culpabilidad y discernimiento, dis-

⁶ BONFILS, Ph/GOUTTENOIRE, A: *Derecho de menores*, op. cit. n.º 1998.

cernimiento que implica que el menor haya comprendido y querido el acto, pero también que sea capaz de comprender el sentido del procedimiento penal al que está sometido. Se establece un límite a partir de los trece años: se presume que el menor tiene discernimiento si tiene más de trece años en el momento de los hechos, pero se trata de una simple presunción. Los redactores de este código parecen haber dudado entre un umbral flexible y una edad concreta. En cualquier caso, parece claro que la edad de responsabilidad penal es de trece años, lo que sitúa a Francia en la media de los países europeos.

Muy interesante, además, es el artículo L. 11-2, que recuerda la finalidad de la sanción: «las decisiones tomadas con respecto a los menores tienden a su recuperación educativa y moral, así como a la prevención de la reincidencia y a la protección de los menores». La formulación es más completa que la enunciada por el Consejo Constitucional en 2002, ya que describe la totalidad de los objetivos perseguidos por la sanción. En el artículo L. 11-3 se expresa claramente el principio de la primacía de la educación sobre la represión: «los menores declarados culpables de un delito pueden ser objeto de medidas educativas y, si las circunstancias y su personalidad lo exigen, de penas». Cabe celebrar el retorno al sistema binario, ya que la creación de sanciones educativas por la Ley de 9 de septiembre de 2002 había enturbiado las cosas. Este título preliminar relativo a los principios generales concluye con dos artículos que precisan que no se puede imponer ninguna pena a un menor de trece años (art. L. 11-4) y que los menores se benefician de una reducción de la pena (art. L. 11-5), sabiendo que el carácter excepcional de la imposición de una pena está más enmarcado que antes en el artículo L. 121-7, que dispone «a título excepcional y teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la personalidad del menor, así como su situación». El mismo artículo recuerda que la posible denegación de la reducción de la pena para los mayores de dieciséis años debe ser objeto de una decisión motivada; si la pena impuesta es la cadena perpetua, la pena máxima será de 30 años, límite máximo establecido por la ley de 18 de noviembre de 2016.

Un segundo capítulo trata de los principios generales del procedimiento penal aplicable a los menores e ilustra el principio de especialización de los tribunales. Cabe destacar el aumento del poder del Ministerio Público, consagrado por la afirmación del papel de los magistrados de la fiscalía en materia de Derecho Penal de menores en el artículo L. 12-2. Del mismo modo, se precisa el papel del abogado en el artículo L. 12-4, que debe ser, en la medida de lo posible, el mismo durante todo el procedimiento. No se olvida a la familia del menor, lo cual es de agradecer: la implicación de los padres se indica en el artículo L. 12-5, disposición que ya se había incluido en la ordenanza de 2 de

febrero de 1945 mediante la ley de programación de 23 de marzo de 1919, tal y como recomendaba la Comisión Varinard.

En cuanto a las disposiciones comunes al Derecho Penal, al procedimiento penal y al Derecho penitenciario, objeto de un tercer capítulo, el artículo L. 13-1 precisa que se aplican «salvo que se disponga lo contrario en las disposiciones del presente código». Este artículo es bienvenido, ya que no existía nada similar en la ordenanza de 2 de febrero de 1945, aunque no podía ignorarse el principio *specilia generalibus derogant*.

Tras este rápido repaso de los principios generales del Código de Justicia Penal de Menores, formularé una observación cuyo carácter un tanto pérfido ruego al lector que disculpe: ¿por qué, en el artículo L. 111-1 relativo a las medidas educativas, se habla de un «niño o adolescente» y no de un menor? Esto me parece lamentable porque, desde el punto de vista jurídico, el término «menor» es claro, sobre todo cuando se utiliza en el Código de Justicia Penal de Menores.

Este repaso de la evolución de la justicia penal de menores en Francia invita, para concluir, a formular algunas observaciones, tanto en lo que se refiere a la constatación como a las perspectivas.

El enfoque en los menores delincuentes, acentuado por las posiciones de los políticos de todas opiniones, no debe hacer olvidar que los delincuentes menores experimentados son solo una pequeña minoría, ni que la mayoría de ellos son menores en situación de riesgo. Francia cuenta con una buena red de estructuras de protección de la infancia y la adolescencia en situación de riesgo, pero, lamentablemente, debido a la falta de medios suficientes, las medidas educativas tardan demasiado en ponerse en práctica. Sin embargo, la eficacia solo puede derivarse de la efectividad. La criminología ha demostrado hasta qué punto un clima familiar nocivo puede tener graves repercusiones en el desarrollo de los menores, alimentando el fenómeno de la reproducción social de la inadaptación⁷.

La justicia restaurativa puede ayudar a romper esta cadena. Pero sus recursos aún no se explotan plenamente, mientras que para los menores autores de delitos es evidente que la sanción penal por sí sola no basta: así, el Código de Justicia Penal de Menores hace referencia explícita a la justicia restaurativa en su artículo L. 13-4. El recurso a la justicia restaurativa⁸ puede aplicarse en todas las fases del procedimiento, «siempre que se hayan reconocido los he-

⁷ CASTAGNEDE-RIVES, J.: *La reproducción social de la inadaptación en el sistema familiar*, Tesis Pau, 1985.

⁸ CARIO, R: *La justicia restaurativa en Francia. Una utopía creativa y racional*, l'Harmattan, 2020.

chos» y, según el apartado 2 del mismo artículo L. 13-4, «si el grado de madurez y la capacidad de discernimiento del menor lo permiten, y tras haber obtenido el consentimiento de los representantes legales». Los textos son claros, pero deben ser interpretados correctamente por los profesionales, ya que los riesgos de desviaciones pueden resultar perjudiciales. Una vez más, señalamos las dificultades para pasar de la teoría a la práctica. Dificultades, pero ciertamente no imposibilidad, ya que en criminología, como en muchos otros campos, la teoría y la práctica están íntimamente relacionadas.

Así, la justicia retributiva por sí sola no puede satisfacer plenamente. Debe complementarse, en la medida de lo posible, con la justicia restaurativa. Sin duda, este es el reto al que se enfrentará Francia en los próximos años para que la justicia pueda desarrollarse plenamente. Los niños y adolescentes que han sufrido daños muy tempranos en la vida merecen empatía, un enfoque generoso pero también fructífero, para ayudarles a convertirse en adultos capaces de afrontar la vida en las mejores condiciones posibles.

119. LA RÉINSERTION DES DÉTENUS EN FRANCE: MYTHE OU REALITÉ?

JEAN-PAUL CÉRÉ

Professeur des Universités

Directeur du Centre de Recherche sur la Justice Pénale et Pénitentiaire
(CRJ2P/IFTJ)

Directeur du Master Droit de l'exécution des peines et droits de l'homme
Responsable du DU Droit routier

Coresponsable du DIU Justice Pénale (UPPA/Université de la Polynésie
Française)

La réinsertion des délinquants correspond à l'une des fonctions de la peine. On retrouve d'ailleurs ce principe de resocialisation dans l'ensemble des pays. Pour la France, la peine doit assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime. Elle a «pour fonctions: 1.° De sanctionner l'auteur de l'infraction; 2.° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion» (art. 130-1 C. pén.). Cet objectif est encore repris par l'article 132-24 al. 2 du code pénal, «la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions». Il faut donc comprendre que la réinsertion n'est pas entendue comme une fonction principale ou exclusive de la peine.

La réinsertion peut s'entendre comme l'absence de renouvellement du passage à l'acte du délinquant déjà condamné, soit le retour à un état de non

délinquance¹. Par la commission d'une infraction pénale, l'auteur rompt le contrat social. Une fois la condamnation exécutée et sa dette payée à la société, il s'agit de faire en sorte que celui-ci devienne –redeviennent– un acteur à part entière de ce même contrat social. Mais encore faut-il qu'il ait précédemment occupé un rôle au sein de la société, avec une intégration effective.

La réinsertion peut se distinguer de notions voisines. L'appréhension du phénomène de la récidive est proche, avec un sens variable. Cette dernière peut être définie comme le fait, pour un individu, de commettre une nouvelle infraction après avoir été condamné définitivement une première fois pour une infraction (en France pour un crime, un crime ou dans certains cas une contravention de 5e classe ou encore par une juridiction pénale d'un Etat membre du conseil de l'Union européenne). La réitération de son côté concerne le délinquant qui commet une nouvelle infraction après avoir été condamné définitivement, sans que cette nouvelle infraction ne remplisse les conditions de la récidive légale. Dans une appréhension moins juridique, elle peut aussi se définir comme le fait, pour un individu, de ne pas sortir de la délinquance ou de la criminalité². Une distinction peut encore être établie entre réinsertion et resocialisation. Celle-ci induit une intégration défectueuse des normes sociales par un individu et nécessite un effort de rééducation³. Enfin, elle se distingue de la réhabilitation qui marque plutôt une amnésie du droit pénal en ce qu'il permet d'effacer les traces de la condamnation, fusse dans une perspective de facilitation de la réinsertion du délinquant.

Pour autant, la réinsertion reste un concept évanescent, voire protéiforme. C'est en tout cas la juste perception du professeur Raymond Gassin qui y trouve une double dimension: soit elle serait un «objectif collectif assigné à la sanction pénale», soit «un résultat individuel acquis ou en voie d'être obtenu par le condamné»⁴.

La France est un exemple confondant des ambivalences du législateur dans le domaine de la sanction pénale. L'opinion publique est avide de plus de réponse pénale, de sécurité et les politiques lui rendent bien en adoptant très régulièrement des lois en réaction à des faits divers médiatisés. Parallèlement,

¹ BERTRAND-MIRKOVIC, A. «Réinsertion», in *Dictionnaire des sciences criminelles*, López G. et Tzitzis S., Dalloz, 2004, p. 816. V. aussi HUMBERT D., *Vers un principe de réinsertion en matière pénale*, Thèse Lyon 3, 2024.

² V. *La récidive, ses définitions et sa mesure statistique*, Service de la statistique des études et de la recherche, dossier méthode, févr. 2025.

³ V. GASSIN R., «Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français», *Rev. sc. crim.* 1996, pp. 155 et 443.

⁴ GASSIN R., «Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français», *Rev. sc. crim.* 1996, p. 159.

il existe un débat sur les conditions de vie dans les prisons qui révèle une forme d'échec des politiques pénales. La croissance du nombre de détenus et l'état de l'institution carcérale n'est ni acceptable, ni efficace, voire-même contre-productive⁵. Pour autant, on assiste depuis une bonne dizaine d'années à une frénésie législative, et des oscillements qui laissent malgré tout une empreinte sécuritaire, indépendamment du renforcement souvent recherché de reconnaissance des droits des victimes, de réinsertion des détenus et de lutte contre la récidive.

Si on se concentre sur la réinsertion des détenus, on se rends compte que beaucoup de lois ont pu, à des degrés divers, concerner plus spécifiquement cet objectif.

La perspective de réinsertion passe par la recherche évidente d'une individualisation de la peine⁶ mais l'exclusion temporaire du délinquant par l'exécution d'une peine privative de liberté y participe également. L'enfermement ne doit pas correspondre à un temp mort; les autorités «excluant pour mieux inclure»⁷. Il n'est pour s'en convaincre qu'à se référer au code pénitentiaire qui promet ostensiblement une telle finalité de la privation de liberté⁸. L'article L. 1 al. 2 dispose que le service public pénitentiaire «contribue à l'insertion et à la réinsertion des personnes qui lui sont confiés et à la prévention de la commission de nouvelles infraction pénales». On voit donc que le code pénitentiaire adopte une vision large de la réinsertion, en aspirant aussi bien l'individu qui s'est écarté ponctuellement du droit chemin que celui qui n'a jamais été véritablement intégré à la société, quand bien même le livre IV de ce même code vise simplement l'«aide à la réinsertion des personnes détenues». On touche donc plutôt ici à une dimension collective de la réinsertion exposée par le professeur Gassin dans la mesure où elle doit être appréhendée «comme une simple direction, un standard qui est indiqué par le législateur aux autorités qui sont chargées de la détermination et de l'application des peines»⁹.

Parmi les réformes récentes impactant la réinsertion, il est possible de relever la loi n° 2021-729 du 22 décembre 2021 qui a retouché le système d'attribution des réductions de peine, en supprimant les crédits de réductions

⁵ V. déjà, réflexions sur le sens de la peine, Commission consultative des droits de l'homme, 2002.

⁶ OTTENHOF R., *L'individualisation de la peine: de Saleilles à aujourd'hui*, Ed. Eres, 2011

⁷ PIRES A. P., «Une "utopie juridique" et politique pour le droit criminel moderne?», *Criminologie*, vol. 40, n° 2, 2007, p. 9.

⁸ V. par ex. MBANZOULOU P., *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, L'harmattan, 2000.

⁹ GASSIN R., «Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français», *Rev. sc. crim.* 1996, p

de peine avec leur caractère automatique en les conditionnant désormais intégralement à des preuves de bonne conduite et d'efforts sérieux de réinsertion; évaluées par le juge de l'application des peines. L'ordonnance n° 202261336 du 19 octobre 2022 renforce les droits sociaux des personnes détenues et vise à améliorer leur réinsertion. Elle a prévu, entre autres, l'accès à des activités de réinsertion (formation professionnelle, travail en détention, etc.). La loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 dite «loi d'orientation et de programmation pour la justice 2023-1059», a supprimé l'exigence de garantie de réinsertion ou d'efforts sérieux de réadaptation sociale pour les peines d'emprisonnement ferme inférieures ou égales à deux ans, afin de favoriser les aménagements de peine et la réinsertion et encouragé les peines alternatives à l'emprisonnement, dans l'objectif de réduire la récidive et de favoriser la réinsertion.

Ces réformes s'inscrivent dans une logique de réduction de la récidive et d'amélioration des conditions de réinsertion, tout en tenant compte des contraintes carcérales et des objectifs de désengorgement des prisons. Reste à savoir si ces politiques pénales y sont parvenues. Pour l'heure, c'est plutôt un échec qui prévaut (I) mais pourtant des pistes de réformes en faveur de la réinsertion existent véritablement (II).

I. UNE POLITIQUE DE RÉINSERTION EN ÉCHEC

1. Une recherche de la réinsertion

En tant que telle, la réinsertion n'apparaît pas dans les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les protocoles sont tout autant silencieux. Il n'empêche que la cour européenne s'est emparée de cette exigence en considérant que les autorités doivent mettre en œuvre des dispositions pour garantir la réinsertion des détenus de manière à ce qu'ils ne représentent plus de menaces pour autrui¹⁰. La jurisprudence implique en l'état de prévoir dans la législation un mécanisme de libération qui sous-tend une question fondamentale, existe-t-il un droit à la réinsertion qui concernerait également les condamnés à la réclusion à perpétuité ? Or, il ressort de cette jurisprudence que les détenus doivent pouvoir «travailler à leur réinsertion», y compris les personnes condamnées à la perpétuité. Les autorités nationales

¹⁰ Il est vrai que les règles pénitentiaires européennes font référence à cet objectif de réinsertion, not. les règles 103.2 et 107.1 et s.

doivent, en conséquence, offrir à ces derniers une chance réelle de se réinsérer ¹¹, dans un cadre réaliste, en tenant compte des contraintes et des limites de l'enfermement. En somme, les Etats doivent donner aux détenus la possibilité de s'employer à leur amendement. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat, qui suppose cependant l'existence de régimes de détention «qui soient compatibles avec l'objectif d'amendement et qui permettent aux détenus aux détenus de progresser sur cette voie».

Depuis plusieurs décennies, le législateur français a multiplié le nombre de mesures alternatives aux poursuites, à l'emprisonnement, et cherché à promouvoir les aménagements de peine. Le but est évidemment d'éviter la prison en maintenant le délinquant dans la société, en l'accompagnant, afin de favoriser sa réinsertion et donc d'éviter la récidive.

Parmi ces mesures, beaucoup d'espoirs ont été fondés sur la surveillance électronique. Aucune autre peine n'a connu un développement aussi conséquent. Les pays qui l'ont introduit dans leur législation, l'ont d'abord justifiée par un triple avantage: lutter contre la surpopulation carcérale, diminuer le coût de prise en charge des personnes incarcérées et, justement, favoriser la réinsertion des délinquants ¹².

La France a donc suivi cette voie depuis 25 ans. Au début des années 2000, 1/3 de la population carcérale était composée de condamnés à une peine inférieure à un an. Il était alors tentant de penser que la surveillance électronique pourrait concerner presque un tiers de la population carcérale française. Le faible coût de la surveillance électronique était un deuxième argument solide. A l'époque, une place de prison coûtait 55 €/ jour contre une dizaine d'euros pour la surveillance électronique. L'écart s'est encore accentué aujourd'hui, 105€ par jour pour une place de prison alors que le coût de la surveillance électronique n'a guère augmenté compte tenu de sa généralisation et des évolutions techniques (11 € environ). Parce ce qu'il soumet l'individu à une surveillance forte, le placement sous surveillance électronique constitue un puissant instrument de neutralisation des actes de délinquance en cours d'exécution de la mesure. Les vertus intégratives du travail, la stabilisation résultant du maintien d'une vie sociale et familiale, concourent certainement à la réduction du risque de renouvellement d'une infraction pénale. Cela semble corroboré

¹¹ CEDH 8 juill. 2014, *Harachchiev et Tolomov c. Bulgarie*, n° 15018/11 et 61199/12; CEDH Gde ch. 9 juill. 2013, *Vinter et autres*, op cit., § 122. V. aussi par ex. sous l'angle de l'article 5, CEDH 18 sept. 2012, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09. V. aussi PASTREBELDA B., «La notion de réinsertion des personnes détenues dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. Trim. Dr. Hom.* 2020, n° 122, p. 27.

¹² V. CARDET C., *Le placement sous surveillance électronique*, Ed. L'harmattan, 2004.

par le constat d'un taux de récidive généralement peu élevé (peu d'incidents ou peu de nouvelles infractions relevées pendant la durée du placement).

On trouve encore cette recherche avec une loi sur la récidive des infractions pénales du 12 décembre 2005 qui a instauré le placement sous surveillance électronique mobile (avec système GPS). La juridiction de jugement peut le prononcer lorsque la mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive du jour où la privation de liberté prend fin (dans le cadre d'un suivi socio judiciaire). Dans ce cas, le placement sous surveillance électronique mobile ne peut concerner qu'un majeur condamné à une peine privative de liberté d'au moins 7 ans (5 ans en cas de récidive légale) et dont la dangerosité aura été établie par une expertise médicale (art. 131-36-9 et s. C. pénal). Il faut encore que la mesure apparaisse comme indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la peine de prison prend fin. Il peut être prononcé pour une durée de 2 ans renouvelable une fois pour les condamnés en matière de délits et deux fois en matière de crimes.

Aujourd'hui, la détention à domicile sous surveillance électronique est solidement ancrée dans le paysage judiciaire français. Son recours est possible à tous les stades de la procédure. D'abord dans la phase pré-sententielle, le juge des libertés et de la détention peut l'utiliser pour éviter un placement en détention provisoire en matière délictuelle. Elle apparaît alors comme une mesure intermédiaire entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire. Cette dernière ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel et si la détention à domicile sous surveillance électronique n'est pas envisageable. Le juge devra donc assurément motiver les raisons du recours à la détention provisoire. La détention à domicile sous surveillance peut être utilisée aussi à l'issue du jugement. La juridiction de jugement peut en effet d'y recourir *ab initio* pour les condamnations inférieures à un an d'emprisonnement ferme, de même que le juge d'application des peines ultérieurement. Enfin, la détention à domicile avec surveillance électronique peut être décidée pour les détenus en fin de peine. C'est d'ailleurs l'aménagement de peine le plus attribué (42,5% des sorties aménagées de prison en 2024 (placement en semi-liberté 29,7%, libération conditionnelle 23,7%)¹³.

Au 1er septembre 2025, on comptait 16 789 personnes placées en détention à domicile sous surveillance électronique. Ce chiffre illustre une augmentation régulière et significative de l'utilisation de la détention à domicile sous

¹³ Sortie de prison en 2024: une hausse des aménagements de peine pour les délits, Vie publique, <https://www.vie-publique.fr/en-bref/298089-sorties-de-prison-en-2024-une-hausse-des-amenagements-de-peine>, consulté le 21/10/2025

surveillance électronique (+ 7,4 % sur un an)¹⁴. Pour autant est-ce que cela a joué un rôle en faveur de la diminution de la population carcérale ?

2. Une place prédominante de la prison

Une détention provisoire conséquente. Comme déjà évoqué, l'un des intérêts de la surveillance électronique est d'éviter une incarcération. Or, sur ce point, il est possible de parler d'échec. Le taux de détention provisoire que l'on a cherché à éradiquer depuis plusieurs décennies, est supérieur à 26 %¹⁵. Il est vrai que même si le recours à la surveillance électronique apparaît important, ce n'est pas forcément le cas au stade présentenciel où elle est encore sous exploitée (environ 3 % des mesures ordonnées)¹⁶. La raison principale réside dans le fait qu'au moment où la juridiction de jugement statue, elle ne dispose pas forcément des informations suffisantes pour s'assurer que le délinquant rempli toutes les conditions pour bénéficier d'une telle mesure. Récemment, toutefois, la loi du 20 nov. 2023 et le décret d'application n° 2025-154 du 19 fév. 2025 ont prévu d'ordonner un placement conditionnel sous surveillance électronique tout en prononçant une incarcération provisoire pour 15 jours maximum, le temps que le service pénitentiaire d'insertion et de probation vérifie la faisabilité technique de la mesure. Si la surveillance électronique est envisageable, la personne est placée sous surveillance électronique, sinon la détention provisoire peut être maintenue (art. 142-6-1 CPP).

Une surpopulation carcérale non maîtrisée. La situation est insoutenable. Au 1^{er} novembre 2025, 85 373 détenus se trouvent écroués pour 62 668 places opérationnelles¹⁷. La densité carcérale globale est de 136,2 % et de 166,8 % en maison d'arrêt, avec plusieurs établissements qui dépassent allègrement les 200 %. En dépit des programmes successifs de construction de nouvelles places de prison depuis 1987 et, singulièrement, depuis une dizaine d'année, l'écart entre le nombre de détenus et de places opérationnelles ne cesse de croître et le nombre de matelas au sol a plus que triplé entre 2017 (1424) et 2025 (5500). Il est vrai qu'en 1981, on démontrait 47 800 détenus pour plus de 85 000 aujourd'hui.

¹⁴ Statistiques mensuelles de la population détenue et écrouée, Ministère de la justice au 1^{er} novembre 2025

¹⁵ Statistiques mensuelles de la population détenue et écrouée au 1^{er} novembre 2025, Ministère de la justice

¹⁶ Rapport statistique de la justice 2023

¹⁷ Statistiques des établissements et des personnes écrouées en France au 1^{er} novembre 2025, Ministère de la Justice

La récurrence du phénomène de la surpopulation pourrait laisser entendre qu'aucune solution n'existe. En réalité, la dernière étude européenne montre que le taux français est de 123,6 détenus pour 100 places relevé au 1^{er} janvier 2024 –qui a fortement augmenté depuis– situait la France parmi les 16 pays dont la densité carcérale est supérieure à 100 places (sur 46 pays). Seuls trois États (Chypre, Slovaquie et San Marin) connaissent une densité carcérale supérieure à la France. Il est donc avéré que la surpopulation carcérale concerne une minorité de pays en Europe (d'autant que parmi les 16 pays plusieurs (7) ont une densité juste au-dessus de 100 places¹⁸.

Sur l'ensemble des pays membres du conseil de l'Europe la densité carcérale est de 93,6 détenus en 2024 pour 100 places disponibles dans les établissements pénitentiaires, avec des variations proches sur ces dernières années (90,2 en 2024; 88,2 en 2022; 91,4 en 2018; 93,7 en 2015). Il est donc significatif de relever que la surpopulation carcérale concerne une minorité de pays en Europe.

La prison facteur de récidive ? Le constat d'une prison facteur de récidive a été démontré à plusieurs reprises par diverses études. Les condamnés à des peines privatives de liberté récidivent plus que ceux condamnés à des sanctions non carcérales en matière délictuelle¹⁹. Il a été également constaté la moindre récidive des condamnés ayant bénéficiés d'un aménagement de peine, notamment lorsqu'il s'agit d'une libération conditionnelle, quel que soit d'ailleurs la nature de l'infraction initiale (récidive de 63 % dans les 5 ans pour les condamnés n'ayant pas obtenu d'aménagement de peine; 55 % pour ceux ayant obtenu un aménagement de peine hors libération conditionnelle; 39 % pour ceux ayant obtenu une libération conditionnelle²⁰. Ceci n'est pas surprenant dans la mesure où la personne placée sous libération conditionnelle va pouvoir, sous certaines conditions, exercer un travail, retrouver sa famille ou suivre un traitement médical, sous le contrôle d'un service pénitentiaire d'insertion et de probation. C'est évidemment un facteur déterminant dans une perspective de réinsertion, qui ne doit rien enlever au fait que cette forte différence pourrait résulter du fait pour partie que les détenus qui obtiennent une mesure alternative sont sans doute ceux étant perçus par l'institution comme présentant le moins de risques. La récidive un après la sortie de prison est quant à elle autour de 33 %²¹.

¹⁸ Conseil de l'Europe, SPACE I, «Prison populations», PC-CP (2024) 5

¹⁹ KENSEY A., *Les taux de récidive: principaux enseignements, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive*, 2013, p. 7. «On retrouve exactement ce chiffre de 63 % dans d'autres études. La réinsertion des personnes détenues: l'affaire de tous et de toutes», CESE, 2019; Service statistique du ministère de la justice

²⁰ KENSEY A., *op. cit.*, p. 8

²¹ Infos rapides Justice, n° 14, avril. 2024.

II. UNE POLITIQUE DE RÉINSERTION POSSIBLE

1. Des pistes controversées

La suppression des courtes peines de prison. Une tendance s'est dessinée en France, mais également dans d'autres pays européens. Elle promeut la suppression des courtes peines d'emprisonnement au motif qu'elles sont néfastes car, quand une personne est condamnée, elle perd son travail, son logement et peut voir ses liens familiaux affectés. Les courtes peines mettent aussi en échec toute perspective d'insertion sociale en ne donnant pas le temps de traiter le détenu durant la détention et aux services pénitentiaire d'insertion et de probation de préparer la sortie. Un temps court de détention traduit par une sortie «sèche» de prison qui ne peut que favoriser la récidive.

La France s'est engagée dans cette voie en supprimant les peines de prison inférieures à un mois et en imposant l'aménagement des peines privatives de liberté de moins de six mois avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice). Les peines inférieures à un mois sont donc interdites et celles inférieures à six mois doivent être systématiquement aménagées (par exemple, en travaux d'intérêt général, bracelet électronique, etc.), sauf si le juge motive expressément une incarcération. L'objectif affiché est de réduire la surpopulation carcérale et favoriser la réinsertion. On remarquera au passage que si le recours à plusieurs mesures est théoriquement possible, c'est bien le choix du placement sous surveillance électronique qui l'emporte en pratique. Le placement à l'extérieur et la semi-liberté étant moins utilisés, ne serait-ce que parce que pour cette dernière, beaucoup d'établissements pénitentiaires ne disposent pas de tel quartiers aménagés. Il paraît évident pourtant que l'hégémonie du placement sous surveillance électronique n'est pas de nature à coïncider avec tous les profils de délinquants.

En réalité, la question des courtes peines de prison est bien plus complexe qu'elle n'y paraît²². D'un côté, de nombreuses études montrent que les courtes peines d'emprisonnement ne sont pas opportunes notamment pour les raisons évoquées (interruption du processus de réinsertion et absence de préparation à la sortie)²³. Mais d'autres expériences en Australie, en Ecosse, en Finlande et en Suède soulignent qu'il pourrait exister un seuil critique évalué à quatre

²² HERZOG-EVANS, M., *Chantier de la justice sur le sens et l'efficacité des peines: quelques très bonnes idées, mais beaucoup de confusions*, Dalloz actu. 30 janvier 2018.

²³ HERZOG-EVANS, M., *La mise en œuvre de la libération sous contrainte dans le nord-est de la France. Rapport pour la mission droit et justice* [GIP], disponible en ligne.

mois. En interdisant les peines jusqu'à six mois; il existe un risque de voir les magistrats prononcer des peines plus longues; ce risque semble plus limité jusqu'à quatre mois²⁴.

Il est vrai que pour des délinquants récidivistes, lorsque les juges ont eu recours à de nombreuses reprises à des peines alternatives, la prédisposition est de finir par prononcer souvent une courte peine dans l'espoir que ces personnes prennent enfin conscience des limites et du risque qu'elles font encourir à autrui ou à elles-mêmes. Aussi, il existe un débat en France sur l'opportunité aujourd'hui à recourir à de très courtes peines d'emprisonnement. Certains parlent des ultras courtes peines d'emprisonnement.

L'arrivée des très courtes d'emprisonnement ? Si des études ont montré que les courtes peines d'emprisonnement pouvaient être néfastes, d'autres études ont pu laisser penser que des très courtes peines de prison auraient un intérêt, à savoir des peines inférieures généralement comprises entre 8 et 14 jours²⁵. Il faudrait alors distinguer entre les très courtes peines (8 à 14 jours) et les courtes peines (1 à 6 mois).

Face à ces réflexes carcéraux, il découle des expériences étrangères et des études sur la question qu'il serait préférable de partir sur une très courte peine de quatorze jours, qui ne puisse naturellement être prononcée avec une motivation forte que si toute autre peine ne peut plus fonctionner et de supprimer, ensuite, toute possibilité de prononcer des peines jusqu'à quatre mois, et en cas de succès, éventuellement à six mois.

L'actuel ministre de la justice a déposé un projet de loi en ce sens. Est-ce une bonne idée ? Si finalement on sonde les expériences dans les autres pays, on peut s'interroger.

Les expériences étrangères. Le système néerlandais a pu miser sur une forte rotation des détenus et une exécution rapide des peines, même très courtes, pour éviter la surpopulation carcérale et marquer une réponse immédiate à l'infraction. Cependant, des études ont souligné que ces peines n'ont pas nécessairement réduit la récidive tend à s'engager dans un processus d'alternatives

²⁴ ELEY, S.; MCVOR, G.; MALLOCHM, M. & MUNRO, B., *A comparative review of alternatives to custody: Lessons from Finland, Sweden, and Western Australia*, 2005, The Scottish Parliament. Justice Committee and University of Stirling, Department of Applied Social Science) et Écosse (Audit Scotland, Reducing reoffending in Scotland, november 2012

²⁵ KILLIAS, M.; GILLIERON, G.; VILLARD, F. & POGLIA, C., «How damaging is imprisonment in the long-term? A controlled experiment comparing long-term effects of community service and short custodial sentences on re-offending and social integration», *Journal of Experimental Criminology*, 2010, 6, 115-130) a montré la supériorité des peines très courtes (quatorze jours) sur le TIG, tandis qu'une autre étude de même niveau (D.C. GOTTFREDSON, B.W. KEARLEY, S.S. NAJAKA & C.M. ROCHA, «How drug treatment courts work: An analysis of mediators», *Journal of Research in Crime & Delinquency*, 2007, 44, 3-35

à l'emprisonnement de courte durée, notamment par l'utilisation de l'ordonnance pénale²⁶.

L'Allemagne a restreint l'usage des courtes peines d'emprisonnement. Les peines inférieures à quatre mois d'emprisonnement ne peuvent plus être prononcées, sauf exceptions et les peines inférieures à un mois sont interdites. Le pays favorise désormais les peines en milieu ouvert ou les alternatives comme les travaux d'intérêt général²⁷.

Historiquement, la Finlande a utilisé des peines courtes, mais a fortement réduit leur recours depuis les années 1970-1990, en développant des alternatives (travaux d'intérêt général, jours-amendes, sursis). Les peines inférieures à 14 jours ne sont pas envisagées, le pays privilégiant désormais les peines en milieu ouvert et dispose d'un nombre proportionnellement conséquent d'établissements pénitentiaires ouverts²⁸.

De nombreux pays européens se sont engagés dans des politiques de suppression des courtes peines; pays scandinaves notamment. D'autres comme l'Allemagne, découragent fortement le prononcé des peines inférieures à six mois, au profit par ailleurs du prononcé de l'amende. Assurément, l'instauration de très courtes d'emprisonnement en France se heurterait à la surpopulation pénale qui, aujourd'hui, atteint un seuil critique. Quelles pistes crédibles alors?

2. Des pistes crédibles

Créer une peine de probation. Une peine de probation a déjà été envisagée en 2014 par la ministre de la justice. Elle revient à l'ordre du jour dans un récent rapport du Sénat sur l'exécution des peines²⁹. Il serait envisageable de créer une peine autonome de probation permettant de sanctionner efficacement des condamnés qui sont aujourd'hui envoyés en prison en raison non pas de la gravité de l'infraction ou du risque de récidive, mais de leur profil lourdement désocialisé (absence de garanties de représentation, troubles psychiatriques...). Cette peine devrait être fortement individualisable en offrant au juge une large palette de mesures contraignantes (convocations du Juge de

²⁶ L'exécution à la peine: 20 propositions pour mieux exécuter et donner du sens aux sanctions pénales, rapport d'information n° 2 (2025-2026), Commission des lois du Sénat, 1^{er} oct. 2025.

²⁷ DUNKEL F. «Le système pénitentiaire allemand», in Céré, J.P. et Japiassu, C.E., *Les prisons dans le monde*, www.world-prisons.org

²⁸ PAASONEN, J., «Le système pénitentiaire finlandais», in Céré, J.P. et Japiassu, C.E., *Les prisons dans le monde*, www.world-prisons.org

²⁹ L'exécution à la peine: 20 propositions pour mieux exécuter et donner du sens aux sanctions pénales, rapport d'information n° 2 (2025-2026), Commission des lois du Sénat, 1^{er} oct. 2025.

l'application des peines, visites du Conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation, obligation de se soigner et/ou de travailler, interdictions de paraître ou de rencontrer les victimes, travail d'intérêt général, réparation des dommages, stages pénaux...). Ces mesures devraient être garanties par un suivi étroit et –surtout– le placement immédiat du condamné en détention dès lors qu'il ne respecte pas les obligations et interdictions auxquelles il est soumis. À l'évidence, la création d'une peine de probation autonome supposerait de l'accompagner par des moyens humains suffisants.

L'idée d'une peine de probation avait donc déjà été émise en pensant fusionner toutes les peines alternatives (bracelet électronique, sursis probatoire, TIG) en une seule; à charge ensuite au juge de l'application des peines d'adapter la sanction. Pour la ministre de l'époque, l'incarcération devrait être réservée pour les criminels, le narcotrafic et les atteintes aux personnes. Toutefois, cette peine de probation autonome pourrait soulever des difficultés. «En cas de non-respect des mesures, qui fera la révocation ? Si elle est décidée par le Service pénitentiaire d'insertion et de probation ou un tribunal correctionnel, cela pourrait aboutir à plus d'incarcération».

Pour un auteur sociologue, Benjamin Monnery, «la peine de probation dépoussède le juge correctionnel de ses prérogatives: il ne voit pas le contenu de la peine qu'il prononce». Or, il s'agit d'un des principaux freins au prononcé des peines alternatives aujourd'hui.

Donner confiance aux peines alternatives. Les peines alternatives demeurent des outils peu mobilisés par les magistrats. Elles représentent à ce jour moins de 20 % des peines principales prononcées³⁰ et n'apparaissent pas suffisamment crédibles. En cohérence avec la mise en place d'une peine autonome de probation, il faudrait renforcer les contrôles du respect des obligations des personnes condamnées des mesures de probation et des autres peines alternatives (surveillance électronique, chantier extérieur). Le renforcement des mesures d'aménagement de la peine est aussi fondamental. 41,3% des sorties de prison lors d'une peine d'emprisonnement d'un an maximum correspondent à un aménagement de peine. Les sorties aménagées pour des peines d'une durée entre un et deux ans représentent 54,3% des sorties et 50,3% pour des peines entre deux et cinq ans³¹.

Supprimer les aménagements automatiques. De tels aménagement ont des effets pervers. La libération sous contrainte de plein droit (LCS-D) est un

³⁰ Rapport du casier judiciaire 2024.

³¹ <https://www.vie-publique.fr/en-bref/298089-sorties-de-prison-en-2024-une-hausse-des-amenagements-de-peine> consulté le 21/10/2025

facteur de moindre prévisibilité de la date de fin de peine, d'augmentation des «sorties sèches» qui favorisent la récidive, de perte de sens pour les condamnés du fait de son automaticité et de moindre efficacité des aménagements, le taux d'échec (donc de réincarcération) ayant augmenté avec la mise en place de ce nouveau mécanisme. Par ailleurs, accordée à «seulement» 63 % des détenus alors qu'elle devait profiter à tous, sauf en l'absence de solution d'hébergement, la LSC-D a été impuissante à lutter contre la surpopulation carcérale. Il faudrait donc la supprimer avec, en contrepartie, un élargissement des dispositifs reposant sur des critères individuels pour faciliter la remise en liberté des détenus faisant preuve d'un bon comportement ou manifestant des efforts sérieux de réinsertion.

Endiguer la surpopulation carcérale. Il ne saurait y avoir une unique réponse à la surpopulation carcérale systémique. Des remèdes existent. L'augmentation du parc pénitentiaire est une voie certes, mais elle ne peut résoudre seule toutes les difficultés. C'est la politique principale opérée en France depuis 1987 avec le tout premier programme massif de construction de nouveaux établissements pénitentiaires (dit programme 13 000). Depuis, les plans immobiliers pénitentiaires se succèdent les uns aux autres. Le dernier en date comprend deux tranches: livraison de 7000 places fin 2022 et construction de 8000 places supplémentaires à l'horizon 2027 (en réalité celui-ci ne sera que très partiellement exécuté). On voit bien que cette politique est insuffisante à résoudre la surpopulation sur le long terme. Elle amène à un usage plus fréquent de la peine de prison, ce qui a pour effet d'absorber les nouvelles capacités et peut s'avérer incitative à recourir plus fréquemment à la détention provisoire. La mise en place d'un *numerus clausus* – une place pour un détenu – ne saurait non plus pleinement satisfaire, ne serait-ce que parce que cette mesure ne résout en rien les origines de la surpopulation. Seule une politique globale et cohérente de lutte contre la surpopulation sur la durée est de nature à produire des résultats convaincants. Elle nécessite de déjouer le recours aux courtes peines privatives de liberté et de leurs substituer des mesures alternatives (semi-liberté, placement sous surveillance électronique, travail d'intérêt général...) ³², de relancer les mesures d'aménager les longues peines (notamment la libération conditionnelle) et de contenir l'utilisation significative de la détention provisoire, dans une tendance haussière de surcroît depuis quelques années.

³² V. le rapport, Evaluation de deux alternatives à l'incarcération, Cour des comptes, mars 2025 qui propose de mieux mobiliser le Travail d'intérêt général et la détention à domicile sous surveillance électronique pour contribuer à la fois à un objectif d'insertion et de lutte contre la surpopulation carcérale.

Mais compte tenu de l'importance de la surpopulation carcérale, cet ensemble de solutions ne saurait répondre aux défis actuels d'autant moins quand certaines réformes semblent contre-productives³³. Une tendance de plus en plus forte milite pour instaurer un système de régulation de la population carcérale. Cela pourrait passer par la mise en place d'un système de gestion en temps réel des places de prisons à l'échelle nationale, d'un seuil d'alerte et d'un seuil de criticité au-delà duquel son fonctionnement est compromis, instauration d'un comité de suivi habilité à prendre des mesures de régulation de la population pénale...

En conclusion, il doit apparaître assez évident que l'objectif de réinsertion ne peut pas s'accorder avec des réformes contradictoires et irréfléchies. Le législateur en France intervient encore trop sous le coup de l'émotion, en réaction à des faits divers ou pour des pures raisons populistes. Cela aboutit à un amoncellement de textes, rendant l'application de la procédure pénale et surtout de l'exécution des peines illisible, très technique et particulièrement complexe qui déstabilise les acteurs professionnels.

Mais sans doute faut-il aller plus loin encore et réfléchir à des vraies réformes, à repenser fondamentalement la politique pénale, en prenant peut-être pour guide Beccaria qui suggérerait d'établir une dichotomie entre les atteintes aux biens et les atteintes ou risques encourus par les personnes³⁴ et ne réserver la prison plutôt que pour ces dernières. Et tant «que le courage politique fera défaut pour investir massivement dans la prévention plutôt que dans la répression, le risque perdurera de continuer de naviguer de crise en crise, multipliant les dispositifs d'urgence pour éviter les réformes de fond qui s'imposent»³⁵.

³³ La doctrine a ainsi alerté sur les effets de la réforme du régime de réduction de peine, M. GIACOPPELLI M., «Pour la confiance dans l'institution judiciaire en droit de l'exécution des peines – Beaucoup de bruit»..., *JCP* n° 3, 24 janv. 2022. 88; DOMINATI, M. *Confiance dans l'institution judiciaire: parution du décret relatif aux mesures d'application des peines*, Dalloz actu. 3 oct. 2022.

³⁴ BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, Giovanni Claudio Molini, 1780

³⁵ BEERNAERT, M.A.; NEDERLANDT, O., «Nouveaux changements dans l'exécution des peines privatives de liberté en raison de la surpopulation carcérale: l'illusion de la réforme ?», *Journal des tribunaux*, 18 oct. 2025, n.° 7039.

120. EL NARCOTRÁFICO EN EL SUR DE ESPAÑA. UN ESTUDIO SOBRE LA REINCIDENCIA A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS JUDICIALES

ANA I. CEREZO DOMÍNGUEZ,
ELENA CERVANTES-PINELO GARCÍA
Universidad de Málaga

I. EL NARCOTRÁFICO EN EL SUR DE ESPAÑA

El narcotráfico en Andalucía tiene sus raíces principalmente en la localidad de Barbate (Cádiz) en los años 80, donde comenzaron a migrar los primeros grupos organizados internacionales que aprovecharon varias de las características geográficas del sur de España como la costa, los numerosos canales y marismas y las zonas de difícil acceso para establecer puntos de entrada de la droga y rutas alternativas para evitar la vigilancia policial. Pero el narcotráfico en la provincia de Cádiz no se puede entender sin el papel primordial que ha jugado siempre el Campo de Gibraltar. Debido a la situación geográfica de Gibraltar como colonia inglesa, las conductas de contrabando siempre han sido habituales en la zona. La población española del campo de Gibraltar solía trabajar en la colonia inglesa, donde ya se realizaban conductas de estraperlo. Cuando Franco cierra la frontera en los años 60, los trabajadores españoles que iban a diario a trabajar a Gibraltar se quedan sin puestos de trabajo. Es en aquel entonces cuando se instala la refinería y todas las industrias químicas alrededor del río Palmones. Se crean puestos de trabajo, pero esa zona queda merma-
da definitivamente para ser explotada turísticamente, debido a la contaminación proveniente de las industrias. Llegados los años 80, el problema se

acrecienta ya que esa zona geográfica se ve azotada por la entrada de las drogas al país y su consumo por parte de los jóvenes de la época, muchos de los cuales fueron falleciendo años después de sobredosis o SIDA¹.

Hoy en día, nos encontramos con que el campo de Gibraltar es una de las mayores rutas utilizadas por los narcotraficantes para introducir droga en el territorio español, y la Costa del Sol, en concreto, el triángulo Marbella-Fuengirola-Estepona, el lugar escogido por los narcotraficantes extranjeros para residir². En los últimos años, debido a la intensa vigilancia policial en el Estrecho de Gibraltar, las bandas organizadas decidieron de forma estratégica cambiar la ruta y comenzar a usar con mayor frecuencia el golfo de Cádiz, las costas de Cádiz y Huelva, el mar de Alborán, frente a las costas de Almería y Granada, así como la desembocadura del río Guadalquivir³.

Por todo ello, debido al conjunto de características demográficas y socioeconómicas anteriormente comentadas, junto a otros factores, como la proximidad geográfica con Marruecos, principal productor mundial de hachís, los vínculos con los grupos organizados, como los cárteles sudamericanos que trafican con cocaína, los puertos de Algeciras y Málaga como puntos clave para la entrada de la droga en contenedores, provoca que la Comunidad Autónoma (CA) de Andalucía se consolide como el centro de compra y venta de droga para toda Europa, liderando las estadísticas de incautaciones y detenciones a nivel nacional.

En relación a las incautaciones, Andalucía registró 95.850 denuncias relacionadas con el tráfico de drogas y 7.355 detenciones (28,81% con respecto al total nacional) en 2023. Aunque el número de denuncias aumentó y el número de detenciones disminuyó en comparación con el año anterior, Andalucía es la líder nacional en ambos casos, ya que las detenciones representaron el 28,81% del total nacional, y las denuncias representaron el 24,68% del total en todo el territorio español⁴.

Con respecto a la droga incautada, según los datos aportados por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), que

¹ CEDILLO, J.: *Del hachís a la cocaína: La apasionante historia del narcotráfico en el sur de España*. Disponible en: https://www.elespanol.com/el-cultural/letras/20230502/hachis-cocaína-apasionante-historia-narcotrafico-sur-espana/758674468_0.html. (Noticia de 2 de mayo de 2023)

² LOZANO, A.: *Las mafias de la Costa del Sol* [Documental], Aduanas-Vigilancia Aduanera, 2018

³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.: *Las nuevas rutas de la droga en Andalucía*. Disponible en: https://www.eldebate.com/espana/andalucia/20240630/nuevas-rutas-droga-andalucia_209022.html (Noticia de 30 de junio de 2024).

⁴ EuropaPressAndalucía. *Andalucía lideró en 2023 las detenciones por narcotráfico y las incautaciones de cocaína, hachís y marihuana*. Disponible en: https://www.europapress.es/andalucia/noticia-andalucia-lidero-2023-detenciones-narcotrafico-incautaciones-cocaína-hachis-marihuana-20241217165840.html#google_vignette (Noticia de 17 de diciembre de 2024).

figuran en la Base Estadística SENDA (Sistema de análisis, Evaluación y Explotación de Datos), Andalucía es la comunidad autónoma con mayor volumen de cocaína incautada en 2023, con aproximadamente 27.000 kilogramos, lo que supuso un gran incremento con respecto al año anterior. Con respecto al cannabis, el CITCO aporta que Andalucía también fue en 2023 la comunidad autónoma con mayor volumen de cannabis incautada, tanto de marihuana como de hachís, destacando esta última con una diferencia abismal con respecto al resto de comunidades autónomas⁵. Por lo que se puede confirmar, tras observar los datos estadísticos, la magnitud del problema del narcotráfico en Andalucía. En particular, la fiscal delegada para Andalucía destaca que la provincia de Cádiz sigue siendo la provincia dentro de Andalucía donde más droga se incautó en 2022, concretamente el 50% del hachís y un 78% de cocaína del total intervenido en Andalucía⁶.

El método principal que las organizaciones criminales utilizan para garantizar el éxito de sus intervenciones es el llamado «gancho ciego», que consiste en que la droga se mezcla con mercancías legales sin conocimiento del destinatario oficial. También ha evolucionado el desarrollo de embarcaciones, ya que cada vez son más potentes y sofisticadas para alcanzar grandes velocidades y evitar ser capturados como las llamadas «narcolanchas», que permiten transportar grandes cantidades de droga a gran velocidad, lo que dificulta de forma considerable la labor de las fuerzas de seguridad⁷. Estas embarcaciones de alta velocidad (EAV) se consideran prohibidas mediante Real Decreto-ley 16/2018, de 26 de octubre⁸, en el que se advierte la urgente colaboración con Portugal, ya que en este país no están prohibidas, y por ello los narcotraficantes aprovechan esta circunstancia y se desplazan hasta tierras portuguesas.

Otro método que suelen usar con frecuencia es la corrupción, los sobornos y la infiltración con la Policía Nacional, Guardia Civil o las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en las infraestructuras portuarias a la hora de facilitar el paso de drogas, como ocurrió en noviembre de 2024, en el que se

⁵ Centro de Inteligencia Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado [CITCO]: Estadística Anual sobre Drogas 2023, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, 2023

⁶ Fiscalía General del Estado: Memoria de la Fiscalía General del Estado 2022. Ministerio de Justicia, 2022

⁷ MACHADO, A.: *Intervenidos 1.400 kilos de cocaína en los puertos de Algeciras y Málaga, con 17 detenidos, entre ellos 6 estibadores malagueños*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/andalucia/2024/11/13/673484aee85ece8a508b4580.html> (Noticia de 13 de noviembre de 2024)

⁸ Real Decreto-ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de octubre de 2018, pp. 104007-104013.

detuvo a 17 personas, de los cuales seis eran estibadores reclutados del puerto de Málaga.

Desde los últimos años, se observa que en la Costa del Sol hay una combinación de diferentes grupos sociales entre las mayores fortunas de empresarios junto con otras que tienen dudosa procedencia, y a su vez se ha formado un territorio de lucha entre bandas internacionales (como albaneses, italianos, ingleses, arabia-franceses, arabia-holandeses, y marroquíes entre otras) vinculadas mayoritariamente al narcotráfico, aunque también se han dado otros tipos de delincuencia como el sicariato, la extorsión, el robo con violencia o el blanqueo de dinero. No obstante, la existencia en el mismo espacio de los distintos grupos provoca los llamados «vuelcos a clanes rivales», que consiste en el robo de la droga de un grupo criminal a otro para luego distribuirla, y el motivo principal es el ahorro de los costes, aunque con el precio de arriesgar sus vidas, ya que se han realizado múltiples asesinatos a raíz de los robos (este método de venganza es llamado de forma coloquial un «ajuste de cuentas»). Todos estos factores suponen grandes limitaciones para los cuerpos policiales al estar teniendo que adaptar nuevas estrategias de forma constante para frenar las organizaciones criminales y el tráfico de drogas.

También se ha registrado en la gran mayoría de las provincias un crecimiento de las plantaciones «*indoor*», que consiste en un tipo de autocultivo en el que se instala una yarpa para poder cosechar generalmente la marihuana. Este tipo de cultivo tiene de forma general mayores beneficios que la plantación «*outdoor*» o invernaderos, lo que podría explicar el crecimiento de este tipo, y esto provoca en los vecinos cortes de suministro eléctrico que afectan gravemente a la vida cotidiana de estos⁹.

La persecución de estos delitos ha sido desde hace años una prioridad nacional. En el sur de España en particular es evidente que estamos ante un claro desafío para la seguridad pública, que refleja la gravedad de la situación y la necesidad de actuar de forma urgente. El Organismo de Coordinación de Operaciones contra el Narcotráfico (OCON-Sur) se creó en el año 2018 a través de la Guardia Civil. El objetivo principal de esta organización es frenar los grupos de traficantes que operan en el Estrecho de Gibraltar. Se han obtenido grandes logros sobre el desmantelamiento del narcotráfico, como la desarticulación de numerosos grupos criminales con la operación Lodos y la operación Dismantle, lo que supuso la detención de más de 10.000 personas y más

⁹ Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas [DGPNSD]: Fiscalía Especial Anti-droga (FEAD). Memoria 2022, Ministerio de Sanidad, 2022

de 1.400 toneladas de droga incautada¹⁰. También se creó en 2018 el Plan Especial de Seguridad, en conjunto para la Policía Nacional y la Guardia Civil, así como la DAVA (División de Vigilancia Aduanera), para poder reforzar las capacidades operativas y de inteligencia de las unidades de lucha contra el narcotráfico (Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2022). A pesar de los logros del OCON-Sur, la unidad fue disuelta en 2022 y se reajustaron los efectivos en las unidades especializadas EDOA de la Guardia Civil.

El objetivo principal de este estudio es analizar la reincidencia de los condenados por tráfico de drogas. En España existen pocos estudios empíricos tan específicos. Además, los instrumentos y procedimientos disponibles para evaluar el riesgo de reincidencia general y violenta en el ámbito penitenciario son limitados, lo que dificulta una valoración precisa y sistemática de este fenómeno¹¹.

Sobre los antecedentes de los condenados por tráfico de drogas en España, se observa que tres de cada cuatro condenados no tienen antecedentes penales. Este análisis cambia por completo la percepción o visión estereotipada de que en los delitos relacionados con las drogas abundan los reincidentes¹². Además, la tasa de reincidencia alcanza el 31,6%, según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias¹³.

Varios autores también han compartido algunas características y factores sociodemográficos de los reincidentes por tráfico de drogas como el sexo, ya que se ha observado que los hombres enfrentan un riesgo mayor de reincidencia en este tipo de delito en comparación con las mujeres. Además, la edad juega un papel crucial, ya que se ha demostrado que aquellos que cometen su primer delito a una edad más temprana tienen una probabilidad más alta de volver a delinquir. Asimismo, se ha demostrado que la nacionalidad española es más reincidente en el país que la extranjera, al igual que poseer antecedentes penales¹⁴.

¹⁰ CADENAS, J.: *Qué es OCON-Sur, la unidad de la Guardia Civil contra el narco disuelta en 2022*, Disponible en: <https://www.newtral.es/ocon-sur-guardia-civil/20240213/> (Noticia del 13 de febrero de 2024).

¹¹ NGUYEN, T., ARBACH-LUCIONI, K., y ANDRÉS PUEYO, A.: «Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2011, pp. 273-294.

¹² MUÑOZ SÁNCHEZ, J., GARRIDO DE LOS SANTOS, M.J. y GARCÍA RUIZ, S.: «Las drogas en la delincuencia y su tratamiento en la Administración de Justicia», en *Boletín Criminológico*, n.º 8, 2002, pp. 1-4.

¹³ AÑAÑOS, F. T., NISTAL, J. y MOLES, E.: «La reincidencia penitenciaria en España: género, factores asociados y prevención», en *Psychology, Society & Education*, 13(2), 2021, pp. 1-10.

¹⁴ MOLES LÓPEZ, E.: *Mujeres y reincidencia en España, factores de protección y riesgo: una aproximación socioeducativa para su prevención*. [Trabajo Fin de Máster, Universidad de Granada], 2021. Disponible en <http://hdl.handle.net/10481/70681>

Por otro lado, se observa como factor penitenciario que aquel individuo que ha sido condenado por delitos más graves suele enfrentar penas de prisión más severas, lo que también influye en su comportamiento futuro¹⁵. También se ha demostrado que la represión no logra facilitar la reinserción social, y se sugiere que el dinero que se pierde en medidas represivas debería ser redirigido hacia políticas efectivas que aborden las raíces del problema, como la pobreza extrema y el desempleo¹⁶.

En consonancia con lo anterior, uno de los factores que más influye en que una persona vuelva a cometer un delito es la pobreza, ya que cuando una persona no tiene los recursos necesarios para cubrir sus necesidades básicas, es más probable que termine recurriendo al delito como una forma de sobrevivir (Enderica Guin y Fuentes Terán, 2020). Diversos estudios señalan que este es uno de los principales motivos por los que muchas personas reinciden, especialmente en casos relacionados con el tráfico ilegal de sustancias sujetas a control. La falta de dinero está directamente relacionada con la falta de oportunidades de empleo, lo que genera una gran frustración y puede reforzar su identidad delictiva. Esta situación es vista por el individuo como un fracaso personal y como una barrera casi imposible de superar para conseguir un trabajo estable. Como resultado, en muchos casos, la persona termina reincidiendo en el delito¹⁷. Normalmente, quienes se ven envueltos en el tráfico de drogas provienen de entornos sociales desfavorecidos. Aunque también hay personas de clases altas que se meten en este mundo, muchas veces movidas por intereses políticos. Quienes han estado involucrados en este delito a pequeña o mediana escala, tienen posibilidades reales de rehabilitación (siempre y cuando existan políticas adecuadas y programas individualizados de tratamiento que los ayuden a ser reinsertados en la sociedad de forma correcta), pero en el caso de los grandes traficantes, es más complicado determinar su probabilidad de reinserción, ya que están acostumbrados a mover grandes cantidades de dinero y a tener poder.

¹⁵ GARZÓN, C.: *Evaluación de la política de umbrales de drogas implementadas a partir del año 2013* [Tesis doctoral, Instituto de Altos Estudios Nacionales Universidad de Postgrado del Estado]. 2017. Disponible en <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/5212/1/TESIS%20Garz%C3%B3n%20Mu%C3%B1oz%20Christian%20A..pdf>

¹⁶ ENDERICA GUIN, C., y FUENTES TERÁN, V.: «Factores criminógenos que inciden en la reincidencia de los sentenciados en los delitos de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización» en *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n.º 5, 2020, pp. 1-20.

¹⁷ HIKAL CARREÓN, W. S.: «Revisión teórica a la génesis de la conducta criminal», en *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 20(1), 2017, pp. 186-209.

Los estudios han concluido por último que, ingresar en prisión a personas por delitos relacionados con drogas no mejora las tasas de reincidencia¹⁸ y que se debe profundizar en cada caso para ver qué medidas han funcionado bien y cuáles se podrían aplicar en otros contextos, sin afectar la seguridad de la comunidad¹⁹.

II. METODOLOGÍA

1. Objetivos

Como se ha apuntado anteriormente, el objetivo general que nos hemos planteado en este trabajo es el de analizar la reincidencia de los condenados por tráfico de drogas en el sur de España.

Al igual que sucede al estudiar este fenómeno delictivo, la evaluación de la reincidencia delictiva se ha convertido en una herramienta clave en el campo de la criminología. Es fundamental para analizar si las medidas aplicadas en prisión son realmente efectivas y sirve como referencia principal para entender cómo funciona el sistema penitenciario. Además, la reincidencia es uno de los criterios más importantes para identificar los factores de riesgo asociados a la criminalidad y para anticipar la probabilidad de que una persona vuelva a delinquir²⁰. Por este motivo, muchas leyes penales en países occidentales utilizan la reincidencia como base para valorar el nivel de riesgo criminal, ya que ofrece una guía práctica y objetiva para prever futuras conductas delictivas. En este sentido, hablamos de reincidencia cuando alguien repite conductas delictivas.

Aunque existen distintas maneras de entender y medir la reincidencia, la reincidencia penitenciaria será la utilizada en el presente trabajo. Esta se produce cuando una persona que ha salido de prisión tras cumplir una condena vuelve a ser condenada y debe regresar a la cárcel por haber cometido un nue-

¹⁸ MITCHELL, O., COCHRAN, J. C., MEARS, D. y BALES, W. D.: «The effectiveness of prison for reducing drug offender recidivism: A regression discontinuity analysis», en *Journal of Experimental Criminology*, 13(1), 2017, pp. 1-27.

¹⁹ BIRD, M., NGUYEN, V. y GRATTET, R.: «Recidivism outcomes under a shifting continuum of control», en *American Journal of Criminal Justice*, 48(3), 2023, pp. 808-829.

²⁰ ANDREWS, D. A. y BONTA, J.: *The psychology of criminal conduct*, Cincinnati: Anderson, 1994; ANDRÉS PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S.: «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», en *Papeles del psicólogo*, 28(3), 2007, pp. 157-173 y CID, J.: «¿Es la prisión criminógena? (Un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2007, pp. 427-456.

vo delito. Es decir, hablamos de reincidencia penitenciaria cuando alguien, después de haber cumplido una pena, reincide y termina de nuevo en un centro penitenciario. La evaluación de la reincidencia delictiva se ha convertido en una herramienta clave en el campo de la criminología.

Un problema habitual en la medición de este tipo de reincidencia es que, si la persona se traslada a otro país y allí comete un nuevo delito, esa información no suele aparecer en los registros del país de origen, lo que dificulta tener una visión completa de su historial delictivo. Muchos estudios sobre reincidencia delictiva utilizan la reincidencia penitenciaria como referencia principal, ya que el reingreso en prisión es un dato objetivo y fácil de comprobar en los sistemas penitenciarios.

2. Instrumentos

Para el estudio del grado de reincidencia en condenados por tráfico de drogas, se ha empleado una metodología cualitativa de carácter empírico mediante un análisis documental de sentencias judiciales. Además, se combina con un enfoque de tipo descriptivo-explicativo, ya que se pretende identificar patrones comunes en los perfiles de los condenados por delitos de tráfico de drogas en el sur de España, así como explorar posibles factores de la sentencia impuesta asociados a la reincidencia. Esta metodología permite vincular el análisis jurídico con interpretaciones de carácter criminológico, aportando una visión integrada del fenómeno.

La muestra está compuesta por un conjunto de sentencias judiciales obtenidas del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), ya que es un órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) encargado de la jurisprudencia y correspondiente a Audiencias Provinciales del sur de España (concretamente la CA Andaluza) entre los años 2023 y 2025. Por lo tanto, el presente estudio emplea un muestreo probabilístico, dado que todas las sentencias más recientes tienen la misma probabilidad de ser seleccionadas, permitiendo así un examen equitativo de los factores asociados a su actividad delictiva.

3. Población diana

La población objeto de estudio en esta investigación está formada por individuos condenados por delitos contra la salud pública, específicamente por tráfico de drogas, habiendo cometido este acto delictivo en el sur de España. A

partir de esta población, se ha seleccionado una muestra representativa con el objetivo de garantizar la fiabilidad y pertinencia de los resultados obtenidos.

El tamaño muestral estimado se ha realizado a partir de una muestra compuesta por 35 personas condenadas en firme de varias sentencias del CENDOJ. Se ha seleccionado a los condenados de esta tipología delictiva según los artículos 368 y siguientes CP, ya que permite analizar las preguntas planteadas en los objetivos, lo que asegura la validez interna del estudio, garantizando un desarrollo metodológico riguroso y científicamente fundamentado. Asimismo, se fortalece la validez externa, dado que la muestra elegida comparte características homogéneas con la población objetivo, lo que favorece la generalización de los hallazgos.

Por ello, destacando como principal criterio de inclusión aquellas sentencias por delitos contemplados en los artículos 368 a 370 CP, también se enfatiza en la relevancia geográfica, ya que el hecho delictivo debe haber tenido lugar en la zona sur de España. El análisis técnico de las sentencias se hará mediante una codificación de variables sociodemográficas presentes en ellas, tales como: Sexo (hombre, mujer); edad (menor de 25 años, entre 26-35 años, entre 36-45 años, entre 46-65 años, y más de 65 años); y nacionalidad. Además, se presentan otras variables a resaltar: rol o función del condenado, tipo de droga incautada, cantidad de droga incautada, duración de la pena de prisión y de multa impuesta, presencia de agravantes o atenuantes, y existencia de antecedentes por delitos contra la salud pública por tráfico de drogas. Estas variables han sido tratadas mediante análisis de contenido, complementando la parte jurídica con una interpretación criminológica.

4. Análisis de los datos

Una vez finalizada la fase de recogida de sentencias, y con el propósito de dar respuesta a los objetivos planteados en esta investigación, se procedió a la introducción de las variables correspondientes a los 35 condenados en un archivo en formato OMV, compatible con el software Jamovi, ya que cuenta con análisis factorial y estadístico y tablas en formato APA («*American Psychiatric Association*»), lo que lo convierte en un programa muy cómodo y eficaz para este trabajo²¹. En primer lugar, se realizó un análisis descriptivo con el fin de obtener una visión general de las características sociodemográfi-

²¹ SÁNCHEZ-VILLENA, A.: «Uso de programas estadísticos libres para el análisis de datos: Jamovi, Jasp y R», en *Revista Perspectiva*, 20(1), 2019, pp. 112-114.

cas de la muestra, así como de los roles desempeñados por los condenados y de los tipos de agravantes y atenuantes recogidos en las sentencias judiciales. Posteriormente, se llevó a cabo un análisis bivariado, en el que se cruzaron las variables sociodemográficas (como el sexo, la edad o la nacionalidad) y aquellas relacionadas con el delito (tipo y cantidad de droga incautada, tipo de pena de prisión, pena de multa, entre otras) con la variable reincidencia, con el objetivo de valorar si existían relaciones estadísticamente significativas entre ellas.

Para dicho análisis, se empleó la prueba de Chi-cuadrado de Pearson, que es el test más utilizado para determinar si existe una relación o asociación estadísticamente significativa entre dos variables categóricas o, por el contrario, si las variables son estadísticamente independientes. Se estableció un nivel de confianza elevado (NC = 95%), lo que implica que se está dispuesto a asumir un error como mucho del 5% ($\alpha = 0,05$), en el que el p-valor (probabilidad de error) es mayor a 0,05, las dos variables analizadas serán independientes entre sí, mientras que si es menor a 0,05, indicará que hay una asociación estadísticamente significativa entre ambas²².

Para analizar la prueba se utilizaron tablas de contingencia, que son tablas de doble entrada que muestra las frecuencias²³ de dos variables de forma conjunta. Por último, debido a la necesidad de estudio acerca de la reincidencia penitenciaria, este concepto será el utilizado en el trabajo, siendo la variable dependiente la reincidencia penitenciaria, mientras que el resto de las variables se han tratado como variables independientes.

III. RESULTADOS

Sexo. Al observar la variable sexo, los datos revelan una diferencia bastante evidente, ya que la gran mayoría de las personas condenadas por tráfico de drogas son hombres, mientras que las mujeres representan solo un 17.1% del total. Para ver si el sexo influye también en la reincidencia, se aplicó una prueba de Chi-cuadrado entre ambas variables, pero los resultados no mostraron ninguna relación significativa ($\chi^2 = 0,0335$, $p = 0,855$).

Edad. La distribución por edad de los condenados por tráfico de drogas en Andalucía presenta una mayor concentración en los tramos correspondien-

²² GARCÍA SALINERO, J.: «Análisis en los estudios epidemiológicos V: Prueba de Chi cuadrado y análisis de la varianza», en *Revista NURE Investigación*, n.º 20, 2006, pp. 1-8.

²³ Una frecuencia según la RAE (Real Academia Española) consiste en: «el número de veces que se repite un hecho por unidad de tiempo».

tes a la primera fase adulta. El grupo predominante es el de individuos que se encuentran entre los 26 y 35 años, los cuales forman más de un tercio del total. Los grupos de menos de 25 años y entre los 46 y 65 años tienen el mismo peso, con apenas una diferencia de dos individuos entre ellos. Finalmente, el grupo de mayor edad, superior a 65 años, forma tan solo el 5,7% de los condenados. Aunque no hay un elevado número de muestras, la diferencia entre las edades es significativa.

Nacionalidad. En cuanto a la nacionalidad de las personas condenadas, los datos muestran que la mayoría son de nacionalidad española, representando algo más de dos tercios de la muestra. Muy por detrás se sitúa Marruecos, que ocupa un 14,3% de los casos. El resto de nacionalidades encontradas en la muestra son Francia, Argentina, Colombia o Nigeria, que representan casi un 3% cada uno.

Rol o Función del condenado. La actividad de venta constituye el rol más frecuente desempeñado por los condenados por tráfico de drogas, con un 62,8% del total de casos. Le siguen en frecuencia los roles de distribución, con un 14%, y depósito, con un 9,3%. En cambio, las funciones de transporte, cultivo e intermediación presentan una menor representación en la muestra, situándose como los roles menos habituales entre los condenados.

Es de destacar que ninguna de las variables anteriores ha conseguido afirmar que existe una relación estadísticamente significativa entre ellas con la reincidencia, ya que al aplicar la prueba de Chi-cuadrado entre ambas variables, los resultados mostraron un p-valor superior a 0,05.

Pena de prisión. El 94,3% de los casos fueron condenados a penas de cinco años o menos, lo que indica que los jueces o tribunales en la mayoría de los casos aplicaron sanciones dentro del rango bajo o medio establecidos para los delitos contra la salud pública. Concretamente, la mayoría de los condenados recibieron penas comprendidas entre 13 y 24 meses, por lo que más de la mitad de la muestra tiene condenas de poca duración. Las penas más largas son menos frecuentes, ya que un 17,1% fue condenado a entre 37 y 60 meses, y solo un 5,7% fueron condenados a una pena superior a 60 meses, y se trata de sujetos con las condenas asociadas a las agravantes. Por otro lado, un 8,6% recibió penas iguales o inferiores a 12 meses, lo que en el marco penal español implica la posibilidad de suspensiones de condena.

Pena de multa. Un 25,7% de los casos recibieron multas iguales o inferiores a 500 euros, lo que puede ser una multa simbólica por no suponer un gran riesgo a la salud pública, aunque el rango de sanciones más concentrado está entre los 500 y 5.000 euros, seguido por el grupo de 5.000 a 15.000 euros con un 28,6% de los casos. Por lo que las multas tienden a concentrarse en un

rango moderado, aunque también hay condenas que se asocian a una mayor implicación en el tráfico por ser multas más relevantes. Finalmente, un 8,6% de los condenados recibieron multas superiores a 100.000 euros, lo cual se vincula a un tráfico a gran escala y la presencia de agravantes en la sentencia.

Atenuantes. Una parte significativa de los condenados no cuenta con atenuantes en la sentencia. En concreto, el 61.5 % de los casos no presentan atenuantes, lo que indica que en más de la mitad de las condenas no se apreciaron factores que disminuyeran la responsabilidad penal de los acusados. Entre las circunstancias atenuantes que fueron aplicadas, la más frecuente es la atenuante por drogadicción, seguida de la confesión, con una diferencia apenas notable entre ambas. Las dilaciones indebidas se identificaron como atenuante en un 7,7 % de las sentencias, mientras que la atenuante por menor entidad del hecho se registró en tan solo un 2.6 % de los casos. Por lo que se concluye que, en el marco penal, el artículo atenuado más aplicado en la muestra del estudio es el artículo 21.2.^a CP, seguidos de los artículos 21.4.^a y 21.6.^a CP. No obstante, también hay una atenuante en el artículo 21.7.^a CP en relación al artículo 368 párrafo segundo CP, debido a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del autor.

Agravantes. La mayoría de las sentencias analizadas no incluyen agravantes. En concreto, en el 82,9% de los casos no se apreció la presencia de circunstancias agravantes, lo cual indica que, en términos generales, las conductas juzgadas no tuvieron elementos que intensificaran la gravedad del delito. Entre las circunstancias agravantes aplicadas, destaca la notoria importancia de la cantidad de droga incautada, presente en el 8,6% de los casos. El resto de agravantes identificadas representan la misma frecuencia con respecto al total, que son: el haber facilitado la droga a personas pertenecientes a un grupo especialmente vulnerable, la realización de la conducta en entornos sensibles, y la participación en actividades organizadas.

Tipo y Cantidad de Droga. El tipo de droga más frecuente que ha sido incautada es la cocaína, que representa una clara mayoría en comparación con otras drogas. A continuación, se encuentra la marihuana, seguido del hachís, mientras que en último lugar se encuentran la MDMA y la heroína. Del mismo modo, la sustancia con mayor cantidad media y total incautada es la marihuana, con un valor de 570 kilogramos de media aproximadamente y un valor total aproximado a cuatro toneladas. Esta cifra destaca por su magnitud y se debe a casos con grandes incautaciones, en formato de descarga y venta a gran escala. Le siguen el hachís, con una media de casi 78 kilogramos y 466 kilogramos en total, y la cocaína, con 188 gramos de media y cinco kilogramos en total, también en cantidades notablemente superiores a otras sustancias. Por el

contrario, las drogas con menor cantidad media incautada fueron el MDMA, con 8,38 gramos de media y 33,5 gramos en total y la heroína, con 3,13 gramos de media y 6,26 gramos en total. Estas cifras más bajas pueden reflejar una alta potencia de la sustancia que requiere menores volúmenes para incurrir en delito penal, ya que las dos últimas drogas nombradas causan un grave daño a la salud frente a otras drogas «blandas» como el cannabis.

Antecedentes. De los 35 individuos que conforman la muestra, prácticamente la mitad de la muestra no presentan antecedentes, mientras que la otra mitad sí los tienen. De este último grupo, solo cinco personas reincidieron en un delito de la misma naturaleza, mientras que 12 no reincidieron. Del mismo modo, se puede afirmar que existe una relación estadísticamente significativa entre reincidencia y antecedentes.

IV. CONCLUSIONES

Se ha podido comprobar que los hombres españoles de entre 26 y 35 años tienden a ser el perfil más común de condenado por tráfico de drogas. Asimismo, la relación entre el sexo y la reincidencia muestra que hay una mayor probabilidad de hombres reincidentes que de mujeres, así como de españoles que de extranjeros. Además, la venta de tráfico de drogas es el rol más frecuente entre los condenados, destacando el papel que las mujeres tienen en esta función. Por otra parte, aunque la mayoría de los condenados no tienen atenuantes ni agravantes en sus sentencias, destacan la atenuante por drogadicción y la agravante de notoria importancia por la cantidad de la droga. Esta baja aplicación de los subtipos atenuados y agravados puede deberse a una gran flexibilidad en la interpretación del caso concreto o a una incoherencia por parte de los jueces y tribunales. Igualmente, la sanción económica se ajusta mejor a la gravedad del delito que la pena de prisión. Del mismo modo, se ha comprobado que la cocaína es la sustancia más incautada en la muestra, y que la cantidad de las drogas varía considerablemente según el tipo de sustancia, siendo la marihuana la sustancia con mayor cantidad incautada en Andalucía.

Por último, se afirma que los antecedentes penales del sujeto están asociados con una mayor probabilidad de reincidir en el futuro. Se ha evidenciado que uno de cada dos condenados cuenta con antecedentes penales, lo que supone un 50% de la muestra. Este dato contrasta con los resultados obtenidos por Muñoz Sánchez et al., (2002), que especificaron que tres de cada cuatro condenados por tráfico de drogas no tenían antecedentes penales, lo que supo-

ne un 75% de su muestra. La diferencia entre ambos estudios podría deberse a la evolución del perfil delictivo en los últimos 20 años, ya que el estudio fue realizado en el año 2002, y debido a todas las crisis y fenómenos sucedidos especialmente en la última década, los perfiles de los diferentes delitos han podido variar, incluyendo el traficante de drogas. También podría deberse a las particularidades sociodemográficas que Andalucía tiene, o a los múltiples cambios doctrinales del TS y el CP. A pesar de esto, el resultado que muestra la elevada tasa de antecedentes penales en los condenados es fundamental para analizar la reincidencia, ya que ha confirmado la hipótesis que la presencia de antecedentes penales de los condenados en el sur de España se asocia significativamente con una mayor probabilidad de reincidencia.

Tras los resultados obtenidos podemos concluir que el narcotráfico se continúa considerando uno de los principales peligros para la seguridad y el bienestar de las sociedades actuales, debido a su profundo impacto en múltiples áreas, ya que los efectos directos pueden abarcar desde afectar la salud pública y la economía, hasta la estabilidad de las instituciones y la seguridad de los ciudadanos. Por ello, enfrentar de forma efectiva el tráfico de drogas exige respuestas integrales y coordinadas por parte de los Estados y organismos internacionales y nacionales de forma periódica, y así proporcionar una perspectiva más clara sobre esta problemática, especialmente a la hora de prevenir el problema y sus efectos.

121. LA SUPERVISIÓN DE LAS ALTERNATIVAS COMUNITARIAS EN MEDIO ABIERTO ¹

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS
Catedrática de Derecho Penal
Universitat de València

I. PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE ALTERNATIVAS COMUNITARIAS CON CONTENIDOS FORMATIVOS

Entendiendo como medidas alternativas comunitarias a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y a la suspensión de la ejecución de la pena, ambas figuras presentan como elementos comunes que incluyen o pueden incluir en sus contenidos la realización de actividades o participación en programas de tratamiento y que son gestionadas por la Administración penitenciaria. Estas características hacen que su cumplimiento sea especialmente complejo porque la imposición y concreción de las obligaciones del penado requieren de un mecanismo de control ejercido entre los distintos órganos intervinientes.

El art. 49.1.º CP establece que la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, para lo cual requerirá informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en el que se presten los servicios. También establece que los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria

¹ Con admiración, agradecimiento y afecto a José Luis de la Cuesta Arzamendi, ejemplo de defensa de los derechos humanos y la dignidad humana de todas las personas a lo largo de una trayectoria académica que, además de brillante, es un modelo a seguir en la humanización del sistema penal y penitenciario.

las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, ausencias injustificadas, rendimiento sensiblemente inferior, incumplimiento de las instrucciones recibidas o cualquier conducta que no le permitiera seguir en el centro.

Con relación a la suspensión de la ejecución de la pena, el art. 83.4 CP dispone que, cuando viene condicionada a la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, de resolución pacífica de conflictos, parentalidad o similares o programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos, su control corresponderá a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de la Administración Penitenciaria (en adelante SGPMa) y que dichos servicios informarán al Juez o Tribunal de ejecución sobre el cumplimiento de los programas formativos, de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

Entre ambas figuras hay notables diferencias porque, en el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad se atribuye el control de su ejecución al Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que supone una excepción al sistema general de controlar lo juzgado por parte del Tribunal sentenciador, además de señalar como órganos colaboradores para la emisión de informes a la Administración, entidad pública o asociaciones donde se lleven a cabo las actividades y a los servicios sociales penitenciarios para informar de las incidencias relevantes para confirmar el cumplimiento correcto de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena, sin embargo, sigue la regla general de control por parte del Tribunal sentenciador, pero introduce como novedad la referencia a los SGPMa en su función de informar al Juez o Tribunal de ejecución sobre su cumplimiento.

La mención a los servicios sociales penitenciarios, en el caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y a los SGPMa, en el de la suspensión de la ejecución de la pena, sorprenden por el silencio de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a las medidas alternativas, al limitar sus competencias a la ejecución de las penas privativas de libertad y a la labor asistencial y de ayuda de penados y presos. El Reglamento Penitenciario, sin embargo, incluye entre las funciones de los Centros de Inserción Social el cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y las penas de arresto de fin de semana (actualmente sustituidas por la pena de localización

permanente), el seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal y cuya ejecución se atribuya a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior (actualmente Ministerio de Interior) u órgano autonómico competente y el seguimiento de los liberados condicionales adscritos.

El RD 690/1996 de 6 de mayo por el que se establecieron por primera vez las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana ya dispuso expresamente que la Administración Penitenciaria sería la competente para facilitar los trabajos en beneficio de la comunidad, al igual que el actual RD 840/2011 de 17 de junio por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Entre las novedades de este último Real Decreto destaca la creación de los SGPMAs, definidos en su art. 2 como las unidades administrativas multidisciplinarias dependientes de la Administración Penitenciaria que tienen encomendada la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad, lo que supone sustituir los antiguos servicios sociales penitenciarios por unidades administrativas dependientes orgánica y funcionalmente de un Centro penitenciario o Centro de Inserción Social².

De esta forma, los SGPMAs se encargan de determinar la actividad a realizar por los condenados a trabajos en beneficio de la comunidad y elaborar el plan de trabajo que vayan a desarrollar, por cierto, de ejecución inmediata, lo que deja a los Jueces de Vigilancia como meros receptores de la información de posibles incidencias durante el cumplimiento y a controlar la ejecución de lo ya decidido, con un modelo de ejecución demasiado administrativizado por reducir el control judicial a una mera comunicación posterior. En las penas suspendidas, el Tribunal sentenciador es el competente para la imposición de condiciones consistentes en la realización de programas formativos, pero serán los SGPMAs los que hagan efectivo el cumplimiento de los mismos, al encargarse de la elaboración del plan de intervención y seguimiento con la única obligación de informar al órgano jurisdiccional sobre el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

² TAPIA ORTIZ, M. «Las penas y medidas comunitarias. La Administración Penitenciaria en el siglo XXI», *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2019, 40 años de Ley Orgánica General Penitenciaria, p. 327.

Como se puede observar, el modelo es similar ya que en ambos casos queda en manos del órgano judicial sentenciador la determinación de la obligación de realizar alguna actividad, bien sea mediante la imposición de la pena de trabajo en servicio de la comunidad o la concesión de la suspensión de la pena condicionada a la realización de programas formativos, siendo el SGP-MA el que decide la actividad a desarrollar y el plan de ejecución, pero difieren en el control judicial ya que, mientras en el trabajo en beneficio de la comunidad lo asume el Juez de Vigilancia, en el caso de la pena suspendida lo mantiene el Tribunal sentenciador.

A partir de estas características son tres los problemas que se pueden plantear: de qué información disponen los jueces cuando deben decidir la imposición de una pena de trabajo en beneficio de la comunidad o conceder la suspensión de la ejecución condicionada a la realización de programas formativos; qué criterios utilizan los SGPMAs para determinar y programar las actividades a desarrollar; quién y cómo determina si el cumplimiento es adecuado y, en caso contrario, las consecuencias del incumplimiento.

Por limitaciones de espacio, en este caso solo se va a hacer referencia al tercero de los problemas, es decir, quién y de qué forma debe supervisar el cumplimiento de las sanciones comunitarias con el objetivo de establecer la delimitación de las respectivas competencias atribuidas a los SGPMAs y los órganos judiciales.

II. DELIMITACIÓN DE FUNCIONES ENTRE LOS ÓRGANOS SUPERVISORES EN LAS ALTERNATIVAS COMUNITARIAS

El RD 400/2012 de 17 de febrero modificó la estructura orgánica del Ministerio del Interior, atribuyendo a Instituciones Penitenciarias la ejecución de medidas alternativas, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la libertad condicional y las medidas de seguridad; posteriormente, el RD 952/2018 de 27 de julio atribuyó a la Subdirección General de medio abierto y penas y medidas alternativas el seguimiento y supervisión del régimen abierto en todas sus modalidades, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta atribución de competencias permitió impulsar las medidas alternativas al contar con la experiencia previa de los programas de tratamiento penitenciario adaptados al medio abierto, pero su dependencia de los órganos penitenciarios

ha incrementado su contenido punitivo³, sirva como ejemplo el anacronismo de poder cumplir el trabajo en beneficio de la comunidad en el interior de las prisiones o sea posible realizar programas de penas suspendidas impartidos por personal penitenciario dentro de prisión⁴.

Tal como dispone el RD 840/2011 de 17 de junio, una vez recibido el mandamiento judicial de ejecución, los SGPMA citarán al penado a una entrevista para conocer sus características personales y sociales e informarle de las plazas existentes, escuchar sus propuestas y valorar la actividad o programa más adecuado con el fin de elaborar el plan de intervención y remitirlo al Juez de Vigilancia para su conocimiento. En ese momento puede surgir la primera incidencia como es que el penado no acuda a la misma o se oponga al cumplimiento del plan de ejecución, en cuyo caso, se informará al Juez de Vigilancia a los efectos que considere oportunos, sin que se determinen las posibles consecuencias en el Código Penal, ni en el Reglamento de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y demás sanciones en medio abierto.

La indeterminación que rodea a las consecuencias de la incomparecencia del penado a la entrevista con el SGPMA o al alcance de la negativa a la aceptación del trabajo no debe entenderse como incumplimiento, ya que difícilmente se puede quebrantar lo que no se ha empezado a cumplir, quedando en manos del órgano judicial encargado de la ejecución la determinación de sus consecuencias, por otra parte necesarias para reforzar su credibilidad⁵. Esta solución solo afecta a los casos en los que el trabajo en beneficio de la comunidad es pena autónoma, ya que si dicha pena se deriva del incumplimiento del pago de la pena de multa que permite su conversión en al art. 53 CP o forma parte del contenido de una suspensión sustitutiva del art. 84 CP, las consecuencias son distintas ya que, en el primer caso, se optará por las otras alternativas al impago de la multa y, en el segundo, la consecuencia será el retorno a la pena principal⁶. De esta forma, la no comparecencia a la entrevista del trabajo en beneficio de la comunidad impuesto como condición de una pena suspendida no constituiría delito de quebrantamiento de condena, sino incumplimiento de la condición impuesta, siendo su consecuencia lo previsto en el art. 86 CP, de manera que si es grave y reiterado puede dar lugar a su revocación e ingreso

³ SOLAR CALVO, P. «Medidas alternativas y sistema penitenciario. Acumulación versus alternativa». *Revista General de Derecho Penal* 32 (2019), p. 12.

⁴ SOLAR CALVO, P. *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Ed. BOE, Madrid, 2019, pp. 274-276.

⁵ BLAY GIL, E. «Nuevos tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos», *InDret* 4/2007, p. 8.

⁶ SÁNCHEZ HERRADOR, F.J. «Los trabajos en beneficio de la comunidad. La intervención de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley* n.º 9769, 13 enero 2021, pp. 5-6.

en prisión y, si no lo fuera, deberían aplicarse las consecuencias previstas en el apartado segundo del mismo artículo.

El segundo grupo de incidencias puede surgir con el desarrollo del plan de ejecución elaborado por los SGPMA, en concreto, con relación a la actividad que vaya a realizar, el lugar de cumplimiento, el número de jornadas o el horario previsto. En estos casos los supuestos de incumplimiento se concretan en el art. 49 CP a través de la fijación de criterios respecto a la asistencia, el cumplimiento de obligaciones o el rendimiento. A diferencia del supuesto anterior, en todas estas situaciones, el Juez de Vigilancia valorará en función de la relevancia si hay incumplimiento y, por tanto, quebrantamiento de condena, si continúa cumpliendo la pena o si envía al penado a otro centro o entidad, para lo cual será determinante los informes que le hagan llegar los SGPMA y las entidades donde se realicen las actividades.

Esta estructura de cumplimiento deja al condenado a trabajo en beneficio de la comunidad sometido a una triple supervisión: la ejercida por el Juez de Vigilancia, la que desarrollan los SGPMA y la que realiza la propia entidad en la que preste la actividad, siendo estas dos últimas las encargadas de emitir informes periódicos sobre las incidencias al Juez de Vigilancia para que valore sus posibles consecuencias jurídicas. Con ello se crea una confusa supervisión configurada en tres niveles de control⁷ que fiscaliza a los penados, pero también al resto de órganos supervisores.

El primer nivel lo ejerce la entidad en la que se realiza la actividad que valorará el número de horas y el rendimiento que se recoge en el plan de ejecución, los días de inicio y fin de la actividad, dando cuenta de ello al SGPMA.

El segundo nivel lo ejercerá el SGPMA con el fin de comprobar si el penado cumple el plan de ejecución y si las entidades colaboradoras cumplen con sus obligaciones respetando los contenidos de los documentos elaborados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Para ello se realizan visitas periódicas para comprobar si el cumplimiento de tareas, horario y lugar de ejecución son los recogidos en el plan de ejecución remitido al Juez de Vigilancia.

El tercer nivel es el control judicial de la ejecución de la pena que corresponde al Juez de Vigilancia y se rige por los criterios recogidos en el Código Penal. Este control de ejecución ha encontrado algunos problemas en su delimitación con las competencias del Tribunal sentenciador responsable de la imposición de la pena, lo que obliga a delimitar sus respectivas funciones, ya que el Tribunal sentenciador es el responsable de imponer la pena y el número

⁷ BLAY GIL, E. «Nuevos tópicos...» cit., p. 11.

de horas a cumplir y conocer todas las incidencias que se produzcan con anterioridad a la formalización del plan por el SGPMA, tales como su no localización o no presentación, mientras que las que surjan con posterioridad a la formalización del plan realizado por el SGPMA son de exclusiva competencia de los Jueces de Vigilancia, salvo que se trate un trabajo en beneficio de la comunidad procedente de una pena suspendida, en cuyo caso dependerá del órgano sentenciador, porque en ese caso no es una pena en sentido estricto, sino una condición impuesta a una pena suspendida, con sus correspondientes consecuencias previstas en el art. 86 CP.

La estrecha vinculación con Instituciones Penitenciarias por el modelo elegido de gestión se materializa en que el plan de ejecución lo elabora el SGPMA, el control de su ejecución lo realiza el Juez de Vigilancia y la oferta de talleres o programas se nutre en gran medida de los ya existentes en la Administración Penitenciaria, lo que ha servido para contar con la experiencia previa en programas de intervención, pero también con su exceso de burocratización⁸.

Con relación a las penas suspendidas con contenidos formativos, pueden darse dos situaciones distintas, de un lado, que la suspensión vaya acompañada de la imposición de prohibiciones y deberes cuyo seguimiento corresponda al SGPMA (reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a art. 83.1 CP) y, de otro, que vaya condicionada a la prestación de trabajo en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 84.1.3° CP dentro de la llamada suspensión sustitutiva antes citada. En el primer caso, si la suspensión de la ejecución de la pena va acompañada de la realización de un programa formativo de los previstos en el art. 83.1.6, no se concretan los criterios judiciales a tener en cuenta para decidir el tipo de programa, ni las comprobaciones que deba hacer el Juez para conocer la disponibilidad de recursos antes de su imposición, estableciendo únicamente que, una vez comenzado el cumplimiento, los SGPMA emitirán informes sobre su evolución y finalización al Juez o Tribunal de ejecución. En el segundo caso, al quedar dentro de la llamada suspensión sustitutiva, en la que el trabajo en beneficio de la comunidad no actúa como pena, sino como condición de una pena suspendida, tal como se ha señalado antes, el control dependerá del órgano judicial sentenciador, no del Juez de Vigilancia, y las consecuencias de su incumplimiento serán las previstas para las penas suspendidas en el art. 86 CP, no las del art. 49 CP que regula el trabajo en beneficio de la comunidad como pena propiamente dicha.

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C./TORRES ROSELL, N. «El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión», *Revista Derecho y proceso penal* n.º 27, 2012, p. 236.

El RD 840/2011 de 17 de junio establece que los SGPMAs realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento, lo que significa que una vez se les notifique el auto de suspensión con las reglas impuestas, elaborarán el plan de intervención y seguimiento que comunicarán al Juez competente para la ejecución, es decir, el Juez solo decidirá la obligatoriedad de participar en un programa formativo, sin que pueda determinar su contenido, duración o fecha de inicio. El SGPMA, por su parte, remitirá al condenado al centro o servicio específico donde vaya a seguir el programa de intervención e informará al Juez o Tribunal encargado de la ejecución sobre las incidencias que vayan surgiendo, con especial importancia de no sustraerse a su control, por ser uno de los motivos de revocación de la suspensión que implican el ingreso en prisión.

La supervisión de los programas debe ser firme pero flexible, atendiendo a las particularidades del medio abierto, ya que, aunque algunos de sus contenidos procedan de experiencias previas penitenciarias como programas de tratamiento, no pueden ser iguales a los ofertados intramuros, sino que deben adaptarse a las diferencias metodológicas, temporales y de contenido. Una de las diferencias más relevantes es la voluntariedad que acompaña a todo tratamiento penitenciario, frente a la obligatoriedad que asiste a las condiciones impuestas en las penas suspendidas como alternativa al ingreso en prisión, lo que exige una labor de motivación y compromiso que les implique en su participación⁹ y un seguimiento de la evolución del penado y del cumplimiento de sus obligaciones.

Junto a la necesidad de su seguimiento, la eficacia de los programas depende en gran medida de que no se demore su cumplimiento por la lentitud de las gestiones administrativas, lo que puede provocar sensación de impunidad, por ello debe realizarse una gestión fluida que permita a los jueces disponer de información y asesoramiento sobre las necesidades del penado y los recursos disponibles para que los programas formativos puedan alcanzar a todos los penados que los precisen.

III. LA VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTOS DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Vista la compleja regulación de la ejecución de las alternativas comunitarias, tanto de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como de las

⁹ TAPIA ORTIZ, M, «Las penas y medidas...» cit., p. 334.

penas suspendidas, el resultado es un sistema lleno de parches que, si bien ha conseguido grandes logros, no consigue avanzar implantando todas las posibilidades legales. A los problemas ya mencionados de falta de un criterio claro de cumplimiento y solapamientos entre los distintos órganos judiciales y administrativos intervinientes se le debe sumar la inexistencia de un cuerpo de profesionales formados para su seguimiento desde una perspectiva de intervención comunitaria y no de mera vigilancia.

Dado el auge de las medidas alternativas comunitarias para la delincuencia de menor gravedad y sus ventajas resocializadoras, Instituciones Penitenciarias inició en 2014 una experiencia piloto de verificación del cumplimiento de las personas condenadas a trabajo en beneficio de la comunidad para garantizar su realización conforme a lo establecido en el plan de ejecución que superara el mero control telefónico o telemático. El propósito era asumir el control del seguimiento, para que no recayera en entidades externas, pero también corregir prácticas inadecuadas que rozaban el umbral del incumplimiento para proporcionar criterios unificados de actuación ante situaciones conflictivas.

Sobre la regulación y funciones de los verificadores no existe información pública disponible porque la Instrucción SGIP 9/2011 de 1 de julio que modifica el procedimiento de gestión administrativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad contiene alguna referencia en el Manual de procedimiento anexo al que no es posible acceder y en el documento interno Protocolo de verificación de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad se detalla algo más, pero tampoco está publicado. En este último se establecen las pautas del procedimiento de gestión de los trabajos en beneficio de la comunidad con la finalidad de mejorar la colaboración con las entidades externas a través de la función de los verificadores como «imagen de la Institución Penitenciaria» ante la entidad para consultar dudas y problemas. A partir de ese momento se destacan sus logros en mejorar la información, el apoyo y asesoramiento a las entidades externas y sus funciones de control sobre las personas penadas a través de una larga lista de informes dirigido a supervisar el cumplimiento de la pena y las obligaciones de las entidades externas, con un enfoque más formal que de intervención social y sin que se aclare qué personas van a actuar como verificadores.

Este mismo modelo se exportó a la libertad condicional en 2017, no como un seguimiento universal de todos los liberados condicionales, sino de la posibilidad de que en la propuesta de concesión de libertad condicional que hace la Junta de Tratamiento al Juez de Vigilancia se pueda solicitar la medida de verificación de su cumplimiento por un verificador. En este caso hay algo más de información porque se conoce que esta tarea de verificación la ejercen fun-

cionarios de prisiones adscritos al SGPMA con funciones consistentes en realizar visitas al lugar de residencia de los liberados condiciones con el fin de supervisar su actividades socio-familiares, formativo-laborales y terapéuticas para poder transmitir al Juez de Vigilancia información sobre el cumplimiento de las reglas de conducta y también constan los datos de las verificaciones realizadas en los Informes Generales de Instituciones Penitenciarias, lo que nos permite conocer que su número ha ido creciendo, pero no así su extensión, dada su desigual aplicación en las distintas Comunidades Autónomas.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El modelo de cumplimiento de alternativas comunitarias presenta muchas contradicciones porque en algunos casos se ha alcanzado un gran desarrollo en cuanto a contenidos y supervisión y, en otros, sin embargo, tiene muchas carencias. Con relación a los contenidos llama mucho la atención que pese al amplio abanico de posibilidades que contempla el art. 83 CP para las penas suspendidas (incluso con una fórmula abierta que permite ampliar todavía más el listado), los programas de violencia de género y los de seguridad vial se han extendido con un desarrollo bastante positivo, pero el resto apenas se aplica. Pese a ello, la imposición de contenidos formativos cobra una especial importancia por la oportunidad de trasladar el contenido tratamental al medio abierto, lo que invita a una supervisión menos basada en la vigilancia y más centrada en el acompañamiento como instrumento de intervención.

Para el seguimiento de las sanciones en medio abierto, Instituciones Penitenciarias ha optado por un sistema público de verificadores de cumplimiento ejercido por funcionarios de prisiones del que se dispone de muy poca información. Al sistema implantado se le tiene que reconocer el avance que ha supuesto la creación de estas funciones de supervisión, pero necesita importantes mejoras, entre ellas, dotarlo de un marco legal adecuado que regule sus funciones, profesionalizar la actividad de los verificadores con funciones propias recogidas en la relación de puestos de trabajo y exigir una formación específica en medidas alternativas comunitarias y tratamiento en medio abierto, ya que trasladar el personal penitenciario al cumplimiento de las alternativas penales implica un cambio en la forma de trabajar que no puede extender los métodos del medio cerrado al medio abierto y comunitario dadas las grandes diferencias de sujetos, contexto y objetivos.

Ante eso se plantean dos opciones, mantener las competencias penitenciarias de las penas y medidas comunitarias creando un Título específico en la

Ley Orgánica General Penitenciaria, lo que puede no ser suficiente para salvar las contradicciones actuales ya que la integración de las alternativas a la prisión dentro de la misma estructura carcelaria cuestiona la propia alternatividad a la prisión, por mucho que se asocien a los Centros de Inserción Social, o bien, avanzar progresivamente hacia una independencia normativa y orgánica de las alternativas comunitarias de la estructura penitenciaria¹⁰ con el fin de garantizar su autonomía legislativa y funcional con órganos diseñados expresamente para la ejecución y seguimiento de las alternativas, al margen de Instituciones Penitenciarias.

En esta propuesta, podrían ser los mismos SGPMA los encargados de esta gestión, pero desvinculados de los centros penitenciarios, o bien, reservar los SGPMA para la gestión de las modalidades prisionales en medio abierto que no conlleven pernocta en el interior de los establecimientos, como es el tercer grado y la libertad condicional, y crear un nuevo órgano vinculado a los juzgados encargados de la ejecución con profesionales especializados, en el que se debería superar el modelo de oficinas de gestión administrativa¹¹ para convertirlos en centros de oferta activa de actividades y programas en coordinación con las entidades colaboradoras y los órganos judiciales.

En este nuevo escenario, para mejorar el ejercicio del control judicial, sería deseable la creación de un único órgano judicial de control de penas, aunando las competencias de los juzgados de ejecutorias y los de vigilancia penitenciaria, y que estos dispusieran de equipos técnicos de asesoramiento, con presencia de criminólogos, para formular propuestas sobre la imposición y ejecución de alternativas, informar sobre la oferta de programas y actividades y facilitar un mayor conocimiento del contenido de las actividades a desarrollar por cada penado.

Estos cambios estructurales formales deben ir acompañados de cambios sustanciales referidos al modelo de supervisión, ya que sin negar que el crecimiento y avance de las alternativas comunitarias se ha servido de la experiencia e infraestructura penitenciarias para despegar en un contexto poco propicio a su desarrollo por la fragilidad de la regulación legal y los problemas de aplicación derivados de un contexto muy punitivo y poco proclive a prescindir del predominio de la pena de prisión, el reto sería transitar hacia un modelo más social y comunitario que contribuya a no perder su sentido de alternancia a la

¹⁰ SOLAR CALVO, P. «Medidas alternativas...» cit., p. 27.

¹¹ En el Informe General IIPP de 2024, pág. 214, con relación al personal de los SGPMA de un total de 508 puestos, casi la mitad se ocupan de tareas de administración, constando 80 verificadores de TBC.

prisión, abandonando un contenido excesivamente penitenciario que aleja a las alternativas del carácter de intervención mínima del sistema punitivo.

La supervisión entendida como ayuda dirigida a resolver los problemas de los penados, facilitar su reintegración social y orientarles para superar necesidades criminógenas resulta mucho más efectiva para prevenir la reincidencia¹² en su función de prestación de ayuda y generación de confianza personal¹³, por ello, las alternativas comunitarias, además de aspirar a una regulación legal unificada que termine con la actual dispersión normativa y de disponer de una estructura propia y autónoma que impulse el desarrollo de los medios alternativos a la prisión tradicional, deben orientarse hacia un modelo de intervención social comunitaria, alejado del sistema penitenciario, para conseguir mayor desarrollo y visibilidad.

¹² CID MOLINÉ, J. «El futuro de las alternativas a la prisión en España», *InDret* 1, 2025, p. 289.

¹³ BLAY GIL, E. «El papel de los delegados de ejecución en la ejecución penal en la comunidad ¿gestores o agentes de rehabilitación?», *In Dret* 4, 2019, p. 25.

122. DELITO Y CASTIGO EN ESPAÑA EN EL SIGLO XXI

JOSÉ CID MOLINÉ

Catedrático de Derecho Penal y Criminología
Universidad Autónoma de Barcelona

DANIEL VARONA GÓMEZ

Catedrático de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Girona

El profesor José Luis de la Cuesta ha sido uno de los académicos españoles que más se ha interesado por los temas penológicos de los que nos ocupamos en este trabajo y que mayor atención ha prestado al análisis de nuestro sistema punitivo. Es un honor para nosotros seguir su magisterio y contribuir a su libro homenaje aportando datos que puedan ayudar a entender las claves de nuestra reciente historia en la evolución del delito y del castigo.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es describir la evolución de la delincuencia y del sistema punitivo en España en los últimos 25 años. Aunque puedan haber evolucionado de forma diferente creemos que estos dos objetos de investigación criminológica están lo suficientemente relacionados como para poder examinarlos conjuntamente¹.

¹ CAVADINO, J./DIGNAN, P.: *Penal systems. A comparative approach*, London: Sage, 2006, p. 23.

II. DELINCUENCIA

Analizar la evolución de la delincuencia en España es no es una tarea nada fácil. En primer lugar, porque en nuestro país no existen encuestas nacionales de victimización y, en segundo lugar, porque, como ha denunciado repetidamente la literatura criminológica, la delincuencia «oficial» (delitos registrados por la policía española) no parece lo suficientemente fiable como para realizar análisis longitudinales que abarquen siquiera las dos décadas y media de este siglo². Dicho esto, en lo que respecta a la delincuencia oficial, la situación ha mejorado desde la creación del *Portal Estadístico de Criminalidad*³ en 2017, que ofrece información detallada sobre la delincuencia registrada (y explica la metodología utilizada para registrarla), pero que solo contiene datos a partir del año 2010.

1. Datos oficiales

Si, con la debida cautela, aceptamos la fiabilidad de las cifras oficiales sobre delitos registrados facilitadas por las fuerzas policiales en España, estas muestran que las tasas totales de delincuencia en España se han mantenido relativamente estables durante el siglo XXI. Esta estabilidad solo se vio interrumpida por el lógico descenso durante la pandemia de COVID, tras la cual los delitos registrados parecen haber aumentado, alcanzando niveles similares a los de los periodos álgidos de principios de este siglo.

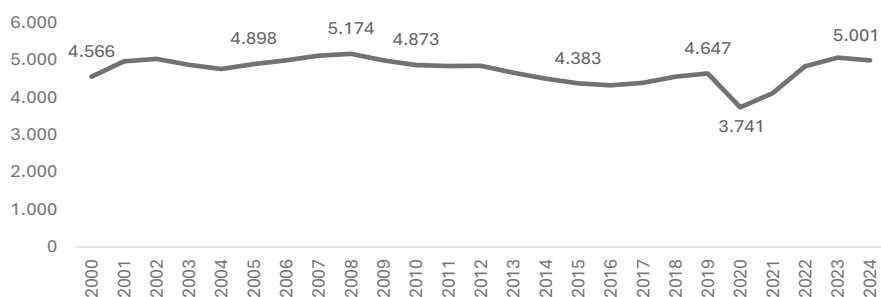


Figura 1. Delitos registrados por cada 100.000 habitantes. España (2000-2024)

Fuente: Ministerio del Interior (España) y Departamento de Interior (Cataluña)

² El estudio de LINDE, A./AEBI, M., «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12, 2010, pp. 1-30; con su ilustrativo título, es paradigmático de este estado de cosas.

³ <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/>

En cuanto a la estructura de la delincuencia registrada en España, cabe destacar que los delitos contra la propiedad (en sus diversas modalidades: hurto, robo, estafa, etc.) representan la gran mayoría de la delincuencia. Así, los datos de 2023 muestran que el 75 % de todos los delitos registrados fueron delitos contra la propiedad.

Más allá de las grandes cifras, si nos centramos en el delito más grave, el homicidio, los datos sobre delincuencia registrada muestran que en lo que va de siglo se ha producido un claro descenso en su incidencia:

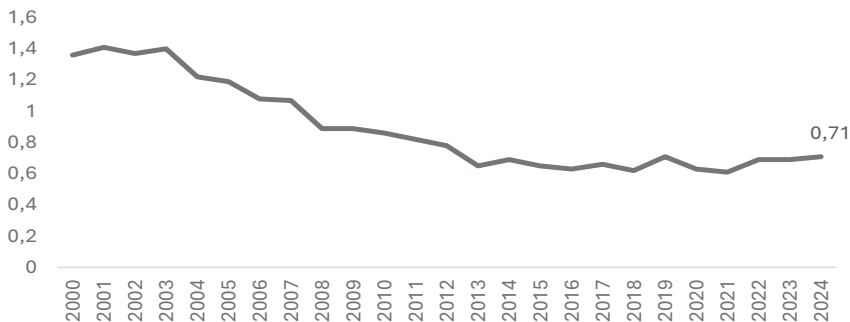


Figura 2. Homicidios dolosos (consumados) por cada 100.000 habitantes. España (2000-2024)

Fuente: Eurostat y, para 2024, Portal Estadístico de Criminalidad

La misma tendencia a la baja se observa en otro delito grave, el robo con violencia/intimidación:

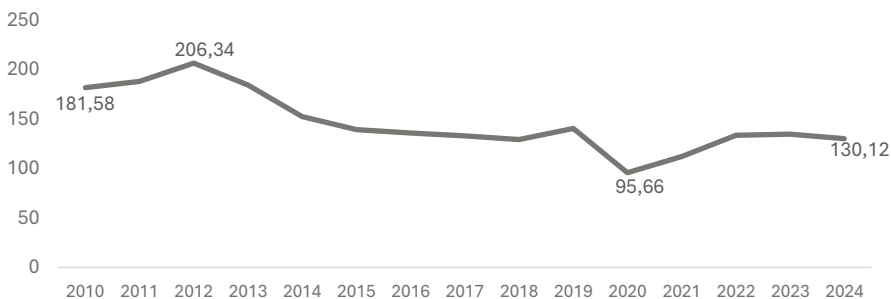


Figura 3. Robos con violencia/intimidación por cada 100.000 habitantes. España (2010-2024)

Fuente: Eurostat y, para 2024, Portal Estadístico de Criminalidad

Por el contrario, y en lo que respecta a otros delitos graves, la evolución más notable en los últimos años en España es el aumento significativo del número de delitos contra la libertad sexual denunciados. No obstante, hasta la fecha no se han realizado suficientes investigaciones criminológicas que permitan aclarar si ello se debe a un mayor número de delitos cometidos o a un incremento de la tasa de delitos denunciados (o a ambas cosas).

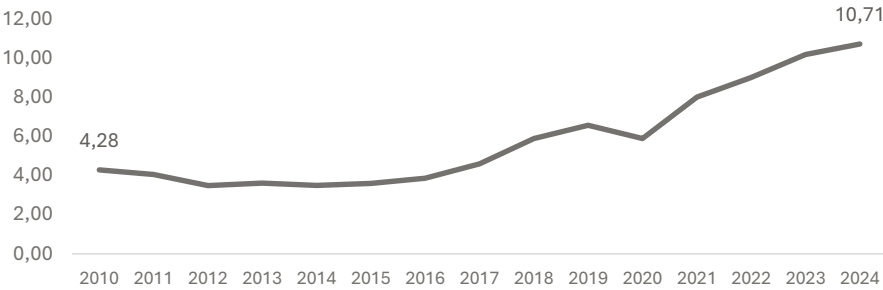


Figura 4. Violaciones por cada 100.000 habitantes. España (2010-2024)
Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad

En cuanto a los delitos contra la propiedad de menor gravedad que el robo con violencia/intimidación, las cifras en España muestran un descenso (en algunos delitos, un descenso acusado) en los últimos años. Sin embargo, una excepción notable a esta tendencia, vinculada al gran aumento de todos los delitos relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación, es el delito de estafa, cuya incidencia ha aumentado exponencialmente:

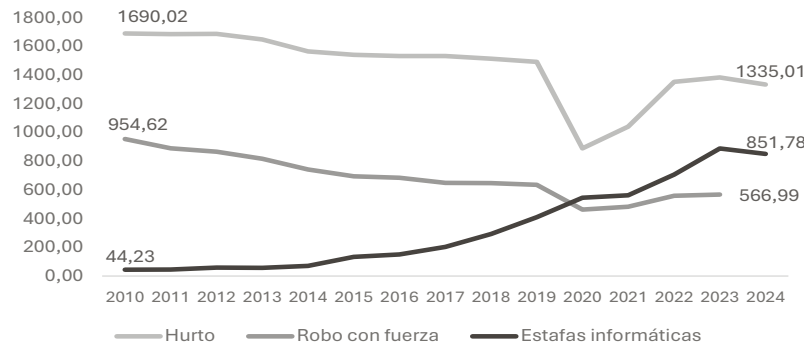


Figura 5. Delitos contra la propiedad por cada 100.000 habitantes. España (2010-2024)
Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad

En resumen, los datos oficiales sobre delitos registrados en este siglo nos muestran un panorama general de estabilidad, sin embargo, ello oculta lo que es más bien un caso de tendencias opuestas en tipos específicos de delitos: la disminución de los homicidios intencionales y los delitos clásicos contra la propiedad se ve compensada por un aumento de los delitos sexuales y las formas de delincuencia relacionadas con las nuevas tecnologías.

2. Encuestas de victimización

Como se ha mencionado anteriormente, en España, lamentablemente, no existen encuestas nacionales de victimización que aborden de forma exhaustiva y longitudinal el estudio de la delincuencia. Los únicos datos disponibles son las encuestas de victimización que se vienen realizando en la ciudad de Barcelona desde principios de la década de 1980 y en su área metropolitana desde 1990⁴. Lo más significativo es que ambas encuestas ofrecen una imagen muy diferente de la delincuencia de la que recogen las cifras oficiales de delincuencia registrada.

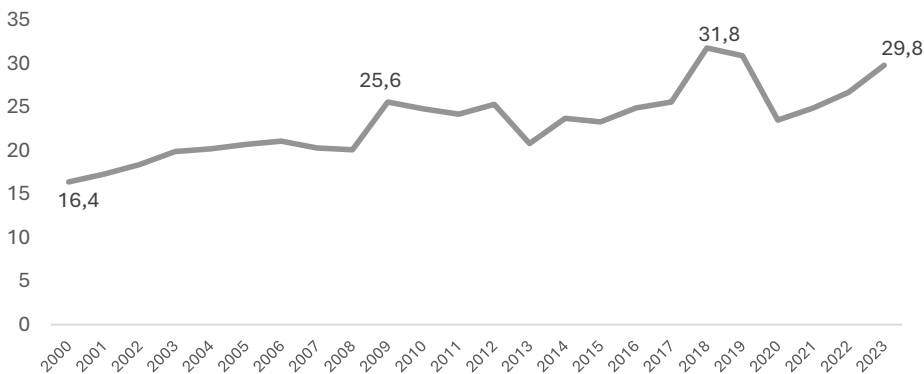


Figura 6. Tasa de victimización en la ciudad de Barcelona (2000-2024)

Fuente: Ayuntamiento de Barcelona

Como puede observarse, el presente siglo se ha caracterizado por un aumento continuo y significativo de la delincuencia (82 % entre 2000 y 2023), salvo algunos descensos ocasionales, como durante la pandemia de COVID.

⁴ https://www.institutmetropoli.cat/wp-content/uploads/2024/12/Informe_Sintetic_EVAMB_2024.pdf).

Una fuente menos conocida de datos sobre victimización en España es la *Encuesta Social Europea* (ESE) (<https://www.europeansocialsurvey.org>). En nuestro país se han realizado ya once ediciones de esta encuesta, y en todas ellas se ha incluido una pregunta sobre victimización⁵. Aunque se trata de una única pregunta que agrupa diferentes tipos de victimización (delitos contra la propiedad y la integridad física), es la única fuente de datos longitudinales existente para el conjunto de nuestro país:

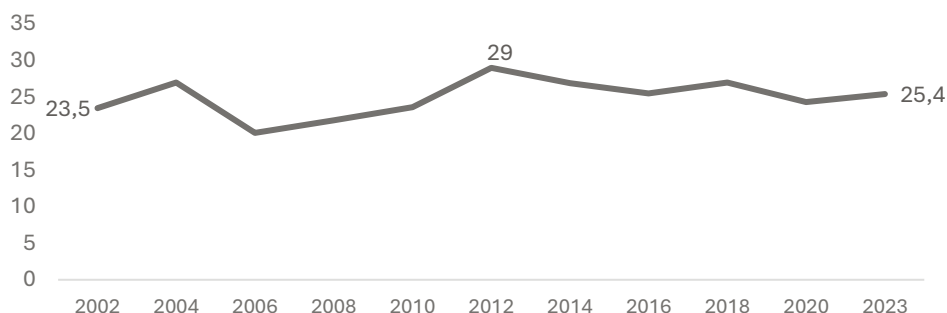


Figura 7. Tasa de victimización en España (2002-2023)

Fuente: Encuesta Social Europea

Como puede observarse, la tendencia que muestra esta encuesta de victimización está más en línea con los datos generales sobre delitos registrados que vimos anteriormente: estabilidad.

En resumen, en España lamentablemente carecemos de una encuesta nacional de victimización que permita evaluar adecuadamente las tendencias de la delincuencia y contrastarla con los datos oficiales sobre delitos registrados. Sin duda, este es uno de los retos más importantes a los que se enfrenta la criminología española.

En este contexto, los datos disponibles (ESE) indican una tendencia estable en línea con los datos oficiales sobre delitos registrados. Sin embargo, esto no parece ser así en todo el país (véanse los datos de Barcelona y su área metropolitana).

⁵ La pregunta del cuestionario español es la siguiente: *En los últimos cinco años, ¿ha sido usted o algún miembro de su hogar víctima de un robo o una agresión?*

III. CASTIGO

1. Detenciones policiales

Una primera intervención penal relevante es la detención policial de personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito. Los datos de principios del siglo XXI muestran un aumento del número de personas detenidas por la policía. En proporción al número de habitantes, en 2021 la policía realizó un 40 % más de detenciones que en 2000.

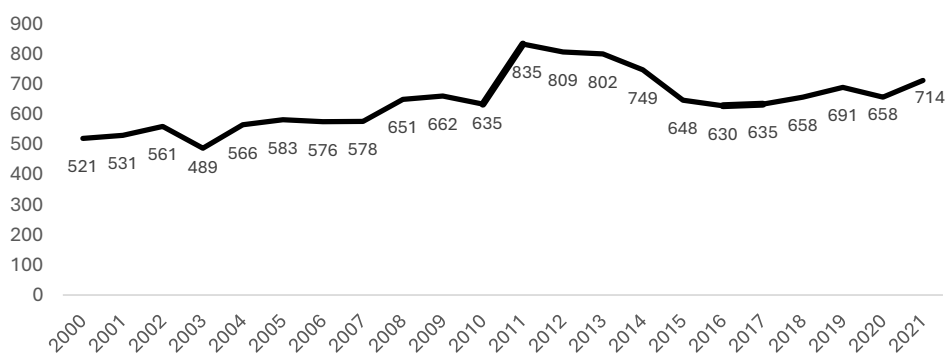


Figura 8. Detenciones policiales por cada 100.000 habitantes. España (2000-2021)

Fuentes: Informe anual del Ministerio del Interior (datos 2000-2006); *European Sourcebook for Crime and Criminal Justice Statistics* (datos 2007-2021)

Este aumento del número de detenciones policiales durante el primer siglo no parece explicarse por un incremento de la delincuencia registrada en este periodo, que, como hemos mostrado en la sección anterior, muestra estabilidad. Tampoco parece estar relacionado con un aumento del número de agentes de policía, que también parece que se ha mantenido estable⁶. Como veremos más adelante, es probable que este aumento de la tasa de detenciones tenga que ver fundamentalmente con la importancia dada por la policía a la persecución de los delitos relativos a la violencia contra la pareja y contra la seguridad vial.

⁶ Los datos sobre el número de agentes de policía por cada 100 000 habitantes se pueden encontrar en el *European Sourcebook*.

2. Prisiones preventivas

Una segunda intervención importante del sistema de justicia penal por su afectación a la libertad personal es la prisión preventiva. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español estableció que esta medida solo era aceptable cuando no existía ninguna otra medida menos intrusiva para garantizar la presencia del acusado en el proceso judicial, proteger las pruebas para el juicio o impedir que el acusado cometiera delitos (Tribunal Constitucional, sentencia 128/1995)⁷. El impacto de esta jurisprudencia en la judicatura, junto con la reducción de los delitos violentos que comenzó en los años noventa y redujo la necesidad de imponer la prisión preventiva para evitar nuevos delitos, son probablemente las principales causas de la disminución del 50 % en el uso de la prisión preventiva durante el siglo XXI⁸.

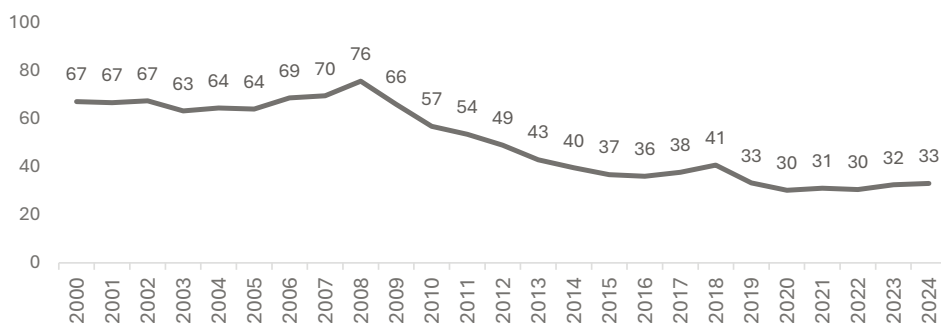


Figura 9. Prisiones preventivas por cada 100.000 habitantes. España (2000-2024)

Fuente: Datos no publicados. Los datos han sido facilitados a los autores por las administraciones penitenciarias españolas

3. Condenas

El número de personas condenadas por cometer una infracción penal ha experimentado un gran aumento durante el siglo XXI. No obstante, los datos que se muestran en la figura 10 deben interpretarse con cautela, ya que has-

⁷ Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Scott c. España (STEDH de 24 de octubre de 1996): El derecho del sujeto en prisión preventiva a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento», en Alcácer, R./Beladíez, M./Sánchez, J. M. (coord.): *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Cívitas, 2013, pp. 87-112.

⁸ El porcentaje de presos preventivos en las cárceles españolas es del 17,4 %, muy inferior a la media europea, que es del 31,4 % (Fuente: *Space I*, datos a 30 de enero de 2024).

ta 2015 las faltas estaban excluidas de las estadísticas. Sin embargo, incluso considerando solo el período 2000-2015, en el que solo se registraban los delitos, se produjo un aumento del 98 % en las condenas.

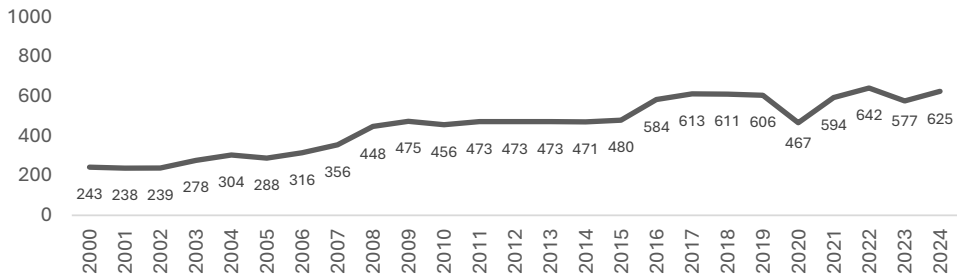


Figura 10. Condenas por cada 100.000 habitantes. España (2000-2024)

Fuente: INE (Instituto Nacional de Estadística)

En principio, parece extraño que, si el número de delitos registrados no aumentó significativamente durante ese periodo, se produzca un notable crecimiento en el número de condenas.

Creemos que la razón principal de esta tendencia es la criminalización de nuevas conductas y en particular la creciente importancia de dos fenómenos delictivos en el siglo XXI: la violencia contra la pareja y los delitos contra la seguridad vial (conducir bajo los efectos del alcohol, conducir sin permiso, o con exceso de velocidad). En el año 2000, estos dos delitos representaban el 34,2 % de las condenas, pero en 2014 (antes de la reforma que incluyó las faltas en las estadísticas de condenados) las condenas por estos dos delitos habían aumentado hasta el 51,7 % del número total de condenas⁹.

La preocupación social y política por estos dos fenómenos delictivos no solo condujo a una reforma legislativa a principios del siglo XXI –que cambió la calificación de la violencia doméstica y de género de falta a delito y amplió la tipificación penal de las infracciones de tráfico–, sino que también hizo que la policía prestara mayor atención a estos delitos.

Dado que la tasa de esclarecimiento de estos delitos es relativamente alta¹⁰, si la policía se centra más en ellos, la tasa global de condenas aumenta

⁹ Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

¹⁰ Tasa de esclarecimiento policial de los delitos: Lesiones (incluida la violencia de género): 76 %; Delitos contra la seguridad vial: 91,4 %; Delitos contra la propiedad (violentos y no violentos): 17,5 %. Fuente: Ministerio del Interior (*Portal Estadístico de Criminalidad*). Datos de 2022.

La comparación entre los delitos registrados y las condenas por estos dos delitos muestra esta tendencia. En el año 2000, estos dos delitos representaban el 5,1 % de los delitos registrados y el 34,2 % de las condenas, lo que supone una diferencia de 29,1 puntos porcentuales entre los delitos y condenas. En cambio, en el año 2014, la suma de estos dos delitos fue del 10,1 % de los delitos registrados y del 51,7 % de las condenas, lo que supone una proporción de condenas 41,6 puntos porcentuales superior en comparación con los delitos ¹¹.

Otros factores también podrían haber contribuido a este importante aumento de las condenas. Por un lado, los Juzgados de lo Penal aumentaron el número de condenas alcanzadas mediante conformidad del 46,7 % en 2000 al 66,4 % en 2024 ¹². La conformidad permite a los jueces penales imponer condenas de forma más expeditiva, ya que se evita la celebración del juicio (y la posterior redacción de la sentencia). Una segunda razón, que puede estar relacionada con la anterior, es que los jueces penales han aumentado el número de condenas que dictan al año (de 267 en 2008 a 403 en 2022) ¹³. Y, por último, el número de jueces penales aumentó un 14 % entre 2000 y 2022 ¹⁴.

4. Penas de prisión ejecutadas

Los datos sobre las penas de prisión que no se suspenden y que, por lo tanto, conducen realmente al encarcelamiento no están disponibles directamente en las estadísticas oficiales españolas, ya que los datos publicados consisten en las penas de prisión impuestas por los jueces antes de la decisión de suspender o ejecutar la pena de prisión. Una forma posible de conocer la evolución de las penas de prisión ejecutadas consiste en tener en cuenta los datos

¹¹ Fuentes: Instituto Nacional de Estadística (datos sobre condenas), informe estadístico anual del Ministerio del Interior y Portal Estadístico de Criminalidad (datos sobre delitos registrados). Comparamos los años 2000 y 2014 porque, a partir de 2015, las estadísticas sobre condenas incluyen delitos menores [faltas] y los datos no pueden compararse con los años anteriores. La idea de que la policía española se ha centrado en la violencia de pareja también la defienden Díez-Ripollés, J. L. /CEREZO, A./BENÍTEZ, M. J.: *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 248.

¹² Fuente: Informes anuales de la Fiscalía General del Estado (2001 y 2025). Curiosamente, este aumento de las condenas por conformidad no aparece si nos fijamos en dos estudios españoles que han analizado el proceso de imposición de penas por parte de estos jueces. En la investigación dirigida por CID, J./ LARRAURI, E.: *Jueces penales y penas en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 37, sobre una muestra representativa de condenas en Barcelona en 1998, el porcentaje de condenas obtenidas por acuerdo entre las partes fue del 69,8 %. En la investigación dirigida por BLAY, E./VARONA, D.: «El castigo en la España del siglo XXI: cartografiando el iceberg de la penalidad», en *Política Criminal*, n. 16(31), p. 133, con una muestra de condenas ejecutadas en 2015 y 2016 en Barcelona y Girona, el porcentaje de condenas tras un acuerdo con la fiscalía fue casi similar: 70,7%.

¹³ Fuente: Consejo General del Poder Judicial.

¹⁴ En el año 2000, había 281 jueces penales en España (0,69 jueces por cada 100 000 habitantes) y en 2022 el número de jueces penales había aumentado a 382 (0,79 jueces por cada 100 000 habitantes). Fuente: Consejo General del Poder Judicial.

sobre los ingresos en prisión. Según esta medida, se observa una notable disminución (34% entre 2000 y 2024) en la tasa de personas que ingresan en prisión en España durante el siglo XXI¹⁵.

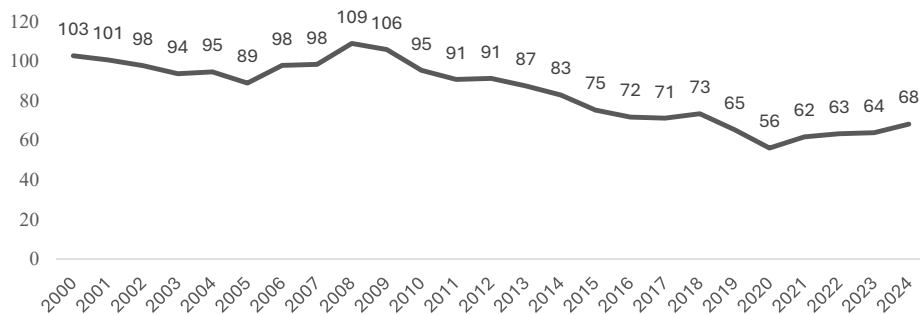


Figura 11. Ingresos en prisión por cada 100.000 habitantes. España (2000-2024)

Fuente: Datos no publicados, facilitados por las administraciones penitenciarias españolas

La principal explicación de la disminución de los ingresos en prisión no es la reducción de las penas de prisión impuestas por los jueces y los tribunales. En proporción al número de habitantes, las penas de prisión aumentaron un 28,2 % entre 2007 y 2024¹⁶. La razón, en cambio, se encuentra en la tendencia de los jueces y los tribunales penales a suspender estas penas de prisión. La confirmación de ello proviene de los dos estudios que han analizado, tomando muestras de condenas ejecutadas, la actuación de los juzgados penales. En el estudio coordinado por Cid/Larrauri, relativo a condenas impuestas en 1998, y ejecutadas entre 1998 y 1999, se halló que el porcentaje de penas de prisión que resultaban suspendidas (o sustituidas) alcanzaba el 67%¹⁷. En cambio, en el estudio de Blay/Varona, relativo a condenas ejecutadas en 2015 y 2016, el porcentaje de penas de prisión suspendidas había ascendido al 79%¹⁸.

Hay dos razones principales que explican el aumento de las penas de prisión suspendidas. En primer lugar, es probable que los jueces españoles se hayan visto influidos por la política penal europea, mediada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece que las alternativas a la prisión

¹⁵ Véase CID, J. «El futuro de las penas alternativas a la prisión en España», en *Indret*, n. 1, 2025, pp. 278-79 para conocer el procedimiento de obtención de los datos.

¹⁶ Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Los datos sobre las penas de prisión impuestas por los jueces y los tribunales solo están disponibles desde 2007.

¹⁷ CID/LARRAURI: *Jueces penales...*, p. 58.

¹⁸ BLAY/VARONA: *El castigo en España en el siglo xxi...*, p. 137

deben ser la respuesta habitual a una infracción penal¹⁹. En segundo lugar, las penas suspendidas son útiles para estimular el uso de la conformidad, que, cómo se ha visto anteriormente, habría aumentado en este siglo²⁰.

5. Sistema de penas

La figura 12 muestra la distribución de las penas en España a finales del siglo xx mientras que la figura 13 muestra la distribución de las penas en 2022.

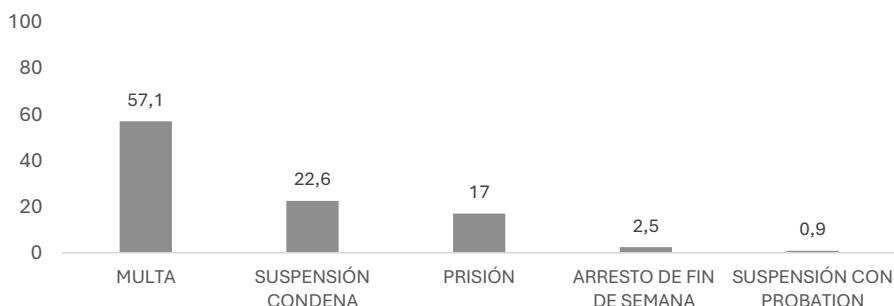


Figura 12. Distribución de las penas. España (1999-2000)

Fuente: Cid, J./Larrauri, E., *Jueces Penales...*, p. 24

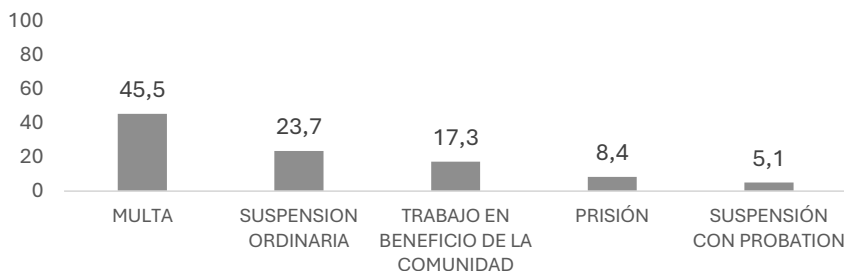


Figura 13. Distribución de las penas. España (2022)²¹

¹⁹ CID, J.: «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española»; en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 30, 2010, p. 62; VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principles of European prison law and policy. Penology and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 86-87.

²⁰ VARONA, D./KEMP, S.: «Suspended Sentences in Spain: An Alternative to Prison or a «Bargaining Chip» in Plea Negotiations?», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 28 (4), 2020, pp. 354-378.

²¹ Los detalles de las fuentes de datos de esta figura se pueden encontrar en CID, J.: «El futuro de las penas alternativas...», pp. 278-80.

En resumen, los principales cambios en el sistema de imposición de penas español durante el siglo **xxi** son los siguientes. Por las razones ya mencionadas, las penas de prisión ejecutadas se utilizan menos y más del 90 % de los condenados lo son a penas no privativas de libertad.

Aunque la mayoría de los condenados siguen siendo condenados a penas no rehabilitadoras²² –pues casi el 70 % de las personas son condenadas a multa o a suspensión de la pena de prisión– se ha producido un importante aumento en el uso de penas rehabilitadoras comunitarias, como son el trabajo en beneficio de la comunidad y la suspensión con obligación de someterse a un programa de rehabilitación (*probation*), que eran casi inexistentes a finales del siglo **xx** y se han utilizado cada vez más durante el siglo **xxi**. En la actualidad, el 22,4% de las personas condenadas reciben este tipo de penas.

La principal razón del aumento de las sanciones rehabilitadoras comunitarias son los cambios en la legislación relativa a las penas por delitos de violencia contra la pareja y por delitos contra la seguridad vial. La legislación de 2003-2004 estableció que las multas y la suspensión ordinaria de la pena no eran una opción para la violencia de pareja, y estas reformas llevaron a los jueces a aumentar el uso de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y la suspensión con obligación a someterse a un programa de rehabilitación (*probation*). En cuanto a los delitos contra la seguridad vial, la reforma del código penal del 2007 estableció el trabajo en beneficio de la comunidad como una pena opcional para los jueces. Por otra parte, se crearon cursos de seguridad vial y ello estimuló posiblemente a los jueces a imponer la *probation* en casos en que consideraban que existía riesgo de reincidencia.

6. Ejecución de las penas

No ha habido muchos cambios en el uso del sistema progresivo durante el siglo **xxi**. La mayoría de los condenados (alrededor del 70%) se alojan en regímenes ordinarios (o, en menor medida, cerrados) y una minoría (alrededor del 30 %) cumple la condena en condiciones abiertas (régimen abierto o libertad condicional). El principal cambio ha sido la disminución de la libertad condicional y el aumento del régimen abierto. Ello ha sido debido a la reforma penal en 2015 que modificó la naturaleza de la libertad condicional. Una consecuencia de este nuevo sistema es que un número significativo de personas

²² Por penas no rehabilitadoras entendemos aquellas que no intervienen en las necesidades crimínicas que pueda tener la persona condenada.

condenadas han rechazado la libertad condicional, optando por terminar la condena en régimen abierto²³.

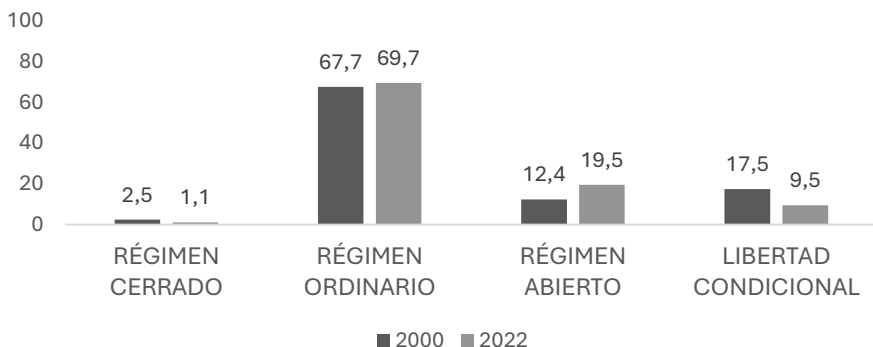


Figura 14. Distribución de la población en cumplimiento de pena de prisión. España (2000 y 2022)

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Estadísticas penitenciarias) y, para los datos sobre la libertad condicional, datos no publicados facilitados por las administraciones penitenciarias españolas²⁴

A finales del siglo xx, los jueces eran la única autoridad competente en la ejecución de las penas no privativas de libertad. En el siglo xxi se desarrollaron las sanciones de trabajo en beneficio de la comunidad y de suspensión con obligación de someterse a un programa de rehabilitación (*probation*) y ello llevó a la importancia de nuevos actores penológicos, como son los servicios administrativos de medidas penales alternativas.

7. Tasas de encarcelamiento

Abordamos por último la cuestión de las tasas de encarcelamiento ya que su evolución es el resultado de las cuestiones anteriormente tratadas relativas a la delincuencia y al castigo. La tendencia en España en este siglo se muestra en la figura 15.

²³ CID, J.: «La libertad condicional. ¿Está en Europa la solución?», en *InDret*, n. 4, 2021, p. 289. El impacto de la nueva legislación ha sido muy grande. En 2014 (antes de la reforma), la ratio de concesión de la libertad condicional era de 17,6 por cada 100 personas condenadas. En 2024, la ratio había descendido a 4,4 por cada 100 personas condenadas. Si se aplicara la ratio de 2014 en 2022, España tendría aproximadamente 6550 personas menos encarceladas y la tasa de encarcelamiento sería de 106 en lugar de 119.

²⁴ Datos a 31 de diciembre de cada año. Solo se tienen en cuenta las personas condenadas que han sido clasificadas en un régimen específico. Aproximadamente el 92 % de la población condenada está clasificada. Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Estadísticas Penitenciarias).

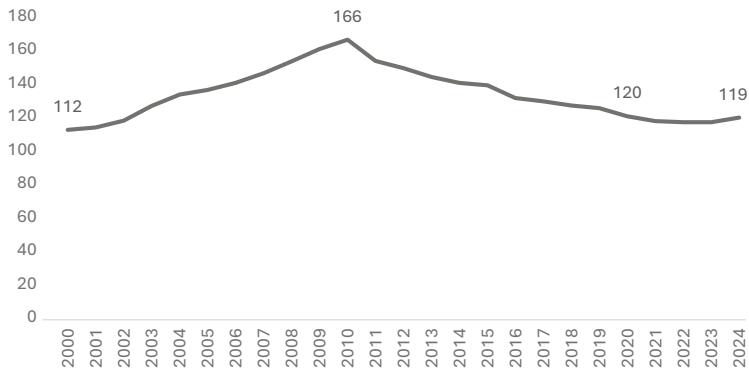


Figura 15. Personas encarceladas por cada 100.000 habitantes. (España, 2000-2024)

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (media mensual de cada año)

La evolución de la tasa de encarcelamiento en España puede parecer difícil de entender debido al cambio que se observa a partir de 2010. Creemos que los factores que contribuyen a esta tendencia son los siguientes. En primer lugar, la tasa de ingresos en prisión se mantuvo estable durante la primera década del siglo XXI y disminuyó posteriormente (véase la figura 11). En segundo lugar, durante la primera década del siglo XXI las tasas de encarcelamiento siguieron viéndose afectadas por el aumento de las penas que se derivó de la supresión de la redención de penas por el trabajo que realizó el Código penal de 1995. Esta reforma siguió surgiendo efecto durante la primera década del siglo XXI, como se observa por el aumento de la duración media del encarcelamiento que solo se estabiliza a partir de 2010 (figura 16).

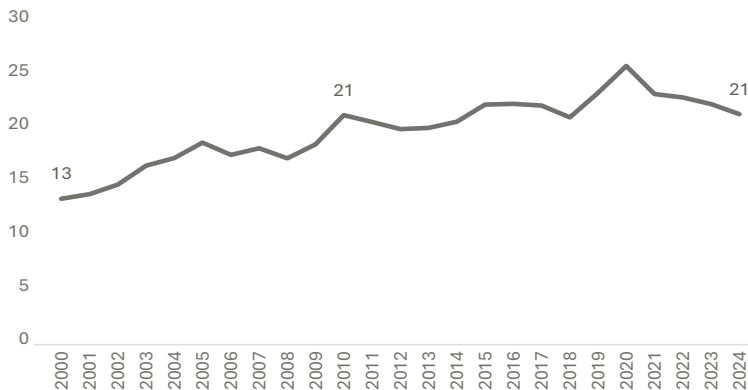


Figura 16. Duración de las penas de prisión (meses). España (2000-2024)

Fuente: Administraciones Penitenciarias Españolas

Aparte del hecho de que la reforma del Código Penal de 1995 ya había surtido efecto, es probable que la mayor estabilidad en la duración de las penas de prisión después de 2010 también se deba, por un lado, a la introducción de reformas penales que redujeron las penas por delitos de tráfico de drogas (Ley Orgánica 5/2010) y, por otro, al aumento del uso de la libertad condicional después de 2008 (como se muestra en la figura 17).

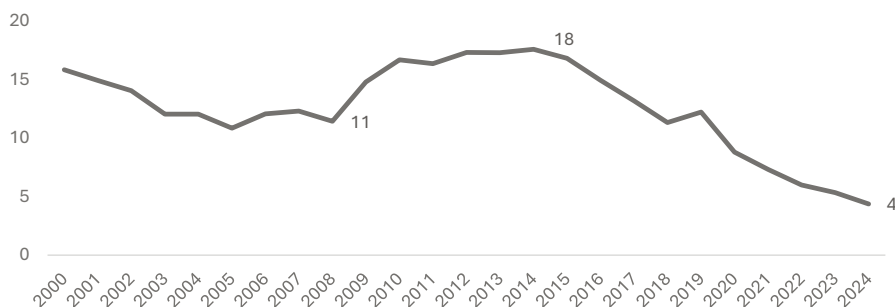


Figura 17. Libertad condicional. Concesión por cada 100 reclusos condenados. España (2000-2024)

Fuente: Administración Penitenciaria Española (datos no publicados)

IV. CONCLUSIÓN

La evolución del delito y del castigo en España durante el primer cuarto del siglo XXI puede resumirse de la siguiente manera.

En primer lugar, el total de delitos registrados se ha mantenido relativamente estable durante este período. Tomando como referencia el año 2000, no se han producido aumentos o descensos de la delincuencia superiores al 10%, salvo durante la pandemia.

En segundo lugar, en lo que respecta a delitos específicos, se ha producido una reducción de los delitos violentos (asesinatos, robos) y un aumento de los delitos contra la propiedad no graves (delitos informáticos). También se ha producido un aumento de los delitos contra la libertad sexual denunciados, aunque es posible que esta tendencia se deba en parte al aumento de las denuncias de victimización.

En tercer lugar, los datos de las encuestas sobre la victimización de determinados delitos, aunque limitados, muestran una tendencia similarmente estable para el conjunto de España.

En cuarto lugar, la sociedad española se ha vuelto más sensible a determinados delitos que antes recibían menos atención, como la violencia contra la pareja y los delitos contra la seguridad vial. La tipificación como delito de estas conductas y la creciente atención que les prestan la policía y los jueces explican el notable aumento de las condenas durante el siglo XXI.

En quinto lugar, se ha producido un cambio importante en el panorama de las condenas durante el primer cuarto del siglo XXI. Aunque las sanciones no privativas de libertad sin intervención rehabilitadoras (multas y suspensión de condena) continúan siendo las sanciones más frecuentes, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y la sanción de suspensión con obligación de someterse a un programa de rehabilitación (*probation*), que no se utilizaban a principios de siglo, se imponen ahora a un porcentaje significativo de los condenados. Por otra parte, retrocede el uso de la prisión ejecutada.

Por último, las tasas de encarcelamiento siguen siendo elevadas para los estándares europeos, y ello no se debe a la tasa de ingresos en prisión que mantiene una tendencia general a la reducción en este periodo, sino que es consecuencia del legado del Código penal de 1995, que supuso una elevación efectiva de la duración de las penas y situó a España entre los países europeos con penas más severas²⁵.

Si queremos dar una explicación de la tendencia que ha seguido el delito y las penas en España en el siglo XXI podemos recurrir a los pensadores clásicos. Por un lado, el descenso de los delitos violentos no sexuales parece estar en línea con la tesis de progreso de civilización teorizada por Elias²⁶ y continuada por Pinker²⁷. El aumento de la intolerancia de la sociedad española hacia la violencia probablemente también contribuye a explicar la reducción del uso de la prisión en favor de nuevas penas comunitarias, más humanitarias. Por otro lado, el proceso de criminalización parece estar muy bien explicado por Durkheim²⁸, ya que la reducción de los delitos violentos más graves y el rechazo en general de la violencia en la sociedad tendría como contrapartida una mayor intolerancia social frente a formas de violencia anteriormente toleradas.

²⁵ CID, J.: «El futuro de la prisión en España», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 18, 2020, pp. 17-22.

²⁶ ELIAS, N.: *Über den Prozess der Zivilisation*, 1939 [*El proceso de civilización*. Fondo de Cultura Económica, 2016]

²⁷ PINKER, S.: *The better angels of our nature*, 2011 [*Los ángeles que llevamos dentro*. Espasa libros, 2012]

²⁸ DURKHEIM, E.: *Les règles de la méthode sociologique*, 1885. [*Las reglas del método sociológico*. Akal, 1985, p.87].

123. LOS ANIMALES COMO VÍCTIMAS INVISIBLES DEL ECOCIDIO

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I (Castellón)

Como bien ha dicho el Dr. De la Cuesta es obligación de todos luchar por «una justicia no solo conservacionista o ambiental, sino verdaderamente ecológica: esto es tuteladora del valor intrínseco del ambiente planetario, así como de los derechos de todas las especies a la vida, interconectada con las demás y libre de todo maltrato o destrucción de sus hábitats»¹.

I. LOS ANIMALES COMO SERES CON IMPORTANCIA MORAL

El último libro de Marta Nussbaum comienza y concluye con esta certera reflexión:

«Los animales sufren serias dificultades en todo el planeta. Los humanos dominamos nuestro mundo por doquier: por tierra, por mar y por aire. Ningún animal no humano escapa al dominio impuesto por nuestra especie. La mayor parte del tiempo, ese dominio inflige a los animales daños indebidos, ya sea mediante la bárbara crueldad de la industria cárnica, ya sea mediante la caza furtiva y la deportiva, la destrucción de hábitats, la contaminación del aire y los mares, o mediante la desatención a los animales de compañía a los que la gente tanto cariño asegura profesar»².

¹ Prólogo a la obra de VARONA MARTÍNEZ, G. (2020). *Victimidad y Violencia Medioambiental y contra los Animales: Retos de la Victimología Verde*. Editorial Comares, Granada 2020, p. XII.

² *Justicia para los animales*. Paidós. Barcelona, 2023, pp. 9 y 355.

Esa situación es, a juicio de esa misma autora, uno de los tres grandes problemas ante los que se enfrenta la justicia³ como resultado de un modelo social y económico antropocéntrico que los concibe como un objeto, un instrumento al servicio de las necesidades, los deseos o los placeres de los animales humanos aferrados a un cínico especismo que olvida que la capacidad de sentir es un criterio moralmente relevante. En la medida en que hay evidencia científica⁴ de que los animales no humanos poseen los sustratos neurológicos que dan lugar a la consciencia, no puede haber duda de que son seres que moralmente importan y que nosotros tenemos frente a ellos el deber moral de respetar sus intereses.

Ciertamente, el panorama ha cambiado mucho desde los tiempos de Bentham y el debate jurídico acerca de los derechos de los animales se ha enriquecido con las discusiones dialécticas entre corrientes de pensamiento animalista tan distintas, por limitarme a las citas imprescindibles, como las de Nussbaum, Singer, Regan, Francione, Mosterín, Ferrater Mora, Feinberg, Kymlicka y Donalson o De Lora, entre otros⁵. Aún así, hay un consenso básico: a cualquier ser capaz de sufrir hay que reconocerle, al menos, el *derecho* moral a no ser sometido a condiciones –de vida o de muerte– que le generen padecimientos injustificados o, si se prefiere, hay que reconocerle el *interés* por no sufrir. A partir de ahí, cada uno de los autores adopta la posición ética que estima más adecuada. Los hay abolicionistas comprometidos con la supresión total de la explotación animal, incluida la experimentación con fines de investigación, de modo que, para este grupo, cualquier sufrimiento derivado del uso de animales para fines del hombre es injustificado. Los hay también bienestaristas, quienes, por diferentes razones, consideran que el abolicionismo no es una opción y concentran sus esfuerzos en luchar por el bienestar de

³ *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, Barcelona, 2007.

⁴ Como se reconoce sin discusión desde la reputada *Cambridge Declaration on Consciousness*

⁵ Ante la imposibilidad de extenderme, ruego que el lector disculpe la remisión a mi trabajo «A la búsqueda de un bienestar compartido», en Cuerda Arnau, M.L. (dir.) *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 158 y ss. Algunos de los autores citados han evolucionado en los últimos años hacia posiciones más combativas. Es el caso de Nussbaum, quien en su último trabajo opta por un enfoque de las capacidades que presenta similitudes con el propuesto por A. Sen, del que le separan diferencias en las que no puedo entrar. Sustancialmente se construye sobre la idea de analizar cada vida animal para ver lo que cada una es capaz de hacer y de ser, lo que cada una valora, a lo que cada vida aspira y, a partir de ahí, de lo que se trata es de proteger los elementos más importantes de todo ese conjunto de aspiraciones vitales. El concepto de capacidad nada tiene, pues, que ver con el de «habilidades». «Significa –dice la autora– «una libertad real, sustantiva, o una oportunidad para optar por actuar (si así se elige hacerlo) en un ámbito de la vida considerado valioso» (*Justicia...*, cit., p. 113). En el caso de los animales, «viene a decir que los animales tienen derecho a que se favorezcan las capacidades que resulten centrales para sus diversas formas de vida o, al menos, un umbral mínimo de ellas y siempre limitadas por los idénticos derechos razonables de otros individuos» (*op. cit.*, p. 142).

los animales. Están también los que no desean ser incluidos ni en un grupo ni en otro, pero tienen claro que una sociedad moderna y bienestante no puede seguir consintiendo que se siga usando a los animales no humanos del modo en que lo hacemos. Al margen de las discrepancias, la mayoría- pese a ser juristas- han renunciado a plantearse la cuestión de si los animales tienen derechos como una cuestión de técnica jurídica, pues creen que el debate sobre los derechos de los animales es, ante todo, una cuestión política, esto es, «relativa al sentido de los fines y medios que definen lo que podríamos llamar, en términos clásicos, la vida buena, el modelo de sociedad justa o sociedad decente»⁶.

No es, por tanto, casual que, desde la década de los noventa⁷, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya dado carta de naturaleza a la protección animal, aunque, como es lógico, lo haya hecho vinculando ese valor con diversos derechos fundamentales implicados, que o bien incluyen entre sus facultades la posibilidad de oponerse a obligaciones y deberes que resulten contrarios a ese bienestar, o bien, son derechos fundamentales que resultan limitados en aras de su tutela. Entre los asuntos más recientes se encuentra el caso *Executief van de Moslims van België y otros contra Bélgica* (STEDH de 13 de febrero de 2024), en el cual se analiza si la prohibición establecida por los gobiernos flamenco y valón del sacrificio ritual sin aturdimiento, constituía una interferencia legítima en el derecho a la libertad religiosa (art. 9 CEDH). El TEDH evaluó si la restricción era proporcionada y legítima, ponderando la libertad religiosa frente a la protección del bienestar animal, bajo el esquema del margen de apreciación permitido al Estado. El Tribunal parte de considerar que existe consenso científico en reconocer que el aturdimiento previo es el medio óptimo para reducir el sufrimiento del animal en el momento del sacrificio, y que las normas que lo exigían eran adecuadas y proporcionadas al fin perseguido, un fin –y esto es lo determinante– que el TEDH vincula a la noción de «public morals», que podríamos equiparar al viejo concepto de buenas costumbres o a la más moderna idea de orden público en sentido amplio como conjunto de condiciones básicas para el mantenimiento

⁶ DE LUCAS, J., «En el bicentenario de Darwin ¿Derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 6/2009, pp. 7-19. En el mismo sentido, PELLUCHON, C., *Manifiesto animalista. Politizar la causa animal*, Penguin Random House, Barcelona, 2018. Precisamente por ello, las críticas de quienes cuestionan su capacidad para integrarse en la comunidad moral por no ser capaces de asumir obligaciones no son inapelables (vid, recientemente, PEZZETA, S., «Animals as Subjects or Citizens: Can Animals have rights without duties?», *DA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 15(1), 19-39, 2024, <https://doi.org/10.5565/rev/da.654>, p. 37).

⁷ Entre los más célebres, vid. Casos *Chassagnou y otros contra Francia* (Gran Sala, Sentencia de 29 de abril de 1999), *Shneider c. Luxemburgo* (Sentencia 10 julio 2007), *Herrmann v. Germany* (Gran Sala, Sentencia de 26 junio 2012), *Shneider c. Luxemburgo* (Sentencia 10 julio 2007); casos *VGTV Verein gegen Tierfabriken c. Suiza* n.º 1 (Sentencia de 28 de junio de 2001) y n.º 2 (Sentencia de 30 de junio de 2009).

de una coexistencia ordenada y pacífica. Resulta, pues, que hoy ya podemos decir que el bienestar animal ha adquirido valor por sí mismo hasta el punto de poder alzarse como fin legítimo que, por una parte, autoriza la limitación de derechos y, por otra, puede contribuir a conformar el sentido y alcance de los derechos fundamentales.

II. PEQUEÑOS AVANCES EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA DESCOSIFICACIÓN DE LOS ANIMALES Y LA LEY DE LOS DERECHOS Y BIENESTAR ANIMAL

El Derecho español, dejando al margen las reformas penales, ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de los animales. Entre las más destacadas cabe citar la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales y la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los Derechos y el Bienestar de los Animales.

La primera de las citadas reformas afecta, en primer término, al Código Civil, para diferenciar la naturaleza de los animales a la de las cosas o bienes, por cuanto, a tenor de lo que ahora dispone el art. 333 bis. 1 CC «los animales son seres vivos dotados de sensibilidad». Sentado lo anterior, se adecuan, entre otras, las tradicionales nociones de ocupación, frutos naturales, hallazgo, responsabilidad por daños y vicios ocultos, aplicadas, de una manera distinta a la actualmente vigente, a los animales. Asimismo, se incluye entre la normativa que rige los procesos de separación o divorcio preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, sentando los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo no solo a los intereses de sus propietarios sino también a su bienestar. Por otro lado, se contemplan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos (arts. 91, 92.7, 94 bis, 103.1.^a bis). Por último, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, basculan sobre el criterio de bienestar de los animales (art. 914 bis). Por lo que hace a la Ley Hipotecaria se modifica el apartado primero del artículo 111 impidiendo que se extienda la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo y se prohíbe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía, que quedan también

excluidos de la posibilidad de ser objeto de prenda (art. 1864 CC). Asimismo, se reforma el artículo 605 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para declarar absolutamente inembargables a los animales de compañía en atención al especial vínculo de afecto que les liga con la familia con la que conviven.

Por su parte, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los Derechos y el Bienestar de los Animales, complementada por las de ámbito autonómico⁸, tiene por objeto, como señala su art. 1 establecer el régimen jurídico básico en todo el territorio español para la protección, garantía de los derechos y bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad, entendiendo por derechos «el buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos» (art. 1.2). A partir de ese reconocimiento, impulsa todo un conjunto de acciones encaminadas a lograr dicha finalidad; entre otras: promover la tenencia y convivencia responsable, fomentar entre la ciudadanía la protección de los derechos y el bienestar de los animales, luchar contra el maltrato y el abandono, impulsar la adopción y el acogimiento, desarrollar actividades formativas, divulgativas e informativas en materia de protección animal, promover campañas de identificación, vacunación, esterilización, cría y venta responsable, impulsar acciones administrativas de fomento de la protección animal y establecer un marco de obligaciones, tanto para las administraciones públicas como para la ciudadanía, en materia de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

Sin restar valor a esta última iniciativa legislativa, la descosificación representa el mayor logro de los últimos años porque es, sin duda, la clave de bóveda para poner fin a la explotación institucional de los animales. Pese a todo, ambas reformas pecan de lo mismo. No estamos ante normas integrales que contemplen siquiera a la mayoría de los animales no humanos. En cuanto a la Ley 7/2023, ya hemos visto cuál es su limitado ámbito de aplicación y, al igual que sucede con las reformas de la Ley 17/2021, su principal centro de atención son los animales de compañía, lo que demuestra que el antropocentrismo sigue ahí, y ello explica también que queden restos de la vieja legislación que motivan que no se excluya que, en determinados aspectos, se aplique

⁸ Entre las de más reciente aprobación está la del País Vasco (Ley 9/2022, de 30 de junio, de protección de los animales domésticos) y la Ley valenciana 2/2023, de 13 de marzo, de Protección, Bienestar y Tenencia de animales de compañía y otras medidas de protección animal.

supletoriamente a los animales el régimen jurídico de los bienes o cosas (art. 333 bis. 1 inciso último)

III. LA TUTELA DE LOS ANIMALES MÁS ALLÁ DEL MALTRATO Y LA INSUFICIENCIA ONTOLÓGICA DEL DERECHO PENAL NACIONAL PARA COMBATIR LAS CATÁSTROFES MEDIOAMBIENTALES

Como es sabido, el Código Penal de 1995 fue el primero de nuestros textos punitivos que sancionó el maltrato de animales introduciendo en el Título III del Libro III, dentro de las faltas contra los intereses generales, la falta de maltrato cruel de animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente (art. 632 CP). Con ello se inauguraba una protección penal a la que ilustres colegas han dedicado excelentes trabajos a los que me permito remitir al lector⁹. Baste aquí recordar que aquella tímida orientación se ha ido consolidando¹⁰, ampliando el objeto de protección, las modali-

⁹ AZNAR DOMINGO, A./MARTÍN GARCÍA, F. en *La Ley penal*, n.º 166, enero de 2024, BRAGE CENDÁN, S., *Los delitos de maltrato y abandono de animales* (Artículos 337 y 337 bis CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 85; del mismo, ¿Es necesaria una nueva reforma penal en el ámbito de los delitos de maltrato y abandono de animales? *Diario La Ley*, núm. 9187, Sección Doctrina, 27 de abril de 2018, Wolters Kluwer La Ley 3293/2018, p. 5; CERVELLÓ DONDERIS, V., «La tutela penal de los animales ante el maltrato: un proceso en transformación», UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª ep., núm. 22, (2019), p.35; FUENTES LOUREIRO, M., «La evolución de la protección de los animales domésticos en el Código Penal español. Especial referencia a la LO 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley* 4702/2015, p. 15. 5; GUDÍN RODRÍGUEZ, A. E., «Los delitos de maltrato animal tras su reforma por las leyes de bienestar y maltrato animal». *Diario La Ley*, No 10259, Sección Tribuna, 30 de marzo de 2023; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «El maltrato de animales en el ordenamiento penal español: una visión sistemática», en *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal/Journal of Animal Law & Interdisciplinary Animal Welfare Studies* 1 (2018), pp. 32 y ss.; OLMEDO DE LA CALLE, E., *Los delitos de maltrato animal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; RÍOS CORBACHO, J., «Comentario en relación al maltrato de animales en la nueva reforma del código penal español (LO 1/2015)», *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies* [en línea], 2015, vol. 6, núm. 2, pp. 1-21, <https://www.raco.cat/index.php/da/article/view/v6-n2-rios> [Última consulta: 04/11/2020], p. 18.

¹⁰ La primera reforma se introdujo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que, además de incluir en el art. 631 un segundo apartado en el que se tipifica el abandono, introdujo el art. 337 como un delito de maltrato de los animales domésticos dentro del Capítulo IV («De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos») del Título XVI del Libro II. Por su parte, la LO 5/2010, incorporó modificaciones en el ámbito del delito de maltrato animal del art. 337 CP, entre las cuales, tal vez la más demandada era la eliminación del ensañamiento como elemento del tipo para la apreciación del maltrato, a la que vez que se amplía el objeto material del delito al añadir al animal amansado. La última de las reformas se introdujo por Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, incorporando en el libro II un nuevo título XVI bis que queda rubricado como «De los delitos contra los animales», cuya «vida, salud e integridad, tanto física como psíquica» se declara en el Preámbulo de la ley como el bien jurídico protegido. Esta última reforma vuelve a ampliar el ámbito de protección, que ahora abarca a los animales domésticos, amansados, domesticados o que vivan temporal o permanentemente bajo el control humano (art. 340 bis. 1), así como a los vertebrados, lo que supone la incorporación de los animales silvestres que vivan en libertad

dades de conducta penalmente relevantes y la gravedad de las sanciones, hasta el punto de pasar a integrar un nuevo título XVI bis dotado de autonomía. Con todo, como reza el título del epígrafe, hay que avanzar en la tutela de los animales más allá del maltrato a los que comparten su vida con el hombre. Muy especialmente, ya es hora de preocuparse seriamente por los animales que sufren como consecuencia de las crisis climáticas y las devastaciones que son fruto de la mano del hombre¹¹, pues éstos son siempre en tales situaciones los grandes olvidados. Sin embargo, no merecieron ni una sola reflexión jurídica en dos de las mayores catástrofes medioambientales que ha padecido España: la rotura de la balsa de Alznaval y el derramamiento de fuel del Prestige. En el primer caso, puesto que se decretó el archivo de la causa, carecemos de datos judicialmente ratificados pero, según diversos estudios¹², se retiraron más de 30 toneladas de animales y la presencia de aguas con elevada carga sólida acabó prácticamente con cualquier esperanza de recuperación temprana de la fauna acuática. El hundimiento del Prestige en las costas gallegas fue un desastre medioambiental de tan enormes proporciones que, según algunas propuestas de tipificación del delito de ecocidio, sería inscribible en el mismo¹³. Como dijo la STS 865/2015, de 14 enero, fue «una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos por la intensidad y extensión del vertido, el número de elementos naturales destruidos, de especies marinas afectadas y de actividad económica perturbada» (FJ 35) y por lo que hace a los animales

(art. 340 bis. 3, párrafo 2). Por otra parte, el abandono se extiende a todos los vertebrados que estén bajo la responsabilidad humana (art. 340 ter). Asimismo, se atiende a dos exigencias doctrinales: de un lado, la actual redacción del art. 340 quinquies permite adoptar medidas cautelares para la protección de los animales «incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal», así como a «medidas pertinentes respecto a la titularidad y el cuidado del animal», con lo que se puede conseguir el mismo objetivo que con el comiso, cuya posibilidad de adopción era muy discutida. De otro lado, se introduce la muy pertinente responsabilidad de personas jurídicas (art. 340 quater), lo cual permitirá exigir responsabilidad en los casos- no infrecuentes- de malos tratos en centros supuestamente de protección de animales como la desmantelada en junio de 2024 por el SEPRONA en la operación «Amisss Canem» con independencia de la responsabilidad de las personas físicas que materialmente hayan realizado los hechos y al margen de que éstas resulten individualizadas o no haya sido posible dirigir el proceso contra ellas (art. 31 ter CP).

¹¹ Pensemos, por ejemplo, en las miles de muertes de animales marinos a consecuencia de la eutrofización que está sufriendo el Mar Menor por mor del abuso de fertilizantes y un crecimiento urbanístico salvaje. O, de igual modo, en el sufrimiento de los animales atrapados en los grandes incendios que durante el verano de 2025 han asolado Portugal y España, donde- salvo en la Comunidad autónoma de Canarias- los planes de protección civil siguen sin contemplar las medidas de protección de los animales a que obliga el art. 9 de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de bienestar animal.

¹² Vid. <http://edafologia.ugr.es/comun/congres/almeriat.htm>;

https://huespedes.cica.es/gimadus/08/mining_waste.htm?utm

¹³ Así la realizada por Stop Ecocide, que, a diferencia de otras propuestas tal vez más adecuadas, prescinden de que la conducta responda a una política permanente y estructurada diseñada desde una organización (vid. críticamente NIETO MARTÍN, A. «La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio», en Zamora, F.J./Sales, L./Marullo, CH., *La lucha en clave judicial contra el cambio climático*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 149.

damnificados, según los hechos declarados probados por la SAP de A Coruña de 13 noviembre 2013 –ratificada en cuanto a esto por el TS– el vertido «supuso una mortalidad estimada de aves marinas de entre 115.000 a 230.000 y resultaron también contaminados todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs (compuesto orgánico con efectos carcinógenos, mutágenos y teratógeno) en la biota».

Estos casos son el ejemplo paradigmático de la insuficiencia del actual sistema de justicia penal para dar una respuesta eficaz e integral a las grandes catástrofes medioambientales y, por ende, al sufrimiento que también causan a los animales y a sus hábitats. Tal insuficiencia no es circunstancial sino ontológica, por lo que resulta una necesidad imperiosa que las mejoras no sean solo de ámbito interno, sino internacional, arbitrando, ante todo, mecanismos supranacionales de control, ya que las fronteras limitan la actuación del derecho interno pese a que los efectos de las grandes catástrofes las trascienden. Este balance negativo es también una de las principales conclusiones a que llegó la Comisión encargada de evaluar la vieja Directiva 2008/99/EC, cuya transposición no arrojaba los resultados esperados toda vez que, como paladinamente afirma la comisión evaluadora, «without proper practical implementation, any criminal law provision on paper is useless»¹⁴. De ahí que la gran preocupación de la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal siga siendo lo que se considera una infraprotección penal del medio ambiente por parte de los Estados.

IV. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LOS ANIMALES EN LAS CATÁSTROFES MEDIOAMBIENTALES

Como decía, en las catástrofes medioambientales los grandes olvidados son, indiscutiblemente, los seres más vulnerables, de entre los cuales compete aquí ocuparse de los animales no humanos, que, en esta tesitura, se diferencian de estos últimos en el hecho de no ser víctimas a efectos jurídicos y, por ende, carecer de cualquier clase de legitimación procesal pese a que, a consecuencia de la acción humana, se desforestan y queman sus hábitats o se contaminan con microplásticos, se alteran su ciclos de vida o se ataca directamente su existencia y la biodiversidad a través de la caza furtiva o la pesca INDRN. No les falta,

¹⁴ El texto de los trabajos de evaluación puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-SL/TXT/?uri=CELEX:52020SC0259&from=EN>

pues, razón a quienes como Ramme y Gorish¹⁵ reivindican otorgar a los animales afectados por las crisis climáticas la condición de desplazados climáticos con el fin de ampliar su protección en contextos de crisis, proponiendo la creación de un marco legal que los reconozca como víctimas. De algún modo, eso es lo que lo que en España vino a hacer la Ley 19/2022, de 30 de septiembre en relación con el Mar Menor, a quien se reconoce como sujeto de derechos (art. 1). En similar sentido, el apartado 57 de la ya citada Directiva (UE) 2024/1203, reconoce que «dado que el medio ambiente no puede representarse a sí mismo como víctima en un proceso penal, a efectos de garantía de cumplimiento efectivo de las normas, los miembros del público interesado deben tener la posibilidad de actuar en nombre del medio ambiente como bien público, de conformidad con el Derecho nacional y con sujeción a las normas procesales pertinentes», lo que así prevé el art. 15, garantizando esa posibilidad no sólo a las personas que pudieran verse afectadas, sino también a cualesquiera organizaciones no gubernamentales que promuevan la protección del medio ambiente.

Sin embargo, hoy por hoy, el papel procesal de las criaturas no humanas poco tiene que ver con el concepto de ofendido o perjudicado por el delito, del que, como es sabido, se deriva en nuestro ordenamiento la posibilidad de ejercer la acusación particular aún en la hipótesis de que el Ministerio Fiscal no la ejerza. En el caso de los delitos contra los recursos naturales (arts. 325 a 331 CP) los perjuicios causados a los animales se limitan, generalmente, a servir como elemento de prueba del peligro o del daño que la conducta genera o puede generar para los recursos naturales. En el capítulo de los delitos contra la flora y fauna (art. 332 a 336 CP) y en el Título XVI (arts. 340 bis a 340 quinquis) no son otra cosa que el objeto material del delito, lo que explica las discrepancias acerca del bien jurídico protegido y la titularidad del mismo. Y es que, en efecto, la normativa vigente no deja espacio alguno a su consideración como víctimas, ya que tal condición solo se otorga a las personas (físicas). Así, la Directiva europea 2012/29/UE define la víctima como «la persona física que haya sufrido un daño, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal» (art. 2.1. a. i), incluyendo a los familiares en los términos dispuestos en art. 2.1. a. ii. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a cuyo tenor es víctima directa toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su pro-

¹⁵ «Desplazados climáticos y víctimas invisibles: violaciones de derechos animales en las recientes inundaciones del sur de Brasil», *DALPS. Derecho Animal (Animal Legal and Policy Studies)* 3/2025, especialmente p. 392.

pia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito (art 2.1 a), limitándose también a las personas físicas la condición de víctimas indirectas (art. 2.1. b). Pese a ello, parece razonable exigir que se considere que el daño o peligro causado a los animales los convierte en titulares del derecho a reclamar justicia y a que se adopten medidas resarcitorias en su propio beneficio o en el de su especie. Reivindicar el reconocimiento de legitimación procesal a los animales no debería causar tanta perplejidad cuando se le reconoce a las personas jurídicas, a las cuales, por cierto, desde 2010 consideramos responsables penales rompiendo con ello un principio que quienes ya peinamos canas considerábamos una verdad canónica (*societas delinquere NON potest*). Por lo demás, aunque es obvio que debería ejercitarse a través de terceros, soy renuente a las propuestas de quienes¹⁶ consideran que la representación deberían ejercerla en exclusiva organismos o departamentos gubernamentales, pues la historia demuestra que muchos de los grandes desastres naturales se han producido como consecuencia de la tolerancia administrativa cuando no con su beneplácito. Estimo, por ello, más razonable confiar su representación a organizaciones comprometidas con su bienestar y convencidas de que el peligro o el daño a los animales merece ser un bien jurídico en sí mismo cuya titularidad es a ellos a quien debe reconocerse¹⁷.

En otros ordenamientos que no cuentan como el nuestro con la acusación popular, la cuestión que nos ocupa ha tenido dificultades para prosperar y se ha ido abriendo paso a través de algunas resoluciones de gran interés, como el asunto *Natural Resources Defense Council (NRDC)v. Pritzker*, No. 14-16375 (9th Cir. 2016)¹⁸ o el célebre voto particular del juez Douglas en el asunto *Sierra Club*

¹⁶ V.g. NUSSBAUM, ... *cit.*, cit., p. 334

¹⁷ Desde la perspectiva de otorgar a los animales protagonismo en la defensa de sus propios intereses, creo que, pese a la oposición de algunos grupos de animalistas, hay que valorar positivamente algunas propuestas de incluirlos dentro de Programas restaurativos, por cuanto, ello supone que el foco de atención deja de estar puesto exclusivamente en el agresor y facilita la visibilidad de los animales como víctimas, contribuyendo, entre otras cosas, a que toda la comunidad sea más consciente del daño que se les ha irrogado como seres sintientes con valor intrínseco. En este sentido, con ulteriores referencias, BARRENA LÓPEZ-CÓZAR, N. «Justicia restaurativa empresarial: sostenibilidad medioambiental y bienestar animal», en Varona Martínez, G. (coord.) *Criminología verde...*, cit, especialmente, pp. 407 y ss; En BERMUZ, M.J. «Comprender el daño y el sufrimiento de los animales. La Justicia restaurativa como pedagogía», en Varona Martínez, G. (coord.) *Criminología verde...*, *op cit.*, pp. 89 y ss; VARONA MARTÍNEZ, G. «Justicia restaurativa en delitos contra los animales: perspectivas teórico-prácticas desde la victimología verde». *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, 2021, n.º 8, 1-33; VARONA MARTÍNEZ, G. *Justicia Restaurativa Medioambiental y Animal. Guía de aprendizaje y acción a través de la narración de casos*. Dykinson, Madrid 2024

¹⁸ [https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-16375/14-16375-2016-07-15.html?utm_source=Aquí la ONG en defensa del medio ambiente \(NRDC\) –junto con otros organismos y destacados defensores del medio ambiente– demandó a la secretaria del Departamento de Comercio de US](https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-16375/14-16375-2016-07-15.html?utm_source=Aquí la ONG en defensa del medio ambiente (NRDC) –junto con otros organismos y destacados defensores del medio ambiente– demandó a la secretaria del Departamento de Comercio de US)

v. *Morton*, 405 U.S. 727, 1972¹⁹, así como los casos de la orangutana Sandra o la chimpancé Cecilia, a quienes los tribunales consideraron sujetos de derechos²⁰.

Sin duda alguna, las resoluciones u opiniones transcritas son un triunfo en la lucha por reconocer que los animales tienen intereses propios. Ahora bien, la acción popular, tal y como se concibe en nuestro ordenamiento, permite alcanzar logros iguales o superiores en la defensa de los derechos de los

(Penny Pritzker) y a otros altos cargos con competencias en el sector por no proteger a las ballenas permitiendo el uso del sonar de baja frecuencia (LFA sonar) por parte de la Marina de los EE. UU con fines de defensa, un interés legítimo que, sin embargo, a juicio del tribunal de Circuito no autorizaba a vulnerar la ley de protección de los mamíferos marinos (*Marine Mammal Protection Act*, MMPA). Habida cuenta de que la actividad desplegada podía provocar trastornos que afectasen al comportamiento propio de la especie (comunicación entre ellos, abandono de las crías para alejarse de la zona, afectar a su proceso reproductivo o sus migraciones, etc) la ley obligaba a respetar al mismo tiempo dos estándares complementarios. Las actividades, de un lado, debían generar un impacto despreciable («negligible impact») y tener el mínimo impacto adverso posible («least practicable adverse impact»), lo cual era un requisito que debía de cumplirse incluso en los casos en que impacto sobre los mamíferos marinos hubiera sido despreciable (vg porque resultase acreditado que el número de animales que transitaban por la zona era insignificante). Como se observa, el tribunal no reconoce a los mamíferos marinos capacidad procesal alguna pero es importante en tanto en cuanto protege la «forma de vida» de estos animales, al margen de que ni su vida, ni su sufrimiento- en sentido estricto- resulten afectados.

¹⁹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/?utm>. En este caso, la organización ecologista Sierra Club interpuso demanda contra Rogers C.B. Morton, secretario del Interior de EE. UU. ante la autorización de proyecto urbanístico que afectaba gravemente a un paraje natural de alto valor ecológico (Mineral King). Sin embargo, la Corte Suprema rechazó la demanda porque entendió que la organización demandante carecía de legitimación activa, ya que no quedó acreditado que sus miembros fueran a sufrir un daño concreto derivado del proyecto. Por el contrario, el juez Douglas manifestó una opinión disidente recordando a todos que esa legitimación se otorga a simples barcos o a entidades jurídicas diversas. Por tanto, «así debería ser con respecto a valles, praderas alpinas, ríos, lagos, estuarios, playas, crestas, arboledas, pantanos o incluso el aire que sufre las presiones destructivas de la tecnología y la vida modernas» (...) «El río, como demandante, representa la unidad ecológica de vida que lo compone (The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it.)». Por ello, decía, «this suit would therefore be more properly labeled as Mineral King v. Morton».

²⁰ En el primer caso la sentencia de la Cámara Federal de casación penal (s. n.º 2603/14, de 18 de diciembre de 2014) se estimó el habeas corpus solicitado por una asociación (AFADA) con el fin de que se la liberase de su cautiverio, asociación que también compareció como parte querellante en representación de la orangutana en el procedimiento abierto para dilucidar la posible existencia de maltrato. La misma asociación litigó también interponiendo un habeas corpus para la liberación de la chimpancé mencionada, quien en una resolución mucho mejor motivada que la primera, fue considerada sujeto de derecho no humano titular del derecho a vivir en libertad, disponiendo su traslado al santuario de Sorocaba en Brasil. Sobre estos y otros asuntos, *vid.*, entre otros, CAPACETE GONZÁLEZ, F. «Eficacia del habeas corpus para liberar a una chimpancé (Cecilia), comentario a la Sentencia de 3 de noviembre de 2016 del Tercer Juzgado de Garantías del Estado de Mendoza (Argentina)», *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, ISSN-e 2462-7518, vol. 7, n.º 3, 2016, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6473876>; CARMAN, M./BERROS, M.V., «Ser o no ser un simio con derechos», en *Revista Direito GV*, septiembre/diciembre 2018, <http://hdl.handle.net/11336/84425>; DE BAGGIS, G. F., «Solicitud de Hábeas Corpus para la Orangután Sandra, comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014», en *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, ISSN-e 2462-7518, Vol. 6, N.º 1, 2015, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/491508>; del miso, «Arturo, Sandra, Poli y Cecilia: cuatro casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina», *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, ISSN-e 2462-7518, Vol. 8, N.º 3, 2017, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6473783>

animales, aunque, en puridad, no implique el reconocimiento a los animales de un interés propio. Su ejercicio en estos casos ennoblecería la existencia de una figura de la que, en otros, tan mal uso se hace con el fin de atacar al adversario político o satisfacer otros intereses espurios.

Como es sabido, el art. 125 CE establece que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...». Por su parte, nuestra centenaria LECrim dice en el art. 270 que «todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley». De igual modo, el art. 19.1 de la LOPJ establece que «Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley». Aunque el fundamento constitucional difiere respecto del de la acción que se reconoce al ofendido, no existe duda de que integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985, entre otras). Por otra parte, en la medida en que la mayoría configura los derechos de los animales como parte integrante de bienes jurídicos colectivos (el equilibrio de los ecosistemas, los sentimientos, el orden público en sentido amplio, etc), sus posibilidades de ejercicio se interpretarían en este caso de manera aún más amplia de lo que ya de suyo viene interpretándose por la jurisprudencia ordinaria y constitucional. En estos supuestos estaríamos, en opinión de la doctrina mayoritaria, ante uno de los casos en que lo afectado serían «intereses difusos», por lo que, como afirma la STS Sentencia 363/2006 de 28 de marzo, «al no tener un titular concreto, sino que su lesión perjudica, en mayor o menor media, a toda una colectividad, (...) intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo y corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter delictivos. Pertenecen a la comunidad en general y por ello –como precisa la STS de 5 de abril de 2002– la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular» (FJ 31). Precisamente por ello, tratándose de bienes jurídicos de esa naturaleza, se admite la legitimidad de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral sólo a instancias de la misma aunque el Ministerio Fiscal se oponga (SSTS 168/2006 de 30 de enero, 8/2010 de 20 de enero, 842/2021 de 4 de noviembre) o, incluso, cabe excepcionar la regla general según la cual las costas de la acción popular no pueden repercutirse en la parte condenada cuando existe una acción pública ejercitada por el Ministerio Fiscal (STS 125/2016, de 22 de febrero). Por lo demás, hoy es doctrina jurisprudencial completamente consagrada que dicha acción puede ejercitarse no sólo por personas físicas, sino también por personas jurídicas, públi-

cas o privadas, sin que, por otra parte, aún si se exigiera la concurrencia de un interés distinto del común y general, puedan existir dudas de que las que defienden intereses medioambientales o animalistas en sentido amplio ostentan interés legítimo en ejercerla (SSTC 241/1992, 34/1994, 67/2011, entre otras). No obstante, la acusación popular en estos casos deberá soportar dos importantes limitaciones: de un lado, su falta de legitimación para solicitar la responsabilidad civil, doctrina que, sin embargo, matizó acertadamente el TS en el caso del síndrome tóxico aceptando las pretensiones indemnizatorias de la OCU en relación con algunos afectados por entender que, tratándose de una asociación destinada precisamente a la defensa de los intereses de los perjudicados, tenía legitimación para ello (STS 895/1997, de 26 de septiembre)²¹. Por otra parte, salvo que el ejercicio de la acción popular se realice en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento²² —o equivalente— será necesaria la prestación de fianza, que, en todo caso, deberá ser, por exigencias constitucionales, proporcionada a sus capacidades económicas de quien la ejercita, de modo que dicho requisito no se alce, de facto, como un obstáculo al ejercicio de la acción (SSTC 62/1983, 113/1984, 147/1985, AATS 9 de mayo de 2013, 7 de mayo de 2018, 15 junio 2018, 14 octubre 2020, entre otras).

²¹ A juicio del TS «surge una distinción, que entendemos esencial, entre lo que debe considerarse en sentido amplio por «acción popular» y aquellas acciones o pretensiones, como la aquí examinada, que tienen un anclaje más directo con unos intereses inicialmente difusos pero que a la larga se traducen en intereses perfectamente individualizables FJ 11, c).

²² STS 363/2006 de 28 de marzo. En tales casos, tampoco será preciso para personarse la presentación de querella, ATS de 4 de diciembre de 2013.

124. COOPERACIÓN E INTEGRACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA: ENSEÑANZAS DESDE EL PAÍS VASCO

ANDRÉ LUIS DE LIMA MAIA¹

Asesor jurídico y mediador internacional especializado en compliance, cooperación y desarrollo

I. NOTA PERSONAL Y AGRADECIMIENTO: MEMORIA Y CONTINUIDAD

«La historia presente no está cerrada sino abierta a un futuro mejor, y su principal motivo es la dignidad de la persona humana»

Juan Pablo II²

Deseo expresar mi profundo agradecimiento a los Profesores del *Instituto Vasco de Criminología–Kriminologiaren Euskal Institutua* (IVAC-KREI), con sede en la ciudad de San Sebastián, por la amable invitación a participar con un artículo en el merecido Libro Homenaje al Catedrático y Presidente Honorario de la centenaria *Asociación Internacional de Derecho Penal*, con sede en París: el estimado Prof. Dr. José Luis de la Cuesta, con ocasión de su jubilación en septiembre del presente año 2026.

¹ Máster en Estudios Internacionales por la Universidad del País Vasco-UPV/EHU; Posgrado Interdisciplinario en Derechos Humanos por la Universidad Católica Portuguesa-UCP; y Licenciatura en Derecho por la Universidad del Sur de Santa Catarina-UNISUL.

² Juan Pablo II, Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, n.º 37, Roma, 30 diciembre 1987.

El Profesor José Luis de la Cuesta fue maestro y amigo de mi padre, el Profesor y Fiscal brasileño del Estado de Paraná, Cândido Furtado Maia Neto (*in memoriam*), durante su estancia investigadora en Villa Soroa entre los años 2001 y 2005. En aquel período, mi padre desarrolló su investigación postdoctoral sobre justicia penal y derechos humanos de las víctimas de crímenes, cuyos aprendizajes y reflexiones fueron posteriormente aplicados en Brasil, contribuyendo a la obtención de Mención Honorífica en la *V Edición del Premio Innovare*³ – «Justicia para todos», en el año 2008.

Asimismo, el Prof. José Luis de la Cuesta ha sido un asiduo colaborador en congresos y trabajos académicos publicados en América Latina. Entre ellos, recordamos muy especialmente su presencia en Foz de Iguazú, así como su participación en la mesa redonda *Justiça restaurativa e suas possibilidades no Direito Penal atual*⁴, celebrada el 3 de septiembre de 2014 en la ciudad de Curitiba en el *Ministerio Público del Estado de Paraná* (MP-PR), donde su intervención dejó una huella intelectual duradera.

Su relación con distintas generaciones de juristas –entre ellas la mía y la de mi padre, a quien tuvo como alumno y prologó una de sus obras⁵– constituye un ejemplo elocuente de esa continuidad intelectual que caracteriza a las mejores tradiciones universitarias. Más allá de los contenidos impartidos, su magisterio se distinguió por el respeto al pensamiento crítico ponderado, el coraje en la defensa de los grupos vulnerables y de las víctimas del terrorismo, el compromiso frente a la corrupción, la apertura al diálogo y la fidelidad a los principios fundamentales del Derecho Penal democrático.

Esa continuidad se vio renovada años después con su participación en un tributo a la memoria de mi padre, tras su prematuro fallecimiento en 2018, ocasión en la que el Profesor contribuyó con un artículo sobre *justicia restaurativa*⁶. Su aportación a dicho volumen representó no solo un gesto de genero-

³ El Premio Innovare es un reconocimiento anual de ámbito nacional, creado por el Instituto Innovare, que distingue prácticas transformadoras en los distintos sectores del sistema de justicia brasileño. Para más información: <https://www.premioinnovare.com.br/>

⁴ Vid., CAOPCAE/MPPR, *Mesa redonda: «Justicia restaurativa y sus posibilidades en el Derecho Penal actual»*, con la participación del Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Centro de Estudios y Perfeccionamiento Funcional (CEAF), Ministerio Público del Estado de Paraná, 3 de septiembre de 2014, está disponible en YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=LmPZ71-4GUo>

⁵ Vid., esencialmente, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Prólogo» a Maia Neto, Cândido Furtado, *Direitos Humanos das Vítimas de Crimes. Filosofia Penal e Teoria Crítica à Luz das Reformas Processuais Penais*, Juruá Editora, Curitiba, 2014.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. & GERMÁN MANCEBO, I. «Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España», en: *Francis - Yearbook of Legal Sciences and Human Rights: Tribute to Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto*, vol. 1, n.º 1., 2024.

sidad académica, sino también una manifestación de coherencia institucional y de lealtad a una manera de entender la ciencia jurídica como espacio de encuentro, memoria y responsabilidad compartida.

Ahora, en el marco de este Libro Homenaje, esta referencia personal se integra como testimonio de una forma de ejercer el magisterio universitario que deja huella más allá de los textos y de las instituciones. Se trata de un legado que permanece vivo en quienes han sido formados positivamente bajo su influencia directa o indirectamente, y que continúa proyectándose en iniciativas académicas comprometidas con una concepción humanista, cristiana, crítica y responsable del Derecho.

II. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL TEMA

«El camí per a la reparació integral del dany passa, en molts supòsits, pel diàleg, l'assumpció de la consciència i la reconciliació»

Esther Giménez-Salinas i Colomer⁷

La cooperación y la integración institucional se han consolidado, en las últimas décadas, como elementos indispensables para el desarrollo de modelos de justicia capaces de responder de manera eficaz y legítima a la complejidad de los conflictos contemporáneos en un mundo progresivamente interconectado. En este escenario, la *Justicia Restaurativa* ha emergido no solo como alternativa frente a los sistemas penales tradicionales –frecuentemente tensionados o en crisis⁸–, sino como un nuevo paradigma que invita a repensar el sentido de la intervención jurídica, situando en el centro a las personas, el diálogo y la reconstrucción de los vínculos sociales, a través de la responsabilización de las conductas, la reparación de los daños causados, el perdón, la reintegración y la prevención de nuevas formas de violencia.

En otras palabras, la justicia restaurativa se presenta también como respuesta a los «sentimientos de frustración e insatisfacción experimentados por

⁷ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «La reconciliació: una visió des de la justícia restaurativa», en *Debats*, Fundació Joan Maragall, 2019, p. 52.

⁸ MAIA NETO, C. F. & DE LIMA MAIA, A. L.: «Crise na Repressão Penal Estatal e os Direitos Humanos. Prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória. Uma perspectiva de Justiça Restaurativa versus Vingança Pública». *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Ano 2 - Número 2, Agosto de 2017.

quienes han sufrido una conducta delictiva»⁹ –víctimas directas e indirectas– dentro de sistemas judiciales que, con frecuencia, han privilegiado una lógica eminentemente retributiva, centrada casi exclusivamente en el castigo. La exclusión de la víctima del proceso penal tradicional ha generado una percepción de distancia institucional y de insuficiencia ética que exige una humanización del sistema de justicia, capaz de reconocer el daño, escuchar las voces afectadas y ofrecer espacios reales de participación y reparación.

Por otra parte, la ruptura del pacto social producida por el delito suele alimentar una sensación persistente de inseguridad y de impunidad que conduce a concebir la pena privativa de libertad como un castigo necesario y, además, cruel. Sin embargo, la misma sociedad que reclama mayor rigor punitivo exige, al mismo tiempo, que quien ha cumplido su condena regrese plenamente rehabilitado. Esta tensión revela una contradicción estructural: no es posible aspirar a la reintegración social efectiva mediante respuestas exclusivamente retributivas, como tampoco los modelos extremos de castigo han demostrado reducir de forma sostenible los índices de criminalidad¹⁰.

En el plano internacional, las Naciones Unidas¹¹ han contribuido a ampliar la comprensión del concepto de víctima, incluyendo no solo a quienes sufren directamente el delito, sino también a sus familiares, personas cercanas y quienes padecen daños morales y económicos al intervenir para asistir o prevenir la victimización, con independencia de que el autor del hecho sea identificado, procesado o condenado. Esta perspectiva refuerza la idea de que la justicia no puede agotarse en la sanción penal, sino que debe incorporar mecanismos que reconozcan y atiendan el impacto humano del delito en su dimensión individual y colectiva.

En este contexto general, la experiencia del País Vasco ofrece un marco particularmente significativo para el análisis de estos procesos. A través de un entramado institucional caracterizado por la cooperación entre distintos niveles de gobierno, operadores jurídicos y actores sociales, así como por el desarrollo de investigaciones avanzadas impulsadas por el *Instituto Vasco de Criminología*¹² y la *Sociedad Vasca de Victimología*¹³, se ha configurado un

⁹ ALONSO, C.: *La mediación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018, p. 16; IGARTUA, I.: *Justicia penal restaurativa y justicia penal negociada, retórica y práctica. Estudio empírico del programa de mediación intrajudicial penal en Bizkaia*, Tesis doctoral, Bilbao: UPV/EHU., 2017, p. 6.

¹⁰ *Vid.*, en este punto, la concepción de MAIA NETO, C. F.: «Los presos son personas de la sociedad y deben regresar a ella», entrevista concedida al diario *Deia*, Gipuzkoa, 28 de junio de 1995, p. 24.

¹¹ Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

¹² <https://www.ehu.eus/es/web/ivac>

¹³ <https://www.sociedadvascavictimologia.org/>

modelo que articula memoria, verdad y reparación. El cese de la actividad terrorista de ETA no significó el fin de la victimización ni de sus consecuencias sociales e institucionales. La construcción de una convivencia pacífica ha requerido situar a las víctimas en el centro del proceso, garantizando verdad, justicia, memoria y reparación integral pensada a largo plazo.

Como explica el Prof. José Luis de la Cuesta, la paz duradera no depende únicamente del cese de la violencia, sino de la credibilidad de las respuestas institucionales ofrecidas a las víctimas; sin el reconocimiento efectivo del sufrimiento injustamente causado, no puede hablarse de consolidación democrática consistente¹⁴. Esta afirmación subraya que la justicia restaurativa, lejos de debilitar el Estado de Derecho, puede fortalecerlo cuando se integra de manera coherente con las garantías fundamentales de las víctimas¹⁵, de la sociedad en general y también del acusado.

En este sentido, el presente trabajo se propone examinar algunas de las principales enseñanzas que pueden extraerse de dicha experiencia en materia de justicia restaurativa, con especial atención a los mecanismos de cooperación e integración que han hecho posible su implementación y consolidación. *La naturaleza innovadora del modelo restaurativo suele enfrentar resistencias derivadas de inercias institucionales y de temores relacionados con la pérdida de control sobre el proceso y sus resultados*¹⁶. Su correcta aplicación implica redefinir la interacción entre justicia restaurativa y proceso judicial, acompañada de una transformación paulatina de la cultura jurídica¹⁷, por lo que *no bastan las reformas normativas: es imprescindible superar prejuicios y promover una acción coordinada y cooperativa entre todos los intervinientes*¹⁸.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Convivència pacífica a Euskadi: perspectiva victimològica i de justícia restaurativa». *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (67), 31–45.

¹⁵ Vid., entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Reconocimiento y reparación de víctimas de graves vulneraciones de Derechos humanos y abuso de poder», en De la Mata Barranco, N.j./Pérez Machío, A.I. (Directores): *Personas vulnerables y tutela penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 194-203.

¹⁶ WALGRAVE, L., «Integrating criminal justice and restorative justice», en Johns tone & Van Ness (eds.), *Handbook of restorative justice*, Cullompton, Devon: Willan publishing, 2007, p. 575.

¹⁷ Esta cosmovisión puede verse desarrollada, entre otros, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. & GERMÁN MANCEBO, I., «Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España», en *Francis Yearbook of Legal Sciences and Human Rights: Tribute to Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto*, vol. 1, n.º 1, 2024, p. 354.

¹⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., PORRES GARCÍA, I., SÁNCHEZ RECIO, M., «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito», *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, Vol. 2, 2015, p. 130.

III. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

«Hay que continuar esta lucha; la víctima debe tener, al menos, los mismos derechos que el victimario, y es una batalla en la que todos estamos involucrados, pues nuestras probabilidades de ser víctimas son mucho mayores que las de ser criminales»

Luis Rodríguez Manzanera¹⁹

Desde una perspectiva jurídica y humanista, la justicia restaurativa puede entenderse como un modelo de justicia penal que atiende simultáneamente a los intereses legítimos de la víctima y de la persona infractora, reconociéndoles como sujetos de derechos y deberes dentro del sistema penal. No se limita a una respuesta punitiva orientada al pasado, sino que proyecta la intervención hacia el futuro, buscando restaurar el conflicto social generado por el delito mediante la asunción responsable de las conductas, la reparación del daño y la reconstrucción de los vínculos afectados.

Entre las prácticas restaurativas más extendidas se encuentra la mediación entre la víctima y la persona infractora, desarrollada a través de un proceso de diálogo confidencial facilitado por un tercero imparcial. En el ámbito penal, constituyen referentes tempranos las experiencias impulsadas en Ontario bajo el modelo de *Victim Offender Mediation*, así como las *Family Group Conferences* originadas en Nueva Zelanda, posteriormente extendidas a otros países²⁰.

Eso solo fue posible gracias a consolidación de la victimología como disciplina autónoma –especialmente tras la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (1985)– contribuyó decisivamente a situar a la víctima como sujeto central del proceso, titular del bien jurídico vulnerado y protagonista legítima del conflicto²¹. En esta misma línea, Antonio Beris-

¹⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: «Derecho Victimal»; ZAFFARONI, E. R.: «La mujer y el poder punitivo», en *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 33, núm. 1-2, 1995, p. 106.

²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. & GERMÁN MANCEBO, I. «Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España», en: *Francis - Yearbook of Legal Sciences and Human Rights: Tribute to Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto*, v. 1, 2024, p. 350.

²¹ MAIA NETO, C. F. & DE LIMA MAIA, A. L.. «Crise na Repressão Penal Estatal e os Direitos Humanos. Prioridades legais, garantias processuais-constitucionais e ética acusatória Uma perspectiva de Justiça Restaurativa versus Vingança Pública». *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Ano 2 - Número 2 - Agosto de 2017.

tain²² defendió tempranamente la necesidad de avanzar hacia un «Derecho Penal del Perdón²³», entendido no como negación de la responsabilidad, sino como apertura a un modelo más humano y restaurativo dentro del Estado de Derecho.

Frente a los modelos predominantemente retributivos, este paradigma sitúa en el centro no solo la infracción de la norma, sino el impacto real producido sobre las personas y la comunidad. La reintegración social solo es viable cuando quien ha cometido el delito comprende el alcance del daño causado y asume, libremente, el compromiso de no reiterar conductas ilícitas, mientras la víctima obtiene reconocimiento y reparación conforme a Derecho. No se trata, por tanto, de indulgencia, sino de una forma exigente de responsabilización ética y jurídica orientada a la cohesión social.

IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO

«La intervención penal armonizadora no debe plantearse sino cuando su necesidad parezca esencial (...) y siempre en pleno respeto de los principios recogidos en los Tratados»

José Luis de la Cuesta Arzamendi²⁴

La justicia restaurativa ha encontrado un respaldo progresivo en el ámbito internacional y europeo, donde se la concibe como una herramienta plenamente compatible con los principios del Estado de Derecho y con las garantías procesales.

Un punto de inflexión en esta evolución lo constituyen los *Principios Básicos para la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia*

²² BERISTAIN, A.: *De los delitos y de las penas desde el País Vasco*, Dykinson, Madrid, 1998.

²³ Conviene precisar que la expresión «Derecho Penal del Perdón», utilizada en sentido doctrinal y no normativo, no implica en modo alguno impunidad. Antes bien, alude a una respuesta penal eficaz orientada a la responsabilización del autor del delito, que presupone el reconocimiento de la culpabilidad y la reparación del daño causado a la víctima, incluso a través de mecanismos propios de la vía penal, como la pena pecuniaria o la atenuación por reparación, sin perjuicio del ejercicio de la correspondiente acción civil *ex delicto*. Se trata, por tanto, de una formulación de raíz humanista que busca integrar responsabilidad, reparación y reintegración dentro del marco del Estado de Derecho, y no de una renuncia al *ius puniendi*.

²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El proceso de integración penal europea», en *Adaptación del Derecho Penal Español a la Política Criminal de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 39.

Penal, aprobados por el Consejo Económico y Social²⁵ de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2002/12, de 24 de julio de 2002. Esta declaración, como ha señalado la profesora Gemma Varona Martínez²⁶, estuvo influenciada por la Recomendación n.º R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia penal, reflejando la convergencia temprana entre desarrollos europeos e internacionales.

El Consejo de Europa reafirmó esta orientación en la Recomendación CM/Rec (2018) 8, consolidando la justicia restaurativa como modelo compatible con los sistemas penales democráticos y orientado a estándares comunes de calidad y formación profesional.

Por su parte, la Unión Europea incorporó este enfoque a través de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, que constituye el marco de referencia en materia de derechos de las víctimas. Sin regular de forma exhaustiva la justicia restaurativa, reconoce su relevancia y establece pautas para su implementación, incluida la obligación de facilitar la derivación de casos a servicios restaurativos (art. 12). Su artículo 2.1.d) la define como un proceso basado en la participación voluntaria de la víctima y del infractor, con la asistencia de un tercero imparcial, confirmando así su inserción dentro de las garantías del sistema penal europeo.

De manera convergente, estos instrumentos subrayan la voluntariedad de las partes, la protección de los derechos fundamentales y la necesidad de una adecuada capacitación profesional. La justicia restaurativa aparece configurada no como una alternativa informal al Derecho Penal, sino como una práctica jurídicamente estructurada y sometida a criterios de control y evaluación.

En esta línea, como advirtió el Prof. De la Cuesta, las políticas penales europeas requieren una atención constante a las víctimas y una evaluación permanente de las respuestas adoptadas y de sus efectos, tanto principales como colaterales²⁷. Desde esta perspectiva, la justicia restaurativa se integra dentro de marcos normativos definidos y sometidos a criterios de legitimidad institucional.

²⁵ Aprobados sobre la base de trabajos previos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985; y el Consejo Económico y Social, Resolución 1999/26, 28 de julio de 1999, sobre medidas de mediación y justicia restaurativa en materia penal.

²⁶ VARONA MARTÍNEZ, G.: «Capítulo primero. Viajando en el tiempo para reparar victimizaciones graves con la apertura de caminos restaurativos», en *Caminando restaurativamente. Pasos para diseñar proyectos transformadores alrededor de la justicia penal*, Madrid: Dykinson, p 37.

²⁷ DE LA CUESTA, J. L.: «El proceso de integración penal europea», en *Adaptación del Derecho Penal Español a la Política Criminal de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 46.

V. EL PAÍS VASCO COMO ESPACIO DE COOPERACIÓN E INTEGRACIÓN INSTITUCIONAL

«Compete contribuir a que se reconozca más su protagonismo en el ágora social, política e incluso judicial»

Antonio Beristain Ipiña²⁸

La Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, reconoció por primera vez en España el acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa, configurándolos como complemento del proceso penal orientado a la reparación material y moral del daño. Su desarrollo práctico ha dependido en gran medida de los Protocolos de coordinación suscritos entre el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, cuyo despliegue no ha sido homogéneo en el conjunto del territorio.

En este marco, el País Vasco ha articulado un modelo propio mediante el *Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa* (2019), de carácter habilitante, que no restringe la derivación por tipología delictiva –salvo en los supuestos normativamente excluidos, como violencia de género y violencia sexual– y admite diversas modalidades restaurativas.

La experiencia del País Vasco constituye una de las realidades institucionales más desarrolladas en materia de justicia restaurativa en el contexto español. Desde la puesta en marcha de los primeros programas de mediación intrajudicial en 2007, se ha configurado un servicio público dependiente del Gobierno Vasco, con cobertura territorial amplia, derivación judicial formal y financiación pública periódica. El Servicio de Justicia Restaurativa articula prácticas restaurativas en distintas fases del proceso penal –incluidas mediación, círculos y conferencias–, con datos oficiales que reflejan porcentajes significativos de inicio de proceso y de acuerdos, especialmente en delitos leves y menos graves²⁹.

A ello se añade la existencia de programas específicos en justicia juvenil, en el ámbito penitenciario y en espacios extrajudiciales, así como la colaboración con entidades especializadas y con el Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco. Su Laboratorio de Teoría y Práctica de la Justicia Restaurativa desarrolla intervenciones en casos no judicializados y actividades de investigación, formación y evaluación. Este conjunto de iniciativas

²⁸ BERISTAIN IPIÑA, A.: «Los grupos vulnerables: su dignidad preeminente, victimal», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Universidade de Coimbra Editora, 2009, p. 1261.

²⁹ GEMME España, *La Justicia Restaurativa en España: Situación Actual y Perspectivas*, Informe del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), Madrid, 2024, pp. 35-45.

permite constatar la consolidación estructural de la justicia restaurativa en Euskadi dentro de parámetros compatibles con el sistema penal democrático y sus garantías³⁰.

Este desarrollo no puede comprenderse al margen de su contexto histórico. El cese de la violencia terrorista de ETA no supuso el fin de la victimización ni de sus efectos sociales e institucionales. De ahí la relevancia del Decreto 107/2012 y, especialmente, de la Ley 12/2016, que establecen vías específicas de reconocimiento para víctimas de abusos de poder, diferenciando estos supuestos de la victimización terrorista y respondiendo a las dificultades estructurales que enfrenta la jurisdicción penal para esclarecer tales hechos bajo las exigencias de la presunción de inocencia³¹.

La consolidación de una convivencia pacífica requiere no solo la reparación de las víctimas, sino también garantías efectivas de no repetición. Ello implica reformas institucionales, fortalecimiento de mecanismos de prevención –incluida la lucha contra la tortura y los malos tratos– y la promoción activa de una cultura de derechos humanos. La paz no se concibe como mera ausencia de conflicto, sino como un compromiso democrático permanente con la dignidad humana, la deslegitimación de la violencia política y la construcción colectiva de memoria y justicia³².

VI. ENSEÑANZAS DE LA EXPERIENCIA VASCA EN MATERIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

«Traer el pasado al presente para construir un futuro más justo, apoyando una reparación activa del ofensor por parte de una comunidad que también se hace cargo del daño, con sus causas y sus consecuencias»

Gema Varona Martínez³³

La experiencia vasca permite afirmar, con claridad conceptual, que justicia y venganza constituyen categorías incompatibles. Ello no implica la ausencia de respuesta penal, sino su reformulación desde parámetros distintos a la lógica exclusivamente retributiva. Como han señalado De la Cuesta y Ger-

³⁰ *Ibidem*.

³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2017). *Convivència pacífica a Euskadi: perspectiva victimològica i de justícia restaurativa*. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (67), 31-45.

³² *Ibidem*.

³³ VARONA MARTÍNEZ, G., «Justicia restaurativa y justicia terapéutica: hacia una praxis reflexiva de transgresiones disciplinares», en Pillado González, E. (dir.), *Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 32.

mán³⁴, la justicia restaurativa no suprime el ius puniendi, sino que propone una manera diversa de responder al delito, centrada en la responsabilización, el reconocimiento del daño y la reconstrucción del vínculo social.

Estas enseñanzas remiten al magisterio del Prof. Beristain³⁵, quien anticipó, desde la victimología y la nueva criminología³⁶, la superación de una concepción del Derecho Penal entendida únicamente como «código de los delincuentes». Para Beristain, el orden penal contemporáneo debía configurarse también como un «código de las víctimas», ampliando la noción tradicional de sujeto pasivo hacia una comprensión más extensa de la víctima –directa e indirecta– e incorporando la reparación como elemento estructural de la respuesta penal. Esta perspectiva sentó las bases de una justicia restaurativa orientada no a la mera compensación civil, sino a la reconstrucción ética y relacional del daño.

En la misma línea, Stephan Parmentier³⁷, al evocar la obra de Tony Peters³⁸ junto a la de Beristain, ha subrayado que las víctimas de crímenes internacionales requieren categorías analíticas propias que atiendan sus necesidades específicas de reconocimiento, reparación y justicia. Ambos autores situaron la dignidad de la víctima en el centro del debate criminológico, recordando que las violencias estructurales interpelan también a las democracias consolidadas y exigen respuestas institucionales coherentes con los derechos humanos.

Desde el plano estrictamente jurídico-procesal, los desarrollos doctrinales vascos han precisado las condiciones de legitimidad de la justicia restaurativa en el marco del proceso penal. Como sostienen Subijana Zunzunegui, Pórreres García y Sánchez Recio, su integración tras la Ley 4/2015 solo resulta compatible con el proceso debido cuando se aseguran garantías esenciales:

³⁴ DE LA CUESTA, J. L./GERMÁN, I.: *La justicia restaurativa en España*, Iustel, Madrid, 2022.

³⁵ Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Antonio Beristain Ipiña (04/04/1924-29/12/2009), jesuita ejemplar, Catedrático de Derecho Penal y fundador del Instituto Vasco de Criminología, fue una referencia internacional en la defensa de las víctimas del terrorismo y precursor de la justicia restaurativa en el ámbito europeo. Para una semblanza de su trayectoria y magisterio, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Antonio Beristain: Un maestro ejemplar», Instituto Vasco de Criminología, disponible en: <https://www.ehu.eus/es/web/ivac/beristain-maestro-ejemplar>.

³⁶ BERISTAIN, A.: *Nova Criminología a la luz del Derecho Penal y de la Victimología*, trad. Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Ed. Universidad de Brasília (UnB), 2000, pp. 191-192.

³⁷ PARMENTIER, S., «Necesidades y derechos de las víctimas de crímenes internacionales. Repasando la contribución del Prof. Tony Peters a la victimología», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 27, San Sebastián, 2013, pp. 81-92.

³⁸ Prof. Dr. Dr. h.c. Tony Peters, (1941-2012), fue Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología y Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología. Desde mediados de la década de 1980 orientó sus investigaciones hacia la Victimología, siendo reconocido como uno de los especialistas más destacados a nivel internacional en victimización derivada de la delincuencia violenta, mediación víctima-infractor y justicia restaurativa. Para una semblanza académica, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tony Peters», *Eguzkilore*, n.º 26, San Sebastián, 2012, pp. 283-285.

voluntariedad, confidencialidad, reparación efectiva, protección frente a la revictimización y respeto a la presunción de inocencia. Bajo tales presupuestos, la derivación puede producirse en las distintas fases del procedimiento –instrucción, enjuiciamiento y ejecución– sin menoscabo de las finalidades públicas de la intervención penal³⁹.

A su vez, Varona Martínez ha advertido que la justicia restaurativa no debe confundirse con una mera extensión terapéutica del sistema penal. Aunque pueda dialogar con modelos orientados a la solución de problemas, su fundamento radica en el principio de reparación integral y en la transformación relacional del conflicto, evitando su reducción a una lógica profesionalizada de tratamiento. Desde el denominado «paradigma de humanidad», formulado por Subijana, la legitimidad judicial no se agota en el resultado decisorio, sino que reside también en el modo en que se construye la respuesta, priorizando la dignidad y las necesidades humanas dentro del rigor jurídico⁴⁰.

En el ámbito penitenciario, esta concepción demuestra igualmente su coherencia con los fines constitucionales de la pena. La mediación y las prácticas restaurativas, integradas en programas de tratamiento, favorecen la asunción del delito, el reconocimiento del daño y el compromiso de no reincidencia, concretizando así el mandato de resocialización sin diluir la responsabilidad penal⁴¹.

La lección final que ofrece la experiencia vasca es, por tanto, de carácter estructural: la mera activación automática de la acción penal no constituye, por sí sola, una respuesta inteligente al conflicto. La política criminal exige una reflexión crítica orientada a la prevención y a la superación de inercias punitivas que, lejos de fortalecer la convivencia, pueden perpetuar dinámicas de exclusión. La justicia restaurativa, entendida en clave humanista, se presenta como una vía jurídicamente exigente y democráticamente coherente para traer el pasado al presente y construir un futuro más justo.

³⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.; PORRES GARCÍA, I.; SÁNCHEZ RECIO, M.: «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito», *Revista de Victimología | Journal of Victimology*, n.º 2, 2015, pp. 1-26.

⁴⁰ VARONA MARTÍNEZ, G.: *MOOC Justicia Restaurativa: praxis para la iniciación y seguimiento de proyectos*, Módulo 1: «Introducción a la Justicia Restaurativa», Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI), Universidad del País Vasco (UPV/EHU), disponible en: <https://www.ehu.eus/>

⁴¹ CERVELLÓ DONDERIS, V.: «Elementos restaurativos del cumplimiento penitenciario», *e-Eguzkilo-re. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 7, 2022, p. 21.

VII. CONSIDERACIONES FINALES: LEGADO Y FUTURO

Las enseñanzas vascas demuestran que la justicia restaurativa puede desarrollarse dentro de un sistema penal democrático sin menoscabo de las garantías del Estado de Derecho. Su carácter habilitante y no restrictivo ha permitido articular institucionalmente prácticas restaurativas con rigor jurídico y coherencia normativa, ofreciendo un referente para España y para otros contextos europeos y latinoamericanos.

La experiencia confirma que la justicia restaurativa no equivale a impunidad ni a debilitamiento del *ius puniendi*, sino a una forma distinta –y más exigente– de responsabilidad. Su implementación presupone voluntariedad, reconocimiento de los hechos, respeto a la presunción de inocencia y una adecuada estructura institucional. Más que una cuestión meramente técnica, supone una transformación cultural: superar una lógica exclusivamente retributiva para orientar la respuesta penal hacia la reparación, la responsabilización y la reconstrucción del vínculo social.

No se trata de sustituir el Derecho Penal, sino de enriquecer su sentido. Su correcta implementación exige un Estado sólido, inversión institucional, formación especializada y una cultura jurídica comprometida con reglas y principios. El verdadero desafío no es únicamente normativo, sino cultural. Durante siglos, la respuesta penal se ha identificado casi exclusivamente con la retribución; la experiencia vasca muestra que la acción penal no puede reducirse a un automatismo sancionador, sino que debe orientarse hacia la reconstrucción del conflicto social, la reparación del daño y la reintegración responsable.

Este horizonte encuentra raíces profundas en el magisterio de Antonio Beristain y en la proyección internacional de José Luis de la Cuesta, quienes situaron la dignidad de las víctimas y el principio de humanidad en el centro del Derecho Penal contemporáneo. Bajo esa tradición académica, el País Vasco ha consolidado un espacio de diálogo entre victimología, justicia restaurativa y políticas públicas, con proyección europea e iberoamericana. Hoy, bajo la dirección de Gema Varona Martínez en el Instituto Vasco de Criminología y en la Sociedad Mundial de Victimología, ese legado se proyecta hacia nuevas formas de articulación entre cultura democrática y justicia relacional.

Más allá de su dimensión territorial, Euskadi se ha convertido en un espacio de conocimiento y proyección internacional: *Eguzkilore*, la Sociedad Vasca de Victimología, los encuentros restaurativos sobre violencia política y el Simposio Mundial de Victimología celebrado en San Sebastián en 2022 son

■ UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR: AL SERVICIO...

expresión de una tradición académica y práctica que integra investigación, formación y aplicación institucional. Se trata de fuentes de saber que trascienden fronteras y dialogan con Europa y América Latina en términos de reciprocidad y aprendizaje mutuo.

Ese es el legado que la experiencia vasca proyecta hacia el futuro.

125. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: UNA APROXIMACIÓN¹

MARÍA DEL RÍO PEREDA
Profesora de Derecho Penal

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la extensa trayectoria académica de José Luis de la Cuesta, la justicia restaurativa ocupa un lugar relevante. Entre otros aspectos, no ha dudado en tomar posición en el intenso debate sobre la necesidad de limitar o no la aplicación de la filosofía restaurativa para determinadas categorías delictivas; o bien por la gravedad de los hechos, o bien por sus características particulares. En lugar de una exclusión automática por la gravedad del hecho, de la Cuesta ha propugnado el uso de la justicia restaurativa también para hechos delictivos de mayor gravedad, defendiendo que pueden darse las condiciones para poder hacer uso de una forma complementaria a la vía penal. Por ello, a diferencia de lo que sucede en la regulación actual, se aleja de la exclusión de raíz y sin una valoración individualizada de ciertas categorías delictivas^{2,3}.

¹ La presente publicación es parte del Proyecto PID2024-156089NB-I00 «Prisión y Derechos Fundamentales: hacia un modelo para el siglo XXI» financiado por MICIN/AEI/10.13039/501100011033.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Conclusiones», en De La Cuesta Arzamendi, J.L./Subijana Zunzunegui, I.J. (dirs)/Soletto Muñoz, H./Varona Martínez, G./Porres García, I.: *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 599-601.

³ La ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género estableció la prohibición de la mediación para los delitos de violencia de género en la pareja, y de manera más reciente la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de integridad de la libertad sexual introdujo una modificación al Estatuto de la Víctima del Delito, ampliando la prohibición de la mediación al campo de los delitos de violencia sexual.

Así, por ejemplo, ha defendido de forma expresa la utilización de la justicia restaurativa en casos de delitos complejos, como puede ser el delito de ecocidio o los delitos de terrorismo, en los que me detendré más adelante. Se trata de una visión clave ya que los delitos ambientales graves pueden generar victimización extensa, difusa y de muy difícil reparación. Ante las dificultades que presentan los mecanismos tradicionales para asegurar tanto la reparación de los daños ambientales, como la satisfacción de las víctimas, y a pesar de los retos y resistencias, la justicia restaurativa puede ser interpretada como un instrumento de protección del medio ambiente que sirva para superar el grave déficit de la aplicación de la protección penal ambiental⁴.

En el caso de los delitos de terrorismo, y partiendo del análisis de experiencias llevadas a cabo en el ámbito penitenciario, ha defendido el uso de la justicia restaurativa realizando propuestas para su correcto desarrollo, como, por ejemplo, analizando las salvaguardas necesarias para minimizar los riesgos de revictimización⁵. Y es que, en el ámbito de la ejecución penitenciaria, de la Cuesta ha destacado que la justicia restaurativa no solo puede contribuir a la reparación de la víctima, sino que puede tener relevancia en el marco del tratamiento penitenciario y producir efectos⁶.

Se trata, tan solo, de algunas de las ideas defendidas por José Luis de la Cuesta entorno a la justicia restaurativa. Ideas que comparto, y que tomo como base para el presente artículo. Este pretende ser una aproximación al uso de la justicia restaurativa en el caso de la ejecución de la pena, prestando especial atención a la ejecución penal en el caso de los delitos de terrorismo.

II. CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: ENTRE EL MINIMALISMO Y EL MAXIMALISMO

La justicia restaurativa en el ámbito de la justicia penal no es una mera propuesta teórica, su aceptación ha ido creciendo gracias también al impulso

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Funciones y Límites del Derecho Penal del Ambiente: directrices de la Asociación Internacional de Derecho Penal», en *Acta Jurídica Peruana*, 4(2), 2022, pp. 31-42. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Ecocidio y Justicia Restaurativa», en Varona Martínez, G. (coord.): *Criminología verde: alternativas a la impunidad y al punitivismo ante los daños bio-socio-ecológicos/ Green Criminology: alternatives to impunity and punitivism facing bio-socio-ecological harms*, Madrid: Dykinson, 2025, pp. 19-44.

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./VARONA MARTÍNEZ, G.: «Justicia restaurativa y victimización terrorista: cuestiones críticas y salvaguardias prácticas», en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.)/MAYORDOMO RODRIGO, V./PÉREZ MACHÍO, A. I./VARONA MARTÍNEZ, G. *Terrorismo e Impunidad. Significado y respuestas desde la justicia victimal*, Paracuello del Jarama (Madrid): Dilex, 2014, pp. 87-99.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./GERMAN, I.: *La justicia restaurativa en España*, Madrid: Iustel, 2022.

de distintos organismos internacionales, que han aportado diferentes perspectivas y definiciones al respecto.

Sin embargo, sigue sin ser sencillo adoptar una definición única. La principal diferencia radica en si el foco se sitúa en el uso de herramientas restaurativas, es decir, en aspectos más ligados al ámbito procesal, o el centro pasa a ser los objetivos y resultados a obtener. Naciones Unidas, en sus Principios Básicos, configura la justicia restaurativa como una «metodología», y se centra en el «proceso restaurativo», definido de la siguiente manera:

«Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con la ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias»⁷.

Esta propuesta centrada en el proceso ha sido definida como «minimalista», y se circunscribe al uso de las medidas restaurativas. Pero no se puede olvidar el enfoque tampoco «maximalista», que más allá de la defensa de las herramientas tradicionales, se centra en las consecuencias y en la interpretación de los aspectos fundamentales del Derecho Penal, abordados desde una concepción restaurativa de mayor alcance. Por lo que entiende que los objetivos de reparación del daño individual y social deben proyectarse sobre todas las intervenciones que tengan como objetivo remendar el daño causado.

En esta misma línea, Walgrave considera que la justicia restaurativa es «una opción para hacer justicia después de la ocurrencia del delito que se orienta principalmente a reparar el daño individual, relacional y social causado por ese delito»⁸.

Lo que el autor realmente propone, por lo tanto, es la interpretación de la filosofía restaurativa como un principio rector que, a su juicio, debe influir en el sistema de justicia penal en su totalidad. Por lo tanto, aunque el objetivo principal siga siendo la promoción de un proceso voluntario para responder a un delito, se entiende que cuando la participación voluntaria no es posible, la justicia restaurativa puede seguir utilizándose mediante el uso de sanciones restaurativas⁹.

⁷ Naciones Unidas: Resolución 2002/12 Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

⁸ WALGRAVE, L.: *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Londres: William Publishing, 2008, p. 21.

⁹ WALGRAVE, L.: «On restoration and punishment: Favourable similarities and fortunate differences», en Morris, A./Maxwell, G. (ed.), *Restorative justice for juveniles: Conferencing, mediation and circles*, Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 17-37.

Esta concepción «maximalista» ha ido ganando aceptación e influencia. No solo en el mundo académico, sino también en los organismos internacionales. Así, por ejemplo, ha permeado en el Consejo de Europa cuya Recomendación de 2018 relativa a la justicia reparadora en materia penal reconoce que, a pesar de que la justicia restaurativa se haya caracterizado por el diálogo entre la víctima y la persona infractora, puede haber otras prácticas diseñadas de manera que cumplan los principios básicos de la justicia restaurativa ¹⁰.

Por lo tanto, es importante diferenciar las herramientas restaurativas, de la filosofía restaurativa y ser conscientes también de su capacidad transformadora, incluso a pesar de las dificultades propias del ámbito penitenciario.

III. MARCO NORMATIVO Y REALIDAD PRÁCTICA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Más allá de debates teóricos, como veremos a continuación, la justicia restaurativa ha ido adquiriendo presencia en la legislación, pero sobre todo en las experiencias prácticas, cada vez más consolidadas.

La primera referencia expresa a la «justicia restaurativa» aparece, por primera vez, en la normativa española en el año 2015, en la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito que, con retraso, traspasó la Directiva de la UE del año 2012 que establecía las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos como uno de los derechos de las víctimas vinculado a la participación en el proceso ¹¹. El Estatuto regula las condiciones generales de acceso a los «Servicios de justicia restaurativa», que se configuran como un complemento del proceso penal y se orientan a que la víctima obtenga una adecuada reparación material y moral.

En ese mismo año, se reformó el Código Penal para recoger en su artículo 84 una previsión específica que reconoce efectos directos a la mediación. En concreto, en relación a la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de las penas de prisión no graves. Ya que el juez puede condicionar la suspensión

¹⁰ Consejo de Europa: Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.

¹¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Unión Europea: Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L315, de 14 de noviembre de 2012, 57-7.

de la pena al «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación»¹².

A pesar de los tímidos avances, la regulación actual sigue siendo insuficiente. Tal y como se ha dicho, las condiciones de acceso cuentan con una primera regulación en el artículo 15. Sin embargo, no se regula ningún otro elemento fundamental, como podría ser la incidencia de la participación en procesos de justicia restaurativa en la declaración de responsabilidad, en el proceso o en el plano penitenciario¹³.

A pesar de las mencionadas escasas las previsiones normativas, las prácticas restaurativas continúan desarrollándose e institucionalizándose. En ese sentido, es necesario tener en cuenta los protocolos suscritos por el Consejo General del Poder Judicial con algunas Comunidades Autónomas, en los que se pueden encontrar también mayores precisiones regulatorias. En concreto, el convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de mediación intrajudicial cuyo objetivo principal es «el impulso, promoción y divulgación de la mediación intrajudicial y de otras formas adecuadas de resolución de conflictos como fórmula alternativa y complementaria al proceso judicial»¹⁴.

IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

A pesar de que a nivel internacional ha dejado de ser una anomalía, el uso de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, sigue sin ser del todo pacífica. Y es que la prisión presenta obstáculos estructurales significativos vinculados a su naturaleza coercitiva, así como a su subcultura interna, que dificultan el encaje de principios restaurativos como la voluntariedad o el diálogo.

Por eso, más allá del análisis sobre prácticas o experiencias restaurativas concretas en el ámbito penitenciario, es necesario, al menos, mencionar algunos de los debates de fondo que condicionan de manera significativa cualquier aproximación a la materia. En primer lugar, se encuentra, como se decía, el

¹² Ley Orgánica 1/2025, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./GERMÁN MANCEBO, I.: «Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España», en *Francis Yearbook of Legal Sciences & Human Rights*, vol.1, n.1, 2024, pp. 348-366.

¹⁴ Convenio de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi en Materia de Mediación Intrajudicial, el 30 de noviembre de 2021.

dilema sobre la compatibilidad o no de los principios y las prácticas restaurativas con el marco penitenciario. Y es que algunos autores advierten de que, en muchos sentidos, la justicia restaurativa y la prisión se basan en principios antagónicos, y de que el uso de prácticas restaurativas, lejos de aportar cambios transformadores al ámbito carcelario, pueden suponer, en el fondo, una vía para legitimar un modelo penitenciario desactualizado e, incluso, para volverlo más atractivo. Sin embargo, sin negar dichas dificultades, otras posiciones se centran en el hecho de que la justicia restaurativa puede conllevar un impacto positivo, tanto en la experiencia penitenciaria, como en el trabajo en prisión. En ese sentido, y teniendo en cuenta que, a pesar de la necesidad de superar la pena de prisión, esta sigue siendo la sanción penal principal, apuestan por dar espacio a las mejoras que pueda aportar la justicia restaurativa¹⁵.

Otro de los debates, muy ligado al anterior, que considero de especial transcendencia, es hasta qué punto puede tener incidencia real la puesta en marcha de prácticas restaurativas en prisión si la filosofía restaurativa no se integra de forma transversal en la organización y en la cultura de la prisión. Volvemos de nuevo, por lo tanto, al debate entre las posiciones maximalistas y minimalistas antes mencionadas.

Por último, se ha debatido mucho y se han cuestionado los efectos de un proceso restaurativo en la fase de ejecución penal. Sin embargo, es claro que su aplicación se da en un momento posterior a la sentencia de condena, por lo tanto, necesariamente queda limitada la repercusión que pueda tener en la determinación de las consecuencias del delito.

A pesar de estos debates de gran calado, no suficientemente resueltos, la apuesta por parte de las instituciones por el uso de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario parece cada vez más asentada. Al menos, si se toman como referencia los documentos oficiales de planificación. Y es que, si el objetivo es maximizar el uso de la justicia restaurativa, será necesario llegar a un equilibrio, apostando por transversalizar la justicia restaurativa dentro de las prisiones, y por otro lado encontrando formas de gestionar las tensiones entre el encarcelamiento y la justicia restaurativa¹⁶.

Un ejemplo de ello es la «Propuesta técnica de líneas estratégicas para el establecimiento de un modelo penitenciario en Euskadi» elaborada por un grupo multidisciplinar de expertos constituido en noviembre de 2017 a iniciativa del Departamento de Trabajo y Justicia del Gobierno Vasco cuyo objetivo era

¹⁵ DHAMI, M. K./ MANTLE, G. /FOX, D.: «Restorative justice in prisons», en *Contemporary Justice Review*, vol. 12, no. 4, December 2009, 433-488.

¹⁶ JOHNSTONE, G.: *Restorative Justice in Prisons: Methods, Approaches and Effectiveness*, Council of Europe, 2014.

proponer las líneas estratégicas de un modelo penitenciario ante la expectativa de que se produjera la asunción completa de la competencia de instituciones penitenciarias, como finalmente sucedió en octubre de 2021. Momento en el que, el Gobierno Vasco asumió la ejecución de la legislación penitenciaria y la gestión de los centros penitenciarios.

Entre los seis principios básicos que el grupo consideró debería contener dicho modelo penitenciario, se encuentra el principio de incorporación de la perspectiva restaurativa. Acompañan a este principio otros de tanta relevancia como lo son: la dignidad de la persona, la reducción del uso de la prisión, la resocialización en el ámbito comunitario, la incorporación de la perspectiva de género, y la integración de políticas públicas. La pretensión era incorporar la perspectiva restaurativa en todo el sistema con un carácter transversal y en todas las fases del sistema penitenciario. Superando la perspectiva victimal y equilibrando los conceptos de reparación, responsabilización y participación de las personas afectadas¹⁷.

Con posterioridad, el documento «Bases para la implementación del modelo penitenciario en Euskadi» se configura como una hoja de ruta a seguir para la política penitenciaria, y se inspira en las resoluciones del Parlamento Vasco aprobadas el 13 de marzo de 2019. En él, la justicia restaurativa se configura como una línea de acción prioritaria, además de como un principio básico, y como un eje estratégico. La aspiración, por lo tanto, también en este documento, es que se vaya mucho más allá del uso de las tradicionales herramientas restaurativas, como la mediación¹⁸.

Otro documento necesario a considerar, y, en este caso, no circunscrito al ámbito penitenciario, es la «Estrategia Vasca de Justicia Restaurativa 2022-2025», un plan que tiene como objetivo el impulso de la justicia restaurativa, en torno a tres ejes: acceso a la justicia restaurativa; calidad conocimiento, y confianza en la justicia restaurativa; y cambio cultural. El primero de los tres ejes recoge que el acceso a la justicia restaurativa debe de estar disponible para todas las personas independientemente de la fase del proceso penal en la que se encuentren. Y de forma más específica establece que «el principio de justicia restaurativa se incorpora de forma transversal en la administración penitenciaria y se desarrolla programas específicos de justicia restaurativa en dicho ámbito»¹⁹.

¹⁷ Gobierno Vasco, Departamento de trabajo y justicia: *Propuesta técnica de líneas estratégicas para el establecimiento de un modelo penitenciario en Euskadi*, 2019.

¹⁸ Gobierno Vasco, Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales: *Bases para la implantación del modelo penitenciario en Euskadi*, 2021.

¹⁹ Gobierno Vasco, Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales: *Estrategia Vasca de Justicia Restaurativa 2022-2025*, 2022, p. 46.

Por lo tanto, también aquí, es clara la apuesta por la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario de forma transversal, más allá del uso de las herramientas restaurativas.

A pesar de que el uso de la justicia restaurativa en prisión no ha tenido la constancia que hubiera sido deseable, hay experiencias prácticas que abalan su uso. Probablemente las experiencias más conocidas de justicia restaurativa en prisión fueron las entrevistas individuales entre ex miembros de ETA y víctimas de delitos cometidos por ellos mismos o por otros miembros de la misma organización. La experiencia tuvo lugar entre mayo y diciembre de 2011 en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca, y contó con el amparo institucional de la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias²⁰. Aunque menos conocidas, se han llevado a cabo otras experiencias entre julio de 2021 y marzo de 2022 en las prisiones de Burgos y Logroño, impulsada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciaria, también en el marco penitenciario y en casos de violencia política. Se trata de un ámbito, que, por su excepcionalidad y la repercusión de las experiencias llevadas a cabo, merece un análisis particularizado.

Por otro lado, desde hace algunos años, ha habido diferentes iniciativas relacionadas con la justicia restaurativa en el marco de los programas de tratamiento, pero en los que no se impulsaba los encuentros entre víctima e infractor. Sin embargo, desde 2020 se trata de dar un paso más y comienzan a celebrarse encuentros restaurativos entre personas condenadas por distintos delitos y sus víctimas. La secretaria general de Instituciones Penitenciarias diseñó una metodología de «Encuentros Restaurativos Penitenciarios»²¹ con el objetivo de que pudieran ser replicados con éxito.

Por último, el Mapa de Justicia Restaurativa en Euskadi, que pretende dar cuenta de las experiencias de las prácticas restaurativas, destaca la labor de la asociación Berriztu y su Programa de Justicia Restaurativa en Centros Penitenciarios²². Esto advierte de la importancia que han tenido las asociaciones sin ánimo de lucro, y en muchos casos con la participación de personas voluntarias en el impulso de estos procesos.

²⁰ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: Documentos Penitenciarios 24. Intervención en justicia restaurativa: Encuentros restaurativos penitenciarios, Ministerio de Interior, 2020.

²¹ MACULAN, E.: «Encuentros restaurativos, petición de perdón y resocialización: replanteando los mecanismos restaurativos con condenados por delitos de terrorismo», en *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 26 (julio 2012), pp. 77-120.

²² Foro Vasco de Justicia Restaurativa: «Mapa de Justicia Restaurativa en Euskadi. Justizia Errestauratiboaren Mapa Euskadin», 2024.

V. EJECUCIÓN PENAL Y TERRORISMO: EL OBSTÁCULO DE LA «PETICIÓN DE PERDÓN» OBLIGATORIA

La estrategia de política criminal, en el caso de los delitos de terrorismo, ha estado vinculada no solo al endurecimiento de las penas, sino también al endurecimiento de la ejecución de las mismas. Destaca la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que acarreó una modificación del modelo penitenciario en el caso de la delincuencia grave, pero sobre todo respecto a los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales. La reforma tenía como objetivo intensificar la pena y dificultar la obtención del tercer grado y la libertad condicional. Es decir, llevar la excepcionalidad punitiva que ha caracterizado a los delitos de terrorismo hasta la ejecución de la pena^{23, 24}.

Tras la modificación, el artículo 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria incorporó como un requisito específico para la obtención de la libertad condicional y el tercer grado, en el caso de los delitos de terrorismo y en el caso de los cometidos en el seno organizaciones criminales. Se trata de la exigencia, no solo de que se haya cumplido el periodo de seguridad marcado por ley y de que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, sino también del requisito de abandonar los fines y medios terroristas, y colaborar activamente con las autoridades. Como medio de prueba para estos supuestos, el propio artículo propone la declaración expresa de repudio de las actividades delictivas y de abandono de la violencia, una petición expresa de perdón, o los informes técnicos que acrediten que el sujeto está realmente desvinculado de la organización.

A pesar de que hayan recibido numerosas críticas por parte de la doctrina, las condiciones específicas establecidas han permanecido inalterables hasta la actualidad. Es más, la práctica jurisprudencial ha ido estableciendo una interpretación todavía más restrictiva.

Muchos de los requisitos mencionados requerirían de un análisis detallado, tanto de sus características como de las consecuencias de su exigencia. Sin embargo, para el presente artículo resulta especialmente relevante la obligatoriedad de disculpas a las víctimas, debido a su relación directa con la justicia restaurativa. Resulta, además, especialmente significativo que la interpretación jurisprudencial haya convertido este requisito en imprescindible, lo que supo-

²³ GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de la ejecución penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

²⁴ Uno de los aspectos que resulta polémico de la reforma su aplicación de forma retroactiva, conforme a su Disposición transitoria única.

ne que el tribunal debe tener que comprobar su autenticidad, carácter personal y no utilitarista, y que proviene del arrepentimiento moral del delincuente»²⁵.

Entre las dificultades que entraña el requisito, preocupa especialmente la idea de que elimina de raíz la opción a una conducta espontánea y, además, en caso de darse le resta valor. Las víctimas pueden entender que el único objeto de una petición de perdón, aunque en el fondo sea sincera, es lograr beneficios penitenciarios²⁶. a pesar de que una petición de perdón pueda tener un valor esencial en un acuerdo restaurativo, la legislación penitenciaria supone un verdadero obstáculo. Se puede incluso llegar a afirmar que promueve un uso espúreo de los encuentros restaurativos; que los convierte en un mecanismo ritual, «en un teatro» que tiene un fin determinado.

Por lo tanto, el requisito de petición de perdón, para lograr la evolución penitenciaria, condiciona de manera significativa el uso de herramientas de justicia restaurativa, y su encaje es, sin duda, controvertido.

En este sentido, Elena Maculan propone que la exigencia pueda cumplirse con la participación en encuentros restaurativos, lo que ayudaría, según su criterio a darle un sentido a la condición. En cualquier caso, es muy consciente de los problemas que conllevan esta decisión. Comenzando con la necesidad de mantener la voluntariedad como requisito fundamental, y dejando claro que los encuentros restaurativos no deben necesariamente concluir con una petición de perdón. Esta interpretación generaría, cuanto menos, tensiones con el principio de legalidad y requeriría, además, revertir los pasos que se han ido dando por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Sin contar, como ya se ha explicado, con las dificultades de desentrañar los verdaderos motivos de la participación²⁷.

A pesar de entender los motivos de la argumentación planteada, considero que aunque la justicia restaurativa como principio puede inspirar muchas instituciones del Derecho Penal, no puede hacerlo con todas. Este caso es un ejemplo claro de ello, y es que su fundamento lo dificulta ya que parten de filosofías contrapuestas. Estamos ante una clase de conducta postdelictiva que

²⁵ GIL GIL, A.: «El requisito de "petición expresa de perdón a las víctimas" ¿signo de la progresión personal en el proceso de resocialización?», en *Revista General de Derecho Penal*, 35, 2021.

²⁶ GARRO CARRERA, E.: «Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración», en *Indret*, 1/2013. Tanto por parte del Juzgado Central de Vigilancia penitenciaria como por parte de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, se está incorporando la exigencia de participación en programas de justicia restaurativa como requisito para la concesión de permisos, el mantenimiento de los mismos o el mantenimiento de la libertad condicional.

²⁷ MACULAN, E.: «Encuentros restaurativos, petición de perdón y resocialización: replanteando los mecanismos restaurativos con condenados por delitos de terrorismo», en *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 26 (julio 2012), pp. 77-120.

ahonda en aspectos internos más que en proyección externas, y sobre todo se le quiere dotar de una capacidad transformadora que no concuerda con la fase en la que se ha cumplido ya prácticamente toda la condena²⁸. Se trata por lo tanto de una limitación insalvable que es necesario replantear.

VI. CONCLUSIONES

El artículo pretende ser una primera aproximación al uso de la justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, prestando especial atención delitos de terrorismo. De forma somera las conclusiones obtenidas son las siguientes:

1. Se debe apostar por un enfoque individualizado, sin entender que la gravedad del delito o sus especiales características sean un impedimento absoluto para el uso de la justicia restaurativa.

2. Cada vez es más palmaria la necesidad de una reforma legislativa integral. Ya que, si bien el Estatuto de la Víctima del 2015 y la reforma del Código Penal del mismo año supusieron un avance, resulta inaplazable una regulación que defina los efectos jurídicos de las prácticas restaurativas.

3. La justicia restaurativa ha demostrado que tiene cabida en el ámbito penitenciario, pero para que pueda desarrollar su potencial debe integrarse de forma transversal. Sin que se trate de un programa aislado, sino más bien un principio rector que transforme la cultura penitenciaria.

4. Es imprescindible preservar la esencia restaurativa. Por eso, para que los encuentros en delitos de terrorismo sean efectivos, es crucial proteger el principio de voluntariedad. La obligatoriedad legal de pedir perdón para obtener beneficios puede desvirtuar el proceso restaurativo, convirtiéndolo en un trámite burocrático en lugar de un acto de reparación genuino.

5. A pesar de que los procesos restaurativos tengan como objeto la reparación individual y también la reparación social del daño, los encuentros restaurativos penitenciarios deberían centrarse en la gestión de las consecuencias del caso concreto. Sin obviar el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, pero abstrayéndose de objetivos políticos o colectivos, lo que no significa que las partes no puedan con posterioridad decidir hacer pública su experiencia como contribución a una convivencia democrática plena.

²⁸ GARRO CARRERA, E. «Tercer grado y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y le derecho a no incriminarse. La gestión penitenciaria del final de ETA», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017.

126. LA INTERACCIÓN ENTRE LAS CIENCIAS PENALES¹

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS

Hay personas cuyo consejo y buen criterio se hacen imprescindibles. Si todas esas cualidades se activan dentro de una muy larga amistad, puede comprenderse la satisfacción que me produce poder participar en el homenaje académico a esa persona.

Esa cercanía personal a José Luis de la Cuesta me ha permitido ser testigo de sus relevantes aportaciones al conjunto de las ciencias penales, las cuales se han extendido igualmente a importantes tareas de representación y gestión a nivel nacional e internacional. Mi contribución trata justamente de ese complejo mundo epistemológico en el que él se ha desenvuelto con gran rigor.

I. LA VISIÓN DESDE LOS ENFOQUES JURÍDICOS

1. Para v. Liszt, uno de los primeros y más destacados impulsores del concepto de ciencias penales, la criminología ocupaba un lugar destacado dentro de ellas. Constituía una de las tres disciplinas fundamentales, junto a la

¹ No es objetivo de este trabajo problematizar el concepto de «ciencia» referido a las disciplinas penales a las que nos vamos a referir. Se lo atribuimos a todas ellas en un sentido amplio, sin mayor profundización en él, y sin perjuicio de recoger algunas afirmaciones al respecto de autores que vamos a comentar e incluso algún matiz por nuestra parte, que se verán en su lugar. A título ejemplificativo, sobre el carácter científico de las ciencias sociales, BELTRÁN, M, *Ciencia y sociología*, Madrid: CIS, 1979, *passim*; sobre el carácter científico del derecho y de la dogmática jurídica, ATIENZA RODRÍGUEZ, M, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1991, pp. 185-304; sobre el carácter científico de la ciencia del Derecho Penal o dogmática penal, SILVA SÁNCHEZ, JM, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona: JM Bosch (ed.), 1992, pp. 149-162; sobre el carácter científico de la criminología, GARCÍA PABLOS, A, *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5.ª edic, 2014, pp. 54-74.

política criminal y la dogmática, y sin perjuicio de otras de menor relevancia, como la penología².

La política criminal era la encargada de diseñar estrategias eficaces de lucha contra la delincuencia, por más que esas estrategias las enfocaba nuestro autor en los efectos a lograr con la pena y la medida de seguridad en los delincuentes individuales. Ello le llevaba a poner toda su atención en el delincuente, más que en el delito cometido, y a preguntarse por cuáles eran los factores individuales y sociales que le habían conducido a delinquir. Semejante aproximación epistemológica suponía relevantes restricciones en las tareas a desempeñar por la política criminal: Por un lado, quedaban fuera de ella y de las ciencias penales, aun cuando era muy consciente de su excepcional importancia en la prevención de la delincuencia, las actuaciones de política social que se ocupan de contrarrestar los factores sociales generadores de delincuencia. Por otro lado, renunciaba a atribuir a la política criminal la misión de precisar cuáles deberían ser los intereses o bienes sociales cuya salvaguarda debía enmarcar la intervención penal, y cuáles las conductas que los afectaban de manera significativa. Tampoco había de determinar el sistema de responsabilidad, encargado de imputar tales conductas a determinadas personas, los delincuentes. La elección de los contenidos de tutela y la configuración de la responsabilidad penal quedaban plenamente en manos de la voluntad del legislador³.

La dogmática del Derecho Penal, por su parte, tenía dos tareas claramente definidas, estrechamente vinculadas al Derecho Penal producido por el legislador: debía desarrollar una técnica de interpretación de las previsiones de las leyes penales acorde con parámetros de razonabilidad y predictibilidad, y habría de ser capaz de construir un edificio conceptual que diera a los componentes de tutela, de responsabilidad y de sanción vigentes en el Derecho Penal una coherencia lógica y sistemática que reforzara su legitimidad.

La criminología se habría de ocupar fundamentalmente de averiguar las causas del delito y los efectos que se pueden lograr con las sanciones penales. Lo primero, atendiendo a sus causas psicológico-individuales y sociales, lo segundo diseñando penas y medidas de seguridad cuya imposición y ejecución fuera especialmente eficaz para prevenir en el futuro las conductas delictivas de las personas sancionadas. El fuerte componente transformador de la criminología se aprecia fácilmente si observamos que para nuestro autor la política

² En el análisis que sigue de v. Liszt me baso en mi artículo DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 20-12, 2018.

³ También, ciertamente, el sistema de sanciones, pero este condicionado por las aportaciones de la política criminal.

criminal no era inicialmente más que una parte, indiferenciada, de la criminología, de la que posteriormente se independiza⁴.

2. El punto de vista de Roxin es significativamente distinto, y se caracteriza por una concepción de la dogmática del Derecho Penal capaz de fagocitar en buena medida a la política criminal y a la criminología. Ello se aprecia ya cuando establece el elenco de disciplinas que pertenecen a las ciencias penales: Derecho Penal, derecho procesal penal, derecho de determinación de penas, derecho de ejecución penas, Derecho Penal juvenil, y criminología. Como se puede apreciar, la política criminal ni siquiera es mencionada y la criminología aparece como la única disciplina empírica frente al resto de disciplinas normativas⁵.

A su juicio, es fundamentalmente por intermedio de las tareas propias de la dogmática, a saber, la interpretación, conceptualización y sistematización del Derecho Penal vigente, como se logra luchar eficazmente contra el delito y el delincuente. Esa dogmática, que pone especial énfasis en el sistema de responsabilidad, nos pondrá de manifiesto, además, medios aún más eficaces para esa prevención de la delincuencia, y, por consiguiente, resultará determinante en la configuración del nuevo Derecho Penal por parte del legislador.

La criminología la concibe como una ciencia auxiliar de la dogmática del Derecho Penal. En principio, le atribuye las misiones tradicionales: el conocimiento de las causas de la criminalidad, y de las vías más adecuadas para reconducir al delincuente a la obediencia del derecho⁶. Pero enseguida se percibe que el interés de la criminología para las ciencias penales está muy condicionado por las necesidades de las disciplinas normativas. Así, la dogmática del Derecho Penal, que constituye la ciencia nuclear de todas ellas, marca el programa de la criminología. Es cierto que en sus primeros escritos el autor entiende que el presupuesto de las decisiones valorativas del legislador que darán lugar al Derecho Penal descansa sobre la realidad empírica sacada a la luz por la criminología⁷. Pero a medida que progresa en la conformación del sistema teleológico-funcional del Derecho Penal, son los criterios valorativos rectores del Derecho Penal, en especial de sus sistemas de responsabilidad y de sanciones, los que acotan cada vez más la realidad empírica relevante para

⁴ Véase Díez RIPOLLÉS, «El papel epistémico...», cit, pp. 2-7; 7-9, 15-22, 26-29; 9-15; 22-26. Los punto y coma separan las citas de los diferentes párrafos precedentes.

⁵ En el análisis que sigue de Roxin me baso en mi artículo, Díez RIPOLLÉS, J.L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 23-02, 2021.

⁶ En algún otro lugar, siguiendo a Kaiser, G, sostiene que su objeto es el delito, el delincuente, las actitudes sociales hacia el delito y el control de la delincuencia.

⁷ Y, ocasionalmente establecerá la secuencia lógica de criminología, política criminal, Derecho Penal.

el Derecho Penal. En consecuencia, la criminología ha de procurar seleccionar y presentar la realidad empírica de acuerdo con lo que tenga significado para las decisiones valorativas jurídico-penales, a cuya validación está tal realidad en gran medida destinada. Puede suceder, no obstante, que esa realidad empírica se resista a encajar en tales construcciones valorativas; eso obligará a descomponer tales criterios valorativos hasta niveles casuistas, de modo que finalmente la realidad empírica se acomode en la construcción conceptual.

La política criminal constituye un cajón de sastre donde se acumulan muy diversos criterios valorativos surgidos de la interpretación del Derecho Penal, del contenido de textos jurídicos de referencia complementarios, y del consenso jurídico-penal ilustrado. Todos ellos están destinados a ser utilizados por la dogmática en su labor aplicadora y creadora del Derecho Penal. En suma, la política criminal pasa a ser una parte de la dogmática. Esa idea de la política criminal conlleva su vaciamiento epistemológico. Yendo de más a menos, la política criminal deja de vincularse a las políticas públicas, la política criminal deja de jugar su papel en la creación y configuración del Derecho Penal, y la política criminal centra sus aportaciones en el sistema de responsabilidad, sin apenas atención a la determinación de los intereses que debe ser tutelados ni a la estructuración del sistema de sanciones⁸.

3. Este debate ha continuado, de manera especial centrado en las relaciones entre dogmática del Derecho Penal y política criminal.

Así, Binder asigna a la política criminal la tarea de buscar la eficacia en la lucha contra la delincuencia, mientras que su antagonista sería la política de derechos humanos. De esta, encargada de asegurar el respeto de las garantías individuales, se ocuparía especialmente la dogmática del Derecho Penal y, en cualquier caso, el legislador penal⁹. Por su parte, una escuela de pensamiento representada por Silva Sánchez, Robles Planas y Sánchez-Ostiz defiende una política criminal plenamente integrada en la dogmática del Derecho Penal, de la que constituiría un componente con fines específicos. Para Silva la política criminal aporta el enfoque de *lege ferenda* de la dogmática del Derecho Penal; para Sánchez-Ostiz se ocupa de identificar los criterios normativos configuradores del Derecho Penal; para Robles, los principios que deben regir a la política criminal, lo que llama la dogmática de la política criminal, surgen de la

⁸ Véase Díez RIPOLLÉS, «La política criminal...», cit, pp. 10; 9, 10-12, 14-18; 24-29; 12-14, 17-21. Los punto y coma separan las citas de los diferentes párrafos precedentes.

⁹ Véase BINDER, A., «El método de la política criminal visto desde Latinoamérica», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A.I.; García España, E., *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 67-73.

reflexión dogmática que arranca de la interpretación de la ley. En cualquier caso, para todos ellos la tarea fundamental de la política criminal es identificar los principios rectores del Derecho Penal¹⁰, lo que se ha llamado un enfoque principialista¹¹. No falta quien, como Miró Llinares, habiendo partido de un enfoque integrador de la política criminal en la dogmática, denominando a aquella dogmática creadora, ha evolucionado luego hacia una concepción en que una política criminal autónoma pasa a ser la disciplina central de las ciencias penales¹².

II. LA VISIÓN DESDE LA CRIMINOLOGÍA

1. Pero dejemos por el momento este último debate, sobre el que volveremos más adelante, y preguntémonos cómo se percibe el asunto que tratamos desde la criminología.

Los criminólogos muestran en estos momentos poco interés por el papel epistémico de su disciplina entre las ciencias penales. Las referencias al elenco de ciencias penales propuesto por v. Liszt, seguido de un modo u otro por numerosos penalistas, son escasas y suelen estar presentes en algunos criminólogos de procedencia jurídica¹³. En términos epistemológicos, la principal preocupación de los criminólogos ha sido afirmar la autonomía de la criminología frente a otras disciplinas científico-sociales como la sociología y la psicología,

¹⁰ Véanse SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona: Atelier, 2018, pp. 26-28, 54, 57-59; del mismo, *Derecho Penal. Parte general*, Las Rozas: Cívitas, 2025, pp. 514-515, 542, 548-549, aunque ahora con matices importantes (véase infra); SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 26-42, 87-96; ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho Penal», en la Introducción de su edición española de v. Hirsch, Seelmann, Wohlers eds, *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 19-21, 47; del mismo, «Sobre política criminal y dogmática. Un diálogo con Díez Ripollés», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A.I., García España, E., *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 373-374.

¹¹ Véase MAÑALICH, J.P., «El principialismo político-criminal como fetiche», *Revista de estudios de la justicia*, n.º 29, 2018.

¹² Véase MIRÓ LLINARES, F., *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 161-163, 172-173, 176-183; del mismo, «¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A.I., García España, E., *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 698, 703.

¹³ Así, GARCÍA PABLOS, A., *Tratado*, cit. pp. 239-244. Una notable excepción es KAISER, G., *Kriminologie*, 3.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1996, pp. 4-5, si bien no se remite al concepto liszteano de «gesamte Strafrechtswissenschaft» sino al más neutral de «Kriminalwissenschaften». Véase una temprana crítica a esa pretensión liszteana, en SEELIG, *Tratado de criminología*, Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1958, pp. 41-43.

al tiempo que tomar postura sobre el calificativo de ciencia interdisciplinaria que se le pretende asignar¹⁴. En ese contexto, la explícita o implícita subordinación de la criminología a la ciencia o la dogmática del Derecho Penal, que expresan con frecuencia los penalistas, suscita un claro rechazo. Más bien la criminología, consciente de su autonomía, reivindica superar los límites que le pretende marcar el Derecho Penal, de lo que son dos buenos ejemplos el permanente debate sobre el concepto de delito a utilizar, o incluso si este concepto debe ser sustituido por el de desviación social, y la relevancia otorgada al control social informal¹⁵. Por lo demás, la criminología deja a esa ciencia del Derecho Penal poco más que los aspectos normativos e institucionales del control social formal penal, y aun respecto de esas instituciones de control formal reivindica para sí el análisis de su funcionamiento práctico¹⁶. En esas condiciones, la política criminal tiene serias dificultades para mantener su autonomía frente a una criminología que, cuanto más influida por una visión anglosajona, más se ve como una ciencia comprehensiva del conjunto de saberes que previenen la delincuencia¹⁷.

2. Un ilustrativo ejemplo de tal actitud nos lo suministran Loader and Sparks¹⁸. Estos autores insertan el actual debate público sobre política criminal en el marco de cinco modernos enfoques criminológicos. Así, según la corriente criminológica en la que nos desenvolvamos, ocuparán el primer pla-

¹⁴ Véanse, entre otros, GARCÍA PABLOS, *Tratado*, cit, pp. 63-74; SERRANO MAÍLLO, A, *Introducción a la criminología*, 6.ª ed, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 57-59; LARRAURI PIJOAN, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, 2.ª ed, Madrid: Trotta, 2018, pp. 27-28; E, REDONDO ILLESCAS, S, GARRIDO GENOVÉS, V, *Principios de criminología*, 5.ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 25-27, 30-31; LOADER, I, SPARKS, R, «Situating criminology: on the production and consumption of knowledge about crime and justice», en Maguire, M, Morgan, R, Reiner, R, *The Oxford Handbook of Criminology*, 5.ª edic, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 5-6, 10-11, 18-19; GÖPPINGER, H (BOCK, M), *Kriminologie*, 6. Aufl. München: C.H. Beck, 2008, pp. 37-40; KAISER, cit, p. 6.

¹⁵ Véanse GARCÍA PABLOS, cit, pp. 85-99; LARRAURI PIJOAN, cit, pp. 16-17, 19-20; REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, cit, pp. 25-27, 32-36, 38-40; SERRANO MAÍLLO, cit, pp. 68-79; GÖPPINGER (BOCK), cit, pp. 3-5; KAISER, cit, pp. 9, 207-235, 315-325, 353-355; NEWBURN, T, *Criminology*, Cullompton: Willan Publishing, 2009, pp. 6-11.

¹⁶ Véanse LARRAURI PIJOAN, E, cit, pp. 20, 25-26; LACEY, N, ZEDNER, L, «Legal constructions of crime», en Maguire, M, Morgan, R, Reiner, R, *The Oxford Handbook of Criminology*, 5.ª edic, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 160, 164; GÖPPINGER (BOCK), cit, pp. 44-45; KAISER, cit, pp. 3-4, 6-8. Las formulaciones amplias del ámbito epistemológico de la criminología se pueden ya retrotraer a Sutherland en los años 30 del pasado siglo; véase SUTHERLAND, E, CRESSEY, D, LUCKENBILL, D, *Principles of Criminology*, 11.ª ed, Lanham, MD: General Hall, 1992, pp. 3-5, 17-19.

¹⁷ Véanse diferentes aproximaciones a la relación entre criminología y política criminal, desde una mayor a una menor autonomía atribuida a esta última, en GARCÍA PABLOS, cit, pp. 239-244; KAISER, cit, pp. 1069-1078; SERRANO MAILLO, cit, p. 35; LARRAURI PIJOAN, cit, pp. 29-31, 209; GÖPPINGER (BOCK), cit, pp. 45-46; LARRAURI PIJOAN, E, CID MOLINÉ, J, *Teorías criminológicas*, 2.ª ed, Madrid: Bosch/La Ley, 2023, pp. 29-31; REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, cit, p. 84; LACEY/ZEDNER, cit, pp. 163, 175-178; LOADER/SPARKS, inmediatamente *infra*.

¹⁸ Véanse LOADER, I, SPARKS, R, *Public Criminology*, London: Routledge, 2011.

no unas u otras propuestas político-criminales: Común a la criminología empírica, la experta y la oficial sería la confianza en la fuerza inmanente a los datos empíricos, la importancia del respeto a las garantías individuales, la relevancia de los enfoques preventivos no punitivos, y el conveniente aislamiento de la política criminal del debate público. La criminología crítica, por su parte, prestaría especial atención a la identificación de los nuevos objetos de protección penal, los nuevos bienes jurídicos, mientras que la criminología del control centraría su discurso en advertir sobre las consecuencias socialmente negativas del discurso rigorista ¹⁹.

A su vez, la específica propuesta que Loader y Sparks hacen sobre los contenidos epistemológicos que corresponden a lo que pasan a denominar criminología pública es una clara muestra de ese afán comprehensivo de la criminología. Hablan de tres dimensiones o momentos de esta, el momento del descubrimiento, el crítico-institucional y el normativo. Corresponderían, respectivamente, a la generación de conocimiento empírico, al análisis y conocimiento de los rasgos del debate político-criminal, y a la incorporación de reflexiones sobre el significado de la justicia, del castigo proporcionado y de las garantías individuales. Asentado en esos tres pilares, el criminólogo ha de implicarse en el discurso público sobre la prevención de la delincuencia, no exigiendo una posición de privilegio, pero sí reivindicando un debate racional y argumentado, fundado en una política criminal deliberativa ²⁰.

No resulta difícil captar cómo la criminología pública propuesta por estos autores abarca dentro de sí, no solo la criminología, sino también a la política criminal y a la ciencia del Derecho Penal ²¹, en un contexto, por lo demás, en el que la política criminal constituye la referencia predominante ²².

Sin perjuicio de mi opinión sobre la relación entre las tres disciplinas, que pasaré a exponer unas líneas más abajo, estimo que un planteamiento como el de Loader y Sparks no capta debidamente las diferencias epistémicas entre ciencias empíricas (criminología), ciencias normativas (dogmática de Derecho Penal), y técnica política (política criminal); pues no parece que la criminología tenga las habilidades ni la capacidad para atender los tres frentes. Aunque los autores sí comprenden bien el papel central que corresponde a la política criminal.

¹⁹ Véanse LOADER/SPARKS, *Public Criminology*, cit. pp. 26-37, 71-114.

²⁰ Véanse LOADER/SPARKS, *Public Criminology*, cit. pp. 115-133, 143-146. En el mismo sentido, con ulteriores reflexiones, LOADER/SPARKS, *Situating Criminology*, cit. pp. 16-20, 26-33.

²¹ Quizás, respecto a esta última, con la excepción de su componente jurisdiccional.

²² Una valoración global de la postura de estos autores en LARRAURI PUJAN, cit. p. 29.

Más allá de eso, conviene advertir que una criminología autosuficiente terminará fácilmente por desconectar del mundo experto jurídico; de hecho, la propuesta que hemos visto quizás solo sea contextualmente comprensible a partir de una desconexión ya producida. Y eso permite anticipar dificultades para influir sobre el legislador, que es en último término el principal diseñador de la política criminal.

III. UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LAS CIENCIAS PENALES.

1. La exposición de mi postura personal sobre la interacción entre las ciencias penales debe arrancar de la consideración de la política criminal como el eje de estas, por más que ella no es propiamente una ciencia sino una técnica política.

La *política criminal*, en el marco del control social penal, ha de establecer los objetivos a conseguir, los programas de intervención penal a desarrollar en función de ellos, y las estrategias adecuadas para llevarlos a cabo. Todo ello en el marco de una política pública, la política criminal²³, que necesita para su concreción de conocimientos empíricos y normativos, suministrados en su mayoría por la criminología y por la dogmática o ciencia del Derecho Penal; que precisa para su puesta en práctica de diferentes instrumentos de intervención social, singularmente del Derecho Penal; y cuya implementación no es posible sin la participación de agentes sociales de muy diversa naturaleza (legisladores, policías, jueces, funcionarios penitenciarios o de ejecución de penas, trabajadores sociales, gestores...) con conocimientos, en especial jurídicos y criminológicos, en diferente medida.

En ese sentido, son tareas de la política criminal:

– Configurar el programa sustantivo penal, es decir, determinar los intereses a proteger por el Derecho Penal y la intensidad de su protección, determinar el sistema de exigencia y verificación de responsabilidad, determinar el sistema de sanciones, su imposición y ejecución, deslindar este programa de otros programas sustantivos de intervención social.

²³ Sobre la cuestión de si la política criminal es una política pública más, o si tiene algún elemento específico que obliga a considerarla de forma diferenciada del resto de políticas públicas, véanse referencias en Díez RIPOLLÉS, J.L., «El modelo politicocriminal de la inclusión social», *Boletín criminológico*, 8/2024, n.º 230, pp. 2-3.

– Configurar el programa operativo penal, esto es, construir y estructurar las diferentes instituciones de control penal y sus agentes. Ello implica distribuir funciones y competencias, y establecer criterios de actuación, entre las diferentes instituciones de control social penal, y regular el funcionamiento de los diferentes agentes del control social penal, desde el legislador hasta los agentes de ejecución de sanciones, pasando por la policía y la jurisdicción, entre otros.

– Configurar el programa sustantivo y operativo extrapenal, a saber, las funciones, competencias y criterios de actuación de las instituciones oficiales o sociales auxiliares del control social penal. Entre las primeras cabe destacar diferentes órganos del ejecutivo, así como la jurisdicción civil y administrativa. Entre los segundos, las organizaciones sociales de voluntariado, no gubernamentales o de carácter privado, activas en este ámbito²⁴.

– Promover estrategias de ejecución y puesta en práctica de esos programas mediante su concreción en un determinado modelo político-criminal. Lo que necesariamente supondrá priorizar ciertos contenidos programáticos frente a otros²⁵.

2. La *criminología*, por su parte, aporta conocimientos empíricos y técnicas para diseñar y desarrollar la política criminal. Más allá de las definiciones habituales sobre el objeto de la criminología²⁶, propongo una clasificación centrada en el contenido de sus tareas que, sin contradecir las anteriores enumeraciones, las amplía y las precisa:

– Conocimiento empírico sobre los comportamientos socialmente dañosos. Este conocimiento ha de posibilitar decisiones normativas fundadas sobre los intereses a proteger y los delitos a configurar.

²⁴ Se precisa, además, una específica configuración del componente normativo de cualesquiera de esos programas, esto es, de las disposiciones jurídicas de carácter general que los integran. Para ello, se han de establecer determinados patrones procedimentales y discursivos que busquen asegurar la racionalidad en la toma de decisiones normativas. Por todos, Díez RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, 2.ª ed. Madrid: Trotta, 2013, *passim*.

²⁵ Véase al respecto, Díez RIPOLLÉS, «El modelo politicocriminal...», cit. pp. 2-9.

²⁶ La formulación sintética usual habla de que se ocupa de las conductas delictivas y de las reacciones sociales a ellas. En Europa, una fórmula analítica extendida habla de que atiende a los delitos, los delincuentes, las víctimas y el sistema penal o de control penal. Véanse GARCÍA PABLOS, cit. pp. 55, 79-84; REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, cit. pp. 25, 27, 32; LARRAURI PUJOAN, cit. pp. 15-23, con específica mención de las sanciones; KAISER, cit. pp. 1-2. En términos más vagos, las concepciones anglosajonas, desde Sutherland –véase GÓPPINGER, cit. p. 2–, hablan de que incluye los procesos de elaboración de leyes, infracción de esas leyes y reacciones a la infracción de esas leyes, SUTHERLAND/CRESSEY/ LUCKENBILL, cit. pp. 3, 19, concepción que influye en SERRANO MAÍLLO, cit. pp. 33-39.

- Conocimiento empírico del fenómeno delictivo y sus causas, así como del delincuente y los factores que lo determinan.
- Desarrollo de técnicas de prevención primaria y secundaria.
- Conocimiento empírico sobre los elementos que configuran el juicio de responsabilidad penal y su verificación, así como sobre las técnicas que permiten acreditarlos judicialmente. Este conocimiento ha de facilitar las decisiones normativas correspondientes de naturaleza material y procesal.
- Optimización de los efectos de la reacción penal, aportando conocimiento empírico al diseño del sistema de sanciones y desarrollando técnicas que potencien la prevención terciaria en la ejecución de las sanciones penales.
- Optimización de las instituciones y agentes del control social penal, mediante la aportación de conocimiento empírico sobre el funcionamiento y modo de operar de ellas mismas y de sus agentes, al igual que a través del desarrollo de técnicas que puedan mejorar sus prestaciones.
- Conocimiento empírico de las víctimas de los delitos y desarrollo de técnicas para la atención de sus intereses y necesidades.

3. Finalmente, la *penalística* aporta conocimientos normativos y técnicas para diseñar y desarrollar la política criminal. Se podrá observar que propongo sustituir en este momento los términos *dogmática* o *ciencia del Derecho Penal* por otro término que me parece más adecuado²⁷. El término *dogmática del Derecho Penal* es un significante que tiene dos inconvenientes asociados a su significado en direcciones contrapuestas. Por un lado, es demasiado restrictivo, pues tiende a vincular la reflexión jurídico-penal al derecho vigente susceptible de interpretación, entendido como dogma; por otro lado, es demasiado amplio, pues las reflexiones principales, ajenas al Derecho Penal vigente, que legítimamente se realizan en su seno, tienden a hacerse pasar como incontrovertibles, apoyándose justamente en un determinado significado del concepto de dogma, como certeza racional²⁸. Por otro lado, el término *ciencia del Derecho Penal* puede llevar a pensar que la reflexión jurídico-penal posee un

²⁷ Recientemente, ATIENZA RODRÍGUEZ, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Atienza, M, Ratti, Gb, Vega, J, *La dogmática jurídica como tecno-praxis*, Madrid: Palestra Europa, 2025, pp. 22-23, 28-29, ha puesto de manifiesto lo «sumamente inadecuado» que resulta el término *dogmática* para calificar el saber característico de los juristas.

²⁸ Ciertamente el uso del término dogma y sus variantes, aparte de su uso religioso, tiene acepciones muy diversas. Véanse los sentidos que atribuye a dogmatismo, desde la teoría del conocimiento, FERRATER MORA, J, *Diccionario de filosofía*, Voz Dogmatismo, T. I, edic, revisada por TERRICABRES, J.M., Barcelona: Ariel, 1994, pp. 929-930. El tercero y el segundo de sus sentidos apuntarían, respectivamente, a los dos significados en el texto atribuidos. Confróntense igualmente las acepciones, muy variadas, de dogma (1), dogmático, ca (5, 4), y dogmatismo (1, 2, 4) en Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edic., versión 23.8 en línea, consulta 21 noviembre 2025.

estatus epistemológico superior al de las otras disciplinas penales, singularmente la criminología, lo que abre un debate innecesario si partimos, como dijimos más arriba, de un concepto amplio de ciencia. En cualquier caso, la penalística, o como la queramos llamar, ha de incluir ineludiblemente la reflexión jurídico penal y procesal penal.

Son tareas de la penalística:

- Identificar los principios jurídicos que podrían regir cualquier intervención penal, sea en el ámbito de la tutela, sea en el de la responsabilidad y su verificación, sea en el de la sanción. Lo cual debe hacerlo fundándose en el sistema de creencias de la sociedad, en principios jurídicos internacionales y constitucionales, y en el consenso jurídico ilustrado. Prestará especial atención a las garantías individuales, tanto en el campo de la exigencia y verificación de responsabilidad, como en el de la imposición y ejecución de sanciones.

- Interpretar y sistematizar el Derecho Penal y procesal-penal vigente, mediante las técnicas y construcciones conceptuales desarrolladas por la dogmática jurídico-penal.

- Difundir sus conocimientos y técnicas entre los agentes policiales, jurisdiccionales y de ejecución de sanciones, al menos.

- Identificar las inconsecuencias y carencias del Derecho Penal vigente.

4. Con lo indicado en las tareas primera y cuarta preciso mi posición sobre un debate que ha surgido recientemente con algunos colegas penalistas²⁹. A tales efectos, el desembarazarnos de términos equívocos, como lo es el de dogmática, para calificar toda la reflexión jurídico-penal sin duda ayuda. Ciertamente las tareas de la penalística no pueden quedar restringidas a una interpretación y sistematización del Derecho Penal vigente. Sin duda tiene como misión realizar reflexiones especulativas, al margen del derecho vigente, basadas en las ideas de justicia y de bien común, que permitan identificar los principios, directrices y reglas que sean elementos constitutivos de un derecho justo. Del mismo modo, le compete llevar a cabo reflexiones derivadas del conocimiento adquirido en la interpretación y sistematización del Derecho Penal vigente, que lleven a su modificación y perfeccionamiento de acuerdo con los patrones anteriores. Todas esas reflexiones y construcciones conceptuales

Véase un análisis detenido de los diferentes significados atribuidos al significante dogmática jurídica, en ATIENZA RODRÍGUEZ, «La dogmática...», cit, pp. 17-28.

²⁹ Véase *supra* apartado I.3.

resultan imprescindibles, dada la pericia de los penalistas, y de los juristas en general, sobre los contenidos principales de la justicia.

Pero su discurso, cuando se trata de determinar el derecho que debe ser, no goza de una autoridad mayor de la que deriva de su fuerza argumentativa. La autoridad de la que ciertamente goza la ley penal vigente no se transmite al penalista por el mero hecho de que sea un especialista o buen conocedor de las técnicas de interpretación y sistematización del derecho real vigente. Es cierto que el discurso penal, preferiblemente apoyado en el discurso iusfilosófico, es capaz de sacar a la luz principios y reglas que pueden reclamar una legitimidad de racionalidad práctica indubitable. Pero el Derecho Penal que ha de regir en una determinada sociedad no se construye sobre una legitimidad teórico-práctica o, mejor dicho, no solo sobre ella. Precisa de una legitimidad política. Y dentro de esa legitimidad política la contribución de la razón práctica es una entre otras contribuciones.

Dentro o fuera de esa racionalidad práctica, según se prefiera, es imprescindible una legitimidad ético-política, que se funda en el sistema de creencias compartido por una determinada sociedad en un momento determinado, donde deberían encontrar asiento buena parte de esos criterios de corrección a los que los juristas atribuyen con frecuencia validez universal y atemporal. Pero, más allá de todo eso, la legitimidad política se ve necesariamente implicada en compromisos fundados en divergencias valorativas e intereses discrepantes presentes en la sociedad, así como, por supuesto, en relevantes consideraciones instrumentales de muy diverso tipo. Digamos que la racionalidad de la legitimidad política que necesita todo Derecho Penal en ciernes no es una teórico-práctica sino estrictamente política.

En la adquisición de esta legitimidad política del control social penal, y del Derecho Penal como principal instrumento de él, resultan imprescindibles las contribuciones de las disciplinas que se dedican al estudio de tal control social. Entre ellas, los conocimientos y técnicas de la criminología y la penalística ocupan un lugar sobresaliente. Son saberes e instrumentos imprescindibles para el diseño y desarrollo de la política criminal, esto es, de la política pública mediante la que ejercemos el control social penal. Junto con los conocimientos y técnicas específicamente desarrollados por la misma política criminal, esta funciona como vector aglutinador de ese conjunto de saberes penales.

Sin embargo, la política criminal, al momento de plantear los programas de intervención e implementar sus estrategias, necesita mucho más que la colaboración e implicación de las ciencias penales en su configuración. Su conformación ha menester de la aportación del mayor número posible de conocimientos y técnicas que pongan de manifiesto y trasladen los contenidos

que sustentan la integración social de nuestras sociedades³⁰. Todo ello dentro de un debate abierto, lo más público posible, en que todos los argumentos presentados, procedentes de saberes y experiencias distintos, sean escuchados y considerados. La legitimidad política de las decisiones adoptadas se alcanzará mediante su respaldo por amplias mayorías sociales en un contexto democrático.

En consecuencia, la política criminal ha de brindar el marco argumental y discursivo en el que las correspondientes decisiones normativas deban ser adoptadas³¹.

³⁰ Sin que sea posible ignorar los conocimientos y técnicas, basados en las relaciones de poder y económicas, que sacan a la luz y trasladan los contenidos conformadores de la integración sistémica de nuestras sociedades.

³¹ Se ha manifestado claramente a favor de la necesaria legitimación política del Derecho Penal y de una concepción de la política criminal similar a la aquí expuesta, Mañalich, cit, pp. 59-64, 66-69. Asimismo, la elaborada concepción de Kaiser, cit, pp. 1069-1078, sobre el concepto de política criminal racional, a propósito de su relación con la criminología, guarda notables semejanzas con lo aquí expuesto.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, cit, pp. 514-517, 540-548, 550-552 ha enfatizado recientemente la función de la dogmática como disciplina creadora de un *sistema suprapositivo de conceptos, reglas y principios* y que ha denominado, a mi juicio con poco acierto, *dogmática de la teoría del delito*, la cual muestra en ocasiones cercanía con la denominada *dogmática de lege ferenda*, más modesta en sus ambiciones. Nada que objetar a que todo ello sea una tarea de los penalistas, como acabo de señalar en texto. Otra cosa es la contraposición que hace entre una *política criminal teórica*, con una decisiva vertiente valorativa, y una *política criminal real*, la primera aparentemente basada en la razón práctica, y competencia de los dogmáticos, y la segunda inmersa en el debate político, competencia de las ciencias sociales, incluida la ciencia política. A mi juicio, es esta una falsa disyuntiva, que conduce a colocar de nuevo a los penalistas en una posición de ventaja, de mayor autoridad, en el debate politicocriminal. Las aportaciones de racionalidad práctica de esa mal llamada política criminal teórica o, siguiendo a Robles Planas, *dogmática de la política criminal*, se han de integrar, sin más privilegio que el de su fuerza argumental, en el debate politicocriminal, donde, como hemos dicho, la legitimidad teórico-práctica no es suficiente para lograr la legitimidad política.

También ATIENZA RODRÍGUEZ, «La dogmática...», cit, pp. 45-54, aunque creo que podría asumir buena parte de los argumentos expuestos en texto, termina atribuyendo a la dogmática jurídica, entendida como tecno-praxis, competencias excesivas en la configuración del Derecho Penal.

127. OPFER- UND WIEDERGUTMACHUNGSORIENTIERTE MASSNAHMEN IM STRAFVOLLZUG IM EUROPÄISCHEN VERGLEICH

FRIEDER DÜNKEL¹
Universität Greifswald

I. VORBEMERKUNG

Mit José Luis de la Cuesta Arzamendi verbindet mich eine über 40-jährige Freundschaft. Kennen gelernt haben wir uns Anfang der 1980er Jahre am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, als José Luis seine Promotion abschloss². In der Folge haben uns viele international vergleichende Publikationsprojekte zusammengeführt, im Rahmen derer José Luis immer ein verlässlicher Repräsentant für das spanische Recht war³. Unsere gemeinsamen Themen betrafen das Jugendstrafrecht und den Strafvollzug. Ich danke José Luis für den fruchtbaren wissenschaftlichen Austausch und seine Freundschaft, die uns über Jahrzehnte bis heute verbindet.

¹ Der Beitrag basiert auf einer früheren Fassung zu diesem Thema, an der Andrea Păroșanu und Ineke Pruin als Koautorinnen beteiligt waren, vgl. Dünkel/Păroșanu/Pruin (2023): Restorative Justice im Strafvollzug Aktuelle Entwicklungen im europäischen Vergleich. TOA-Magazin, Nr. 2/2023, S. 4-8.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1982): El Trabajo Penitenciario Resozializador. Teoría y Regulación Positiva. San Sebastian: Caja de Ahorros Provincial de Guipuzcoa.

³ Vgl. z.B. DE LA CUESTA/BLANCO (2001): «Spain». In: van Zyl Smit/Dünkel (Hrsg.): *Imprisonment Today and Tomorrow*. The Hague et al., S. 609-633; DE LA CUESTA/GIMENEZ-Salinas (1997): «Spanien». In: Dünkel/van Kalmthout/Schüler-Springorum (Hrsg.): *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich*. MÖNCHENGLADBACH; GIMÉNEZ-SALINAS/DE LA CUESTA et al. (2011): «Spain». In: Dünkel et al. (Hrsg.): *Juvenile Justice Systems in Europe*. 2. Aufl., Mönchengladbach, S. 1313-1354.

II. EINLEITUNG

Opfer- und wiedergutmachungsorientierte Maßnahmen haben im Strafvollzug erst in den letzten 20 Jahren eine größere Bedeutung erlangt. Über Reformen im Straf- und Strafprozessrecht hat der Gedanke einer Opferorientierung und der Wiedergutmachung unter dem «label» der *Restorative Justice* (RJ) nunmehr auch im Strafvollzugsrecht Eingang gefunden. Der Begriff «Restorative Justice» (RJ) ist vielschichtig und im deutschen Sprachgebrauch nicht eindeutig definiert. Nach einer für den vorliegenden Beitrag geeigneten Definition strebt «Restorative Justice (...) die (Wieder-)Herstellung des sozialen Friedens an», und sie schafft «einen Raum für Verständigung und Beziehungsstärkung – zwischen den tatverantwortlichen und den tatbetroffenen Personen sowie ggf. auch dem sozialen Umfeld der Beteiligten.»⁴ Die Empfehlung CM/Rec(2018)8 des Europarats zu «Restorative Justice in Criminal Matters» fordert, dass «Restorative Justice ... in jedem Stadium des Verfahrens im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht zur Verfügung stehen» soll, also auch im Strafvollzug. Dabei geht einerseits um opferorientierte Ansätze (Auseinandersetzung mit der Tat, Wiedergutmachung; Förderung gegenseitigen Verständnisses, Mediationsbemühungen zur Wiedergutmachung gegenüber dem Opfer), andererseits um Konfliktschlichtungsverfahren im Strafvollzug selbst, bei Konflikten zwischen Gefangenen oder Gefangenen und Bediensteten⁵.

Der vorliegende Beitrag gibt Ergebnisse einer aktuellen Bestandsaufnahme zu Restorative Justice in Europa mit einem speziellen Fokus auf den Bereich des Strafvollzugs wieder⁶.

⁴ WILLMS (2023): «Restorative Justice». in: Cornel et al. (Hrsg.): *Resozialisierung, Handbuch*, 5. Aufl., Baden-Baden, S. 493-509 (S. 495 f.) in Anlehnung an die Empfehlung des Europarats zur Restorative Justice in der Strafrechtspflege aus dem Jahr 2018, vgl. CM/Rec (2018)8 concerning restorative justice in criminal matters, unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808e35f3.

⁵ Vgl. dazu Rule 60 der Rec (2018)8: «Restorative principles and approaches may be also used within the criminal justice system, but outside of the criminal procedure. For example, they may be applied where there is a conflict between citizens and police officers, between prisoners and prison officers, between prisoners, or between probation workers and the offenders they supervise. They may also be applied where there is a conflict between staff within judicial authorities or criminal justice agencies. » Rule 61 vertieft diesen Ansatz wie folgt: «Restorative principles and approaches may be used proactively by judicial authorities and criminal justice agencies. For example, they could be utilised to build and maintain relationships: ... among prisoners; between prisoners and their families; or between prisoners and prison officers. This can help to build trust, respect and social capital between or within these groups ».

⁶ Siehe dazu ausführlich Dünkel et al. in: Dünkel et al. (Hrsg.) (2026): *The International Encyclopedia of Restorative Justice – Europe*. Leiden, Kapitel 51.

III. ÜBERBLICK ÜBER OPFER- UND WIEDERGUTMACHUNGSORIENTIERTE MASSNAHMEN IM SINN DER RJ IM STRAFVOLLZUG

Die vergleichende Analyse von Restorative-Justice-Ansätzen im Strafvollzug ergab, dass es in 28 der 48 erfassten Länder (= 58,3%) gesetzliche Vorgaben oder entsprechende Projekte von opfer- bzw. wiedergutmachungsorientierten Maßnahmen im Beobachtungszeitraum 2024/25 gab. Hierbei handelt es sich um opferbezogene Resozialisierungsmaßnahmen, Opfer-Täter-Begegnungen, Wiedergutmachungsleistungen oder vollzuglichsinterne Streitbeilegungsmechanismen (Mediation und Streitschlichtung bei Konflikten zwischen Gefangenen und/oder Gefangenen und Bediensteten). Eine Übersicht zu entsprechenden Ansätzen im Strafvollzug gibt die nachfolgende Tabelle 1⁷.

Tabelle 1. Restorative Maßnahmen im Strafvollzug

Land	Maßnahmen im Strafvollzug (VP, RestConf, WG, OAEP, OTG, TOA, GefMed.)*	
	Jugendvollzug	Erwachsenenvollzug
Belgien.	VP, WG, im Rahmen der erzieherischen Arbeit von im Einzelfall geschlossenen Jugendhilfeeinrichtungen möglich.	VP, OAEP, OTG, TOA, GefMed flächendeckend in allen Anstalten.
Bulgarien.	TOA, Konfliktregelungs-Trainingsprogramme.	TOA (Pilotprojekte; lediglich Einzelfälle).
Deutschland.	VP, OAEP, TOA, GefMed.	VP, OAEP, TOA, GefMed.

⁷ In der Tabelle werden nur Länder aufgeführt, in denen es entsprechende gesetzgeberische Vorgaben oder Projekte innerhalb des Strafvollzugs gab. Keinerlei Praxisansätze in dieser Hinsicht gibt es nach den Informationen der am Forschungsprojekt beteiligten Experten in 20 Ländern: Albanien, Armenien, Aserbeidschan, Belarus, Bosnien & Herzegowina, Dänemark, Griechenland, Island, Kosovo, Litauen, Luxemburg, Moldau, Montenegro, Nordmazedonien, Österreich, Slowakei, Slowenien, Türkei, Ukraine und Zypern. In den Jahren 2016-2020 wurden in 9 bis zeitweise 12 griechischen Gefängnissen (einem Drittel aller Gefängnisse) Resozialisierungsprogramme durchgeführt, die Techniken zur Konfliktlösung für Gefangene beinhalteten. Aufgrund der Covid-Pandemie und fehlender finanzieller Mittel wurden diese Programme eingestellt und nur in kleinem Umfang durch das Programm «Prison of Peace» fortgeführt, das Gefangene bei der Verbesserung ihrer familiären Beziehungen und anderen Reintegrationsmaßnahmen unterstützt. Beide Initiativen waren und sind nicht primär auf die Opfer, sondern auf die Wiedereingliederung der Täter ausgerichtet. Daher bewerten wir Griechenland hinsichtlich opferorientierter Rehabilitationsprogramme mit «nicht vorhanden».

Land	Maßnahmen im Strafvollzug (VP, RestConf, WG, OAEP, OTG, TOA, GefMed.)*	
	Jugendvollzug	Erwachsenenvollzug
England & Wales.	keine nationale Strategie auf gesetzlicher Grundlage, aber lokale Initiativen bzgl. OAEP, OTG, GefMed).	2000-2005: 'Restorative. prisons project'*; lokale Initiativen bzgl. OAEP, OTG, GefMed).
Estland.	VP, OTG, GefMed gesetzlich vorgesehen, Praxis im Entstehen.	VP, OTG, GefMed gesetzlich vorgesehen, Praxis im Entstehen.
Finnland.	OTG, TOA in Einzelfällen, keine systematische Ausrichtung auf RJ.	OTG, TOA in Einzelfällen; seit 2015 zwei kleine Pilotprojekte zur Mediation bei schweren und Gewaltdelikten.
Frankreich.	OTG, TOA in Einzelfällen.	OTG weit verbreitet, VP, TOA vereinzelt.
Georgien.	VP, TOA.	VP, TOA, auch bei besonders schweren Delikten.
Irland.	VP, OAEP, TOA, opferorientiertes Anti-Gewalt-Trainingsprogramm.	Gesetzlich nicht vorgesehen, aber Prison Service fördert TOA in Einzelfällen.
Israel.	VP, TOA.	Nicht vorgesehen.
Italien.	VP, OTG, TOA, WG ⁸	VP, OTG, TOA, WG.
Kroatien.	Anstalten sollen gem. Art. 14 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz Gefangene zur WG des Schadens und TOA anhalten.	s. Spalte 2.
Lettland.	VP, keine spezifische RJ-Orientierung, aber StVollzG von 2013 ermöglicht Wiedergutmachung im Rahmen der Wiedereingliederungsmaßnahmen).	s. Spalte 2.
Malta.	VP, TOA (Praxis auf seltene Einzelfälle begrenzt) ⁹	VP, s. Spalte 2.

⁸ Gemäß Gesetzesdekret Nr. 121/2018 ist das Jugendstrafvollzugssystem inzwischen autonom. Das Dekret hat die Bedeutung von restaurativen Maßnahmen während der Haftstrafe erhöht: Die Förderung von Wiedergutmachung und Mediation gilt als Hauptziel des Vollzugs von Jugendstrafen (Art. 1).

⁹ Der Täter-Opfer-Ausgleich kann auch während der Haftzeit des Täters stattfinden. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sehen vor, dass drei Gremien, die mit Gefangenen befasst sind, Anträge auf Täter-Opfer-Mediation prüfen und diese gegebenenfalls an das Täter-Opfer-Mediationskomitee weiterleiten. Die drei Gremien sind der Offenders' Assessment Board, der Remission Board (Strafzeitverkürzung bei positivem Vollzugsverhalten) und der Parole Board (vorzeitige Entlassung auf Bewährung).

Land	Maßnahmen im Strafvollzug (VP, RestConf, WG, OAEP, OTG, TOA, GefMed.)*	
	Jugendvollzug	Erwachsenenvollzug
Niederlande.	VP, OAEP, OTG, TOA, flächendeckend in allen Anstalten ¹⁰	VP, OAEP, OTG, TOA, flächendeckend.
Nordirland.	OAEP, OTG, RestConf, TOA («shuttle mediation»), GefMed.,	OAEP, OTG, RestConf, TOA («shuttle mediation»), GefMed.
Norwegen.	Anspruch der Gefangene auf Teilnahme an RJ-Maßnahmen/ Programmen ¹¹	s. Spalte 2.
Polen.	TOA, Wiedergutmachung/ Opferentschädigung als Teil des Erziehungsprogramms im Jugendvollzug (Einzelfälle).	TOA (Pilotprojekt im Bezirk Lublin).
Portugal.	OTG, TOA.	OTG, TOA ¹²
Rumänien.	TOA, OAEP.	TOA, OAEP ¹³
Russland.	OTG, GefMed.	(WG) ¹⁴ ; TOA in einer Frauenanstalt.
Schottland.	OAEP, OTG (Sycamore Tree-Programme).	OAEP, OTG (Sycamore Tree-Programme), TOA.
Schweden.	TOA ¹⁵	TOA.

¹⁰ In Jugendgefängnissen (forensischen Jugendstrafanstalten) wird Restorative Justice als ein besonders wichtiges Behandlungsziel angesehen. Das Augenmerk auf die Wiedergutmachung ist stärker in das gesamte Programm, die Behandlung und die Kurse aller Jugendgefängnisse, einschließlich DAPPER, integriert. DAPPER (bedeutet BRAVE, „mutig“) und ist Teil der grundlegenden YOUTURN-Methodik. Es besteht aus 8 einstündigen Sitzungen und wird seit 2015 in allen Jugendgefängnissen in den Niederlanden durchgeführt.

¹¹ § 2 des Gesetzes über die Vollstreckung von Strafen (Execution of Sentences Act, 2001) besagt, dass jedem Gefangenen ein „Angebot zur Teilnahme an einem Wiedergutmachungsprogramm während der Strafverbüßung gemacht werden muss“.

¹² Das Gesetz Nr. 115/2009 führte die allgemeine Möglichkeit restaurativer Maßnahmen nach der Verurteilung ein. In diesem Sinn legt Artikel 47 Absatz 4 dieses Gesetzes fest, dass „der Gefangene mit seiner Zustimmung an Programmen der restaurativen Justiz teilnehmen kann, insbesondere durch Mediationssitzungen mit der geschädigten Partei“.

¹³ Das Erziehungsprogramm „Educating to repair“ ist auf die Vermittlung von Konfliktlösungskompetenzen, auf die Entwicklung von Empathie und das Verstehen der Konsequenzen der eigenen Tat gerichtet. Das psychotherapeutische Programm „Intervention targeting lack of empathy, duplicity and immorality“ wurde zur Verbesserung des Verständnisses anderer, zur Fähigkeit Gefühle auszudrücken und den Respekt der Verletzlichkeit von Opfern entwickelt. Das Programm dauert 3-6 Monate, vgl. Păroşanu/ Szabo in Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 38.

¹⁴ Seit 2003 sind Entschuldigungsbriefe als Bedingung für eine vorzeitige Entlassung vorgesehen. Diese sind aber nicht als restaurativ (restorative) im engeren Sinne anzusehen.

¹⁵ Einige Gefängnisse organisieren in Zusammenarbeit mit dem städtischen Mediationsdienst Mediationsgespräche, die sich hauptsächlich an junge Menschen richten. Die Nichtregierungsorganisation „The Reconciliation Group“ bietet ebenfalls Mediation im Gefängnis an, vgl. Wahlin/Jacobsson in: Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 45.

Land	Maßnahmen im Strafvollzug (VP, RestConf, WG, OAEP, OTG, TOA, GefMed.)*	
	Jugendvollzug	Erwachsenenvollzug
Serbien.	VP, OAEP, OTG als Behandlungsprogramm/-maßnahme.	Nicht vorgesehen.
Spanien.	Nicht vorgesehen.	WG, OAEP, OTG ¹⁶
Schweiz.	Nicht vorgesehen.	VP, OTG (basierend auf dem Sycamore Tree-Programm, mit weiteren Restorative Justice-Elementen wie <i>Circles</i>).
Tschechien.	2014-15: Pilot-Projekte TOA.	Pilot-Projekte TOA.
Ungarn.	GefMed.	StrafvollzugsG 2013: GefMed, theoretisch erweitert auf TOA mit den urspr. Verletzten; Projekt «Prison for the city» ¹⁷

* RJ als integraler Bestandteil der Vollzugsplanung (VP),
Opfer-Awareness/-Empathie Programme, z. B. im Rahmen der «Aufarbeitung der Tat», i.d.R. ohne Opferbeteiligung (OAEP),
Opfer-Täter-Gesprächskreise/-Begegnungen (OTG),
Täter- Opfer-Mediation (TOA);
Konfliktlösung Gefangener untereinander und mit Bediensteten (Mediation von Konflikten im Gefängnis) anstelle disziplinarischer Maßnahmen (GefMed);
Restorative Conferencing unter direkter Beteiligung von Opfern (RestConf),
Wiedergutmachungsleistungen der Tatverantwortlichen ohne (zwingende) direkte Kommunikation mit den Opfern (WG).

Danach gibt es Restorative Justice-Maßnahmen im Strafvollzug in Belgien, Bulgarien, Deutschland, England & Wales, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Irland, Israel¹⁸, Italien, Kroatien, Lettland, Malta, Niederlande,

¹⁶ Das Programm „Reconexión“ für Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, und ihre Familien wurde 2018 im Gefängnis von Burgos ins Leben gerufen. Das Programm „de intervención penitenciaria en delitos económicos“ (Programm zur Intervention bei Wirtschaftsdelikten im Strafvollzug, PIDECO) gibt es seit Ende 2021. In diesem spezifischen Behandlungsprogramm wird Restorative Justice als notwendige Ergänzung verstanden, um den verursachten Schaden wiedergutzumachen und die Möglichkeit zu haben, sich für die entstandene Schädigung zu entschuldigen. Im Zusammenhang mit terroristischen Straftaten fanden restorative Begegnungen zwischen Opfern und Tätern 2011 im Gefängnis von Nanclores de la Oca statt, vgl. Giménez-Salinas i Colomer/Rodríguez in: Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 44.

¹⁷ Das Programm ermutigt Gefangene, sich um Friedhöfe und Spielplätze zu kümmern, ähnlich dem Konzept der „Restorative Prisons“ in England & Wales, vgl. hierzu Stern (2005): Prisons and Their Communities: Testing a New Approach. London.

¹⁸ Israel gehört geographisch nicht zu Europa, jedoch haben die israelischen Kollegen gebeten im Rahmen der weltweiten Enzyklopädie im europäischen Sammelband aufgenommen zu werden, was aufgrund der Nähe zur europäischen Rechtskultur nachvollziehbar erscheint und akzeptiert wurde.

Nordirland, Norwegen, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Schweden, in der Schweiz, in Schottland, Serbien, Spanien, Tschechien und Ungarn.

In Israel und Serbien handelt es sich um Projekte ausschließlich im Jugendvollzug, in der Schweiz und Spanien ausschließlich im Erwachsenenvollzug. In Estland wurden 2018 die rechtlichen Voraussetzungen für RJ im Vollzug geschaffen, es gibt aber nur vereinzelte Praxisansätze bzw. entsprechende Planungen.

Häufig handelt es sich um lediglich auf einzelne Anstalten begrenzte Pilotprojekte. Von einer restaurativen Schwerpunktsetzung im Vollzug kann man in Belgien, den Niederlanden, Nordirland und Schottland sprechen, bezogen auf allgemeine Opfer-Täter-Zusammentreffen auch in Frankreich und der Schweiz. Opfer-Empathie- bzw. -Awareness-Programme spielen im Rahmen therapeutischer oder «erzieherischer» Ansätze (z.B. der Sozialtherapie oder in bestimmten Jugendstrafanstalten gelegentlich eine Rolle, ihr restaurativer Charakter ist aber nicht immer klar, zumal eine Opferbeteiligung bzw. -Kontaktaufnahme nicht immer vorgesehen ist.

Restorative Maßnahmen in Gefängnissen sind häufig explizit in den Vorschriften zur *Vollzugsplanung* aufgeführt. Dies ist in den Strafvollzugsgesetzen von Belgien, Estland, Georgien, Deutschland, Irland, Israel (im Jugendstrafvollzug), Lettland, den Niederlanden, Norwegen, Serbien und der Schweiz (im Erwachsenenstrafvollzug) der Fall. Daraus folgt, dass die Justizvollzugsbehörden prüfen müssen, ob und gegebenenfalls welche opferorientierten Maßnahmen im Rahmen der zu planenden Resozialisierungsmaßnahmen und der weiteren Wiedereingliederungsplanung bei der Entlassungsvorbereitung vorgesehen werden können.

Opfer-Awareness/-Empathie-Programme (OAEP) spielen gelegentlich eine Rolle in therapeutischen oder «pädagogischen» Ansätzen (z. B. in Einrichtungen der Sozialtherapie in Deutschland oder in einigen Jugendstrafanstalten). Der Grad ihres restaurativen Charakters ist jedoch nicht immer klar, insbesondere wenn die Beteiligung oder der Kontakt zu den Opfern nicht vorgesehen ist oder wenn den Tätern beigebracht werden soll, «Empathie» gegenüber den Opfern zu zeigen. Diese Haltung widerspricht der Philosophie der restaurativen Justiz, die auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruht. Die Abgrenzung zu Begegnungen zwischen Opfern und Tätern im Rahmen von «Victim-offender encounters/meetings» (Opfer-Täter-Gesprächskreise/-Begegnungen, OTG) ist fließend, da Opfer-Awareness-Programme in der letzten Phase auch Treffen mit individuellen oder symbolischen Opfern vorsehen können.

Bei den Treffen zwischen Opfern und Tätern (*Opfer-Täter-Begegnungen*) führt eine Gruppe von Gefangenen Gespräche mit Opfern von Straftaten, die ihren eigenen ähneln (insbesondere Gewalt- und Sexualdelikten). Dabei handelt es sich in der Regel nicht um die «eigenen» Opfer, sondern um Opfer, die symbolisch für die Opferrolle stehen. Das Ziel ist ähnlich dem der OAEP, nämlich die Täter für den von ihnen verursachten Schaden zu sensibilisieren und ein tieferes Verständnis für ihr Fehlverhalten zu entwickeln, um so die Rückfallwahrscheinlichkeit zu senken. Solche Programme wurden im Rahmen des Programms «Sycamore Tree» entwickelt und werden in Frankreich und Schottland flächendeckend umgesetzt (siehe unten 5.).

Das *Sycamore-Tree-Modell* ist nur ein Beispiel für die Begegnung zwischen Opfern und Tätern und orientiert sich stärker am Täter als am Opfer. In Belgien hingegen werden Treffen zwischen Opfer und Täter (Dialoggruppen, siehe hierzu auch die Schweiz und unten unter 5.) gleichermaßen von den Bedürfnissen der Opfer ausgehend organisiert.

Programme bzw. gesetzliche *Regelungen zur vollzugsinternen Konflikt-schlichtung* (bei Konflikten zwischen Gefangenen bzw. Personal und Gefangenen gibt es in Belgien, Deutschland (siehe unten 5.), England & Wales, Estland, Nordirland, Russland und Ungarn. Es ist aber davon auszugehen, dass einvernehmliche Streitschlichtungen in vielen therapeutisch orientierten Anstalten (in Deutschland z.B. der Sozialtherapie) regelmäßig ein milieutherapeutisches Gestaltungselement darstellen, das in unserer Bestandsaufnahme nicht vollständig erfasst wurde. In den jugendstrafvollzugsrechtlichen Regelungen in Deutschland sind praktisch in allen Bundesländern erzieherische Gespräche/Maßnahmen vorrangig vor formellen Disziplinierungen zu prüfen, teilweise wird auch die Konfliktregelung explizit genannt¹⁹.

IV. BEISPIELE FÜR RECHTSGRUNDLAGEN WIEDERGUTMACHUNGSORIENTIERTER ANSÄTZE BEI DER TÄTERBEHANDLUNG IM STRAFVOLLZUG

Die rechtlichen Grundlagen für die Einführung bzw. Umsetzung restaurativer Maßnahmen im Strafvollzug sind vielfach jüngerem Datums, so z.B. die Strafvollzugsgesetze in Deutschland (2007-2016), die Richtlinien des Justiz-

¹⁹ So z.B. in Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen, vgl. Rose in: Ostendorf (Hrsg.) 2020): Jugendstrafvollzugsrecht. Handbuch. 4. Aufl. Baden-Baden, § 10, Rn. 1 ff.; die erzieherischen Maßnahmen sind allerdings eher als informelle Sanktionierung anstatt formeller Disziplinierung anzusehen und in ihrem restaurativen Potenzial einer einvernehmlichen Konflikt-schlichtung fragwürdig.

ministeriums von 2015 in den Niederlanden, oder das Strafvollzugsgesetz von 2022 in Frankreich.

Die rechtlichen Grundlagen in *Deutschland* sind seit der Föderalismusreform von 2006 mit einem Übergang der Gesetzgebungskompetenz auf die Bundesländer in 16 Landesgesetzen zum Strafvollzug, teilweise darüber hinaus in entsprechenden Jugendstrafvollzugsgesetzen verankert.

In zahlreichen Strafvollzugsgesetzen werden die Vollzugsbehörden «angehalten», die Gefangenen bei der Schadenswiedergutmachung gegenüber den Verletzten zu unterstützen (Bayern, Brandenburg, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt). In Hamburg wird explizit auch der Täter-Opfer-Ausgleich erwähnt, in Nordrhein-Westfalen «opferbezogene Behandlungsmaßnahmen und Maßnahmen zum Ausgleich von Tatfolgen» (§ 10 StVollzG NW), und schließlich finden sich Formulierungen wie, dass die Gefangenen «angeregt und in die Lage versetzt werden sollen», einen Ausgleich der Tatfolgen oder einen TOA zu erreichen (Angebotslösung)²⁰. In Baden-Württemberg stellt § 2 Abs. 5 Justizvollzugsgesetzbuch, Buch III in den sog. Behandlungsgrundsätzen folgende Forderung auf: «Zur Erreichung des Vollzugsziels sollen die Einsicht in die dem Opfer zugefügten Tatfolgen geweckt und geeignete Maßnahmen zum Ausgleich angestrebt werden.» Auch hier darf es aus Sicht der Restorative Justice nur um Motivierung und Anregungen gehen, die der Vollzug geben soll, nicht um Zwang²¹. In jedem Fall ist das grundlegende RJ-Prinzip der Freiwilligkeit von Tatverantwortlichen und Tatgeschädigten zu beachten.

Gleiches gilt, soweit wiedereingliederungsorientierte Behandlungsmaßnahmen, etwa im Rahmen der Aufarbeitung der Tat unter Berücksichtigung der Opferperspektive oder der TOA unter dem Aspekt der Übernahme sozialer Verantwortung als «soziales Lernfeld» vorgesehen werden²².

²⁰ Vgl. zusammenfassend Best in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.) (2020): Strafvollzugsgesetze. Bund und Länder. Kommentar. 7. Aufl., Berlin, Boston, 7. Kapitel, C. Rn. 6; Bahl/Pollähne in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.) (2022): Strafvollzugsgesetze. Bundes- und Landesrecht. Kommentar. 8. Aufl., Hürth, Teil II § 5 Rn. 70. m.jew.w.N.

²¹ Baden-Württemberg ist – soweit ersichtlich – das einzige Bundesland, das versucht hat, diese Zielvorschrift zu evaluieren. Die Erfolge blieben deshalb relativ begrenzt, weil der Vollzug in vielen Fällen daran scheiterte, die Kontaktadressen der Opfer zu erhalten. Soweit eine Kontaktaufnahme gelang, waren die meisten Opfer bereit an einem Ausgleichsverfahren teilzunehmen (nur 11% Verweigerungen), welches beide Seiten später als positiv bewerteten, vgl. Kilchling (2017): Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug. Wissenschaftliche Begleitung des Modellprojekts Täter-Opfer-Ausgleich im baden-württembergischen Justizvollzug. Berlin, S. 49; Dünkel/Păroşanu (2020): Restorative Justice: Entwicklungen wiedergutmachender Verfahren und Maßnahmen in der Strafrechtspflege in Europa. Bewährungshilfe 67, S. 309-330 (324).

²² Vgl. Best in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (2020) (Anm. 20), 7. Kapitel, C. Rn. 6.

Begrüßenswert sind die in 12 von 16 Landesstrafvollzugsgesetzen vorgesehenen *Konfliktregelungsmechanismen* bei *Problemen zwischen Gefangenen und zwischen Gefangenen und Bediensteten*, um förmliche Disziplinarmaßnahmen zu vermeiden²³ Lediglich in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Niedersachsen wird eine solche kommunikative Konfliktregelung gesetzlich *nicht* gefordert, wird aber z.B. in Baden-Württemberg dennoch häufiger praktiziert (2019: in 4,5% aller Disziplinarfälle). Das Bundesjustizministerium sammelt seit 2019 die entsprechenden statistischen Daten, jedoch machten nicht alle Bundesländer entsprechende Angaben. In Ländern, die Angaben machten, kann man von 3,6% (2019) bzw. 3,4% (2021) Streitschlichtungen ausgehen, wobei einzelne Länder überdurchschnittliche Zahlen auswiesen: Nordrhein-Westfalen 2019: 8,1% Streitschlichtungen mit immerhin 1.083 Fällen, Rheinland-Pfalz 2021: 21,7% Streitschlichtungen bezogen auf alle disziplinarisch relevanten Ereignisse. Die Praxis ist insgesamt gesehen jedoch zumeist noch relativ unterentwickelt, was aber auch an der nur lückenhaften statistischen Erfassung liegen kann.

Für den Bereich der Überleitung vom Strafvollzug in die Freiheit und die Nachbetreuung/Entlassenenhilfe sind die Resozialisierungs- und Opferhilfegesetze (ResoG) in Hamburg (2020) und Schleswig-Holstein (2022) auch mit Blick auf RJ-Maßnahmen von Bedeutung. Das ResoG SH hat in diesem Zusammenhang in §§ 21 und 22 entsprechend Rule 18 der (Rec (2018)8 ein flächendeckendes Angebot von TOA-Fachstellen und zugleich auch die Möglichkeit der Initiierung eines TOA auch durch die Betroffenen selbst gesetzlich verankert²⁴.

In *Belgien* ist RJ in Gefängnissen schon Anfang der 1990er Jahre etabliert worden. Im Jahr 2000 erließ das Justizministerium einen Runderlass (Circular Letter vom 4.10.2000), durch das in jedem Gefängnis eine Vollzeitsstelle für einen RJ-Berater geschaffen wurde. Dieses «Nationale Programm zur RJ im Strafvollzug» wurde mit dem Strafvollzugsgesetz vom 12.1.2005 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, indem als Ziele des Strafvollzugs die Wiedereingliederung der Gefangenen und die Wiedergutmachung gegenüber den Verletzten/Geschädigten festgelegt wurden²⁵.

²³ Vgl. Walter/Lindemann in: Feest/Lesting/Lindemann (2022) (Anm. 20), Teil II, § 89 LandesR, Rn. 6; Laubenthal in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (2020) (Anm. 20), 11. Kapitel, Rn. 60.

²⁴ Vgl. Dünkel/Willms (2023): Täter-Opfer-Ausgleich und Restorative Justice in Deutschland – Aktuelle Entwicklungen und kriminalpolitischer Handlungsbedarf. Neue Kriminalpolitik 35, S. 172-189, die ein generelles Initiativrecht der Tatverantwortlichen und -geschädigten als Erweiterung des § 155a StPO vorschlagen (S. 182 f.).

²⁵ Aertsen in: Dünkel et al. (2026) (Anm. 6), Kapitel 6.

Das zum 1.5.2022 in *Frankreich* in Kraft getretene Strafvollzugsgesetz nimmt ausdrücklich Bezug auf Restorative Justice (siehe Art. L1 Satz 3: *Le service pénitentiaire «concourt à la mise en œuvre de mesures de justice restaurative»*; die Strafvollzugsverwaltung wirkt daran mit, restaurative Maßnahmen umzusetzen).

In § 2 des *norwegischen* Strafvollzugsgesetzes (Execution of Sentencing Act (2001)) heißt es: «Während der Verbüßung der Strafe muss das Angebot bestehen, an einem Restorative Justice-Verfahren teilzunehmen.»

Diese Länderbeispiele können als Vorbild für die Regelungen in den anderen Ländern angesehen werden: In der Regel regen die gesetzlichen Vorschriften Restorative Justice im Strafvollzug an, ohne spezielle Vorgaben zu machen. Dies ermöglicht einerseits den Aufbau einer Vielfalt von Restorative Justice-Angeboten, andererseits wäre die Benennung *konkreter* Maßnahmen oder Programme (z.B. des TOA) im Gesetz insofern von Vorteil, als damit eine Verpflichtung der Vollzugsverwaltung zur Finanzierung solcher Angebote entstünde.

V. TÄTER TREFFEN OPFER: SYCAMORE TREE-PROGRAMME, RESTAURATIVE DIALOGUE (SCHWEIZ), RÉUNIONS VICTIMES-DÉLINQUANTS (FRANKREICH) ETC.

Eine allmähliche Ausweitung restaurativer Ansätze wie Opfer-Täter-Begegnungen, häufig in programmatischen Gesprächskreisen wie im Sycamore Tree-Programm, ist in einer Reihe von Ländern (teils auf experimenteller Ebene) beobachtbar.

In *Belgien* hat insbesondere im Erwachsenenbereich die Mediation in Strafsachen in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen. Diese kann nunmehr neben Einrichtungen/Fachstellen der Restorative Justice auch von Sozialen Diensten der Justiz durchgeführt werden, welche sich auch für die Durchführung von Opfer-Täter-Gesprächskreisen engagieren²⁶. Belgien nimmt zusammen mit den Niederlanden insofern eine herausgehobene Stellung ein, als auch im Strafvollzug restaurative Maßnahmen flächendeckend angeboten werden. In den Niederlanden sind Opfer-Täter-Begegnungen prinzipiell im gesamten Strafvollzug möglich. In fünf (Jugend-)Strafvollzugseinrichtungen zeichnen sich sog «*restorative counsellors*» für Opfer-Täter-Begeg-

²⁶ Aertsen in Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 6.

nungen (in Kreisverfahren oder im Rahmen einer Opfer-Täter-Mediation (TOA) verantwortlich²⁷.

Bemerkenswerte Entwicklungen seit 2017 in Frankreich weisen auf eine zunehmende Anzahl von Opfer-Täter-Begegnungen im Strafvollzug hin. Hierbei treffen Opfer und Täter ähnlicher Straftaten in kleinen Gruppen während eines mehrwöchigen restaurativen Dialogprozesses aufeinander. In den letzten Jahren wurde eine Vielzahl von Vermittler*innen und Freiwilligen aus der Zivilgesellschaft für solche Begegnungen ausgebildet. Insgesamt wurden landesweit bereits etwa 300 solcher Programme durchgeführt, an denen mehr als 1.200 Opfer und Tatverantwortliche teilgenommen haben²⁸.

In der Schweiz wurden in bestimmten Strafvollzugseinrichtungen innovative lokale Ansätze wie Mediationen zwischen Opfern und Tatverantwortlichen sowie Restaurative Dialoge nach schweren Verbrechen verstärkt angewandt. Die restaurativen Dialoge, basierend auf dem Sycamore Tree-Programm, finden über einen Zeitraum von acht Wochen als *Circle*-Verfahren statt²⁹.

Auch in Ländern wie Großbritannien und Tschechien werden Kreisverfahren, basierend auf dem Sycamore Tree-Programm, z.T. flächendeckend im Erwachsenenstrafvollzug angeboten (s. oben Tabelle 1).

VI. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Restorative Justice-orientierte Maßnahmen haben im Strafvollzug in Europa in den vergangenen 15-20 Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Viele Länder ermöglichen neben dem «klassischen» Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) Opfer-Täter-Begegnungen (mit «symbolischen» Opfern, nicht den Geschädigten der eigenen Tathandlungen) mit dem Ziel, das gegenseitige Verständnis und eine Sensibilisierung der Tatverantwortlichen für das Leid der Opfer zu fördern und im günstigen Fall Heilungsprozesse bei Letzteren zu unterstützen. Dies kann die Täter wiederum befähigen, diese Erfahrungen in Wiedergutmachungsbemühungen gegenüber «ihren» Opfern einfließen zu lassen. Diese Initiativen erscheinen im Grundsatz positiv³⁰, solange sie den RJ-Prinzipien folgend auf freiwilliger Basis erfolgen und auch kein indirekter

²⁷ Claessen/Wolthuis & Slump in: Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel. 32.

²⁸ Cario in: Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 16.

²⁹ Domenig (2023): Restorative Justice in der Schweiz: Wird bald mehr getan? Neue Kriminalpolitik 35, S. 205-213 (210) und in Dünkel et al. 2026 (Anm. 6), Kapitel 46, m.jew.w.N.

³⁰ Vgl. dazu schon Rössner/Wulff (1984): Opferbezogene Strafrechtspflege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung. Bonn; ferner Dünkel/Păroșanu (2020) (Anm. 16), S. 317.

Zwang, z.B. durch Vergünstigungen im Rahmen von Entscheidungen über vollzugsöffnende Maßnahmen ausgeübt wird. Wenn die Tataufarbeitung, Entschuldigung oder Wiedergutmachung beim Opfer mit Erleichterungen des Vollzugsregimes oder bei der bedingten Entlassung honoriert werden, ist das im Rahmen prognostischer Einschätzungen gut vertretbar, wenn sie allerdings zur gesetzlichen Voraussetzung für die Gewährung von Lockerungen oder für die bedingte Entlassung gemacht werden, tritt letztlich eine (punitive, d.h. bestrafungsorientierte) Verschärfung des Vollzugsregimes ein, die *nicht* unter dem Deckmantel der Restorative Justice gerechtfertigt werden kann. Restorative Justice unter Zwang bzw. ohne wirkliche Freiwilligkeit ist keine Restorative Justice!³¹

Bei aller positiven Einschätzung der Entwicklung, zu der sicherlich die Empfehlung des Europarats von 2018 (Rec[2018]8, siehe oben unter 2.) wesentlich beigetragen hat, bleibt als kritischer Punkt festzuhalten, dass die lobenswerten Initiativen sich häufig auf wenige Fälle und Projekte in einzelnen Anstalten beziehen, sodass von einer flächendeckenden Einführung von RJ-Maßnahmen im Strafvollzug auf europäischer Ebene mit wenigen Ausnahmen (Belgien, Niederlande, Nordirland und Schottland, bzgl. Opfer-Täter-Treffen auch in Frankreich und der Schweiz) noch nicht gesprochen werden kann.

³¹ Im Ergebnis so auch Best in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal- 2020) (Anm. 20), 7.Kapitel, C. Rn. 6; Bahl/Pollähne in: Feest/Lesting/Lindemann (2022) (Anm. 20), Teil II § 5 Rn. 74.

128. DÉFICITS PSICOLÓGICOS Y TRASTORNOS MENTALES EN LOS HOMBRES VIOLENTOS CONTRA LA PAREJA

ENRIQUE ECHEBURÚA

Profesor Emérito de Psicología Clínica

Universidad del País Vasco/Euskal Unibertsitatea (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones de pareja, que constituyen un reducto de intimidad y de ternura, están basadas en el intercambio de conductas gratificantes, lo que conlleva la posibilidad de su disolución si el balance de la relación es insatisfactorio. Comportarse violentamente con una persona con quien se está vinculada afectivamente supone transgredir una norma profundamente anclada en la conciencia moral. Por ello, la violencia contra la pareja puede considerarse algo anómalo. Cuando un hombre se implica en una relación violenta con una mujer con la que comparte o ha compartido voluntariamente sentimientos de intimidad y un proyecto de vida y con la que frecuentemente tiene hijos en común, cabe pensar que padece algún tipo de trastorno mental o de alteración psicológica¹.

La conducta violenta en este contexto suele ser resultado de un estado emocional intenso –la ira–, que interactúa con unas actitudes previas de hostilidad, un repertorio de conductas pobre (déficits de habilidades de comunica-

¹ AMOR, P.J., ECHEBURÚA, E., CAMARILLO, L., FERRE, F., SARASUA, B. y ZUBIZARRETA, I.: «Dependencia emocional y maltrato crónico en mujeres víctimas de violencia contra la pareja», *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 30, 2022, pp. 291-307.

ción y de solución de problemas o dependencia emocional) y unos factores precipitantes (entre otros, las situaciones de estrés, el abuso de alcohol/drogas o los celos)².

Hay ciertas circunstancias específicas de la relación de pareja que posibilitan esta secuencia crónica de conductas violentas. Un hombre tiende a descargar su ira específicamente en aquella persona que percibe como más vulnerable (una mujer) y en un entorno (la casa) en el que es más fácil ocultar lo ocurrido. Además, los logros obtenidos con las conductas violentas previas desempeñan un papel muy importante. Muy frecuentemente el hombre maltratador ha conseguido los objetivos deseados con los comportamientos agresivos anteriores. Es decir, la violencia puede ser un método sumamente efectivo y rápido para salirse con la suya. A su vez, la sumisión de la mujer puede quedar también consolidada porque, con un comportamiento sumiso, consigue evitar unas consecuencias negativas mayores derivadas de la conducta violenta por parte de la pareja. A ello hay que añadir que las víctimas pueden sentirse incapaces de escapar del control de los agresores al estar sujetas a ellos por el miedo, la dependencia emocional, el aislamiento social o distintos tipos de vínculos económicos, legales o sociales³.

Si bien los trastornos mentales en sentido estricto son relativamente poco frecuentes en los maltratadores (cerca del 20% del total), son muy habituales los síntomas psicopatológicos, así como las alteraciones psicológicas en el control de la ira. Más específicamente, a nivel emocional, la empatía y la expresión de emociones suelen ser deficitarias; a nivel cognitivo, los pensamientos y las expectativas sobre la mujer y su función en la relación de pareja están distorsionados; y a nivel instrumental, las habilidades de comunicación y de solución de problemas no suelen ser efectivas⁴.

II. TRASTORNOS MENTALES

Se ha encontrado en los diversos estudios una cierta relación entre la violencia machista y los trastornos mentales de los agresores. Los más fre-

² ECHEBURÚA, E., AMOR, P.J., SARASUA, B., ZUBIZARRETA, I., CAMARILLO, L. y FERRE, F.: «La dependencia emocional en hombres maltratadores de su pareja en tratamiento comunitario: un estudio piloto», *Anuario de Psicología Jurídica*, 33, 2023, pp. 1-7.

³ LÓPEZ-OSSORIO, J. J., AMOR, P. J., MUÑOZ, J. M. y ECHEBURÚA, E.: «El feminicidio de pareja con o sin suicidio posterior: un análisis comparativo», *Anuario de Psicología Jurídica*, 35, 2025, pp. 99-111.

⁴ SOUSA, M., ANDRADE, J., CASTRO, A., CARIDADES, S. y CUMBA, O.: «The Effectiveness of Intervention Programs for Perpetrators of Intimate Partner Violence with Substance Abuse and/or Mental Disorders: A Systematic Review», *Trauma, Violence, and Abuse*, 25, 2024, pp. 4188-4203.

cuentas son los trastornos psicóticos, en función de las ideas delirantes de celos o de persecución, y el abuso de alcohol y drogas, que pueden activar las conductas violentas en las personas impulsivas y descontroladas⁵.

Lo más característico en los agresores es que tengan una historia psiquiátrica anterior (alrededor del 45%), muy por encima de la tasa de prevalencia en la población general, que se sitúa en torno al 15%-20%. Con frecuencia los trastornos más frecuentes suelen ser el abuso de alcohol, las alteraciones emocionales graves (ansiedad y depresión) y los celos patológicos. Ahora bien, más que cuadros clínicos bien establecidos, lo que suelen presentar son múltiples síntomas psicopatológicos. Aun así, este hecho no permite establecer relaciones de causalidad o unidireccionales entre los síntomas o trastornos psicopatológicos presentes y la violencia contra la pareja.

En realidad, los factores predictores más habituales de comportamientos violentos entre las personas con un trastorno mental son los siguientes: a) una historia previa de violencia o de victimización, con una personalidad premórbida anómala; b) la falta de conciencia de enfermedad y el consiguiente rechazo o abandono del tratamiento; c) los trastornos del pensamiento (ideas delirantes de amenaza/control, de celos o de identificación errónea) o de la percepción (alucinaciones que implican fuerzas externas controladoras del comportamiento), con pérdida del sentido de la realidad; d) el abuso de alcohol o drogas; y e) el aislamiento familiar y social, resultado de la estigmatización o de la discriminación⁶.

1. Consumo abusivo de alcohol y de drogas

La agresión bajo la influencia directa del alcohol es muy variable y puede oscilar entre el 40% y el 85% de los casos. Aunque el consumo alcohol no explica en su totalidad las conductas violentas en los maltratadores, es el peor aliado de la violencia machista por múltiples aspectos: a) actúa como facilitador y desinhibidor del comportamiento violento, que generalmente deriva de actitudes hostiles previas; b) sigue la ley *dosis-efecto*, por la que, cuanto mayor es el consumo, mayor es la gravedad de la violencia ejercida contra la pareja;

⁵ ECHEBURÚA, E.: *Violencia y trastornos mentales*, Madrid: Pirámide, 2018.

⁶ McDONAGH, T., TRAVERS, A., ARMOUR, C.H., CUNNINGHAM, T. y HANSEN, M.: «Psychological Predictors of Recidivism for Intimate Partner Violence Perpetrators: A Systematic Scoping Review», *Trauma, Violence, and Abuse*, 26, 2025, pp. 560-581; SORRENTINO, A. CINQUEGRANA, V. y GUIDA, C.: «Risk factors for intimate partner femicide-suicide in Italy: an ecological approach», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(16), 2022, 10431.

c) incrementa el riesgo de reiteración en los comportamientos violentos; y d) está relacionado con un peor pronóstico terapéutico⁷.

Por lo que se refiere al abuso de drogas, las tasas de incidencia en los hombres violentos son menores que en el caso del alcohol y oscilan entre el 13% y el 35% de las personas estudiadas, pero tienden a aumentar entre los agresores más jóvenes. La peligrosidad aumenta cuando hay un consumo conjunto de alcohol y de sustancias estimulantes, como la cocaína, las anfetaminas, el *speed* o el éxtasis⁸.

2. Celos patológicos

Los celos patológicos se caracterizan por una preocupación excesiva e irracional sobre la infidelidad de la pareja, que provoca una intensa alteración emocional de malestar y de ira y que lleva a la persona a realizar conductas comprobatorias para controlar a su pareja. Lo que define la patología de los celos es la ausencia de una causa real desencadenante, la intensidad desproporcionada de los celos, el alto grado de interferencia con la vida cotidiana, el gran sufrimiento experimentado y, en último término, la pérdida de control, con reacciones irracionales⁹.

Habitualmente, los celos patológicos suelen ser de tipo pasional o delirante. Cuando existen *celos pasionales* la persona sufre porque teme con mucha intensidad perder a su pareja y siente una profunda envidia de que esta pueda ser disfrutada por otro. En cambio, los *celos delirantes*, que son muchos menos frecuentes, parten de la presencia de la idea de ser engañado, que es falsa objetivamente, pero de la que la persona tiene una certeza absoluta. La transición entre los celos pasionales y los celos delirantes se produce atendiendo a la transformación de las ideas sobrevaloradas del estado pasional en las ideas delirantes del desarrollo paranoico. Este tipo de celos suele ser más habitual en los trastornos psicóticos (paranoia o esquizofrenia para-

⁷ EXPÓSITO-ÁLVAREZ, C., LILA, M., GRACIA, E. y MARTÍN-FERNÁNDEZ, M.: «Risk Factors and Treatment Needs of Batterer Intervention Program Participants with Substance Abuse Problems», *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 13, 2021, pp. 87-97.

⁸ MATEO-FERNÁNDEZ, P.V., OSA-SUBTIL, I., RONZÓN-TIRADO, R. y DE LA PEÑA FERNÁNDEZ, M.E.: «Batterer typologies: substance use, impulsivity and results of an IPVAV offender treatment program in Spain», *Frontiers in Psychiatry*, 15:1492218, 2025.

⁹ ECHEBURÚA, E., y FERNÁNDEZ-MONTALVO, J.: *Celos en la pareja: una emoción destructiva*, Barcelona: Ariel. 2001.

noide), así como en las fases avanzadas del alcoholismo, y reviste una mayor gravedad¹⁰.

Por otra parte, el riesgo de violencia vinculado a los celos en un caso y otro es distinto. En los celos pasionales se ve afectada la autoestima de la persona. El sujeto experimenta una elevada ansiedad que se puede cargar de agresividad y de obcecación hasta acabar en comportamientos violentos. En estos casos existe una gran tensión emocional, que enturbia la conciencia y genera conductas controladoras extremas y sentimientos de posesión. Así, la violencia se dispara cuando el sujeto experimenta un ataque de celos y se siente despedido, sobre todo si ha mostrado comportamientos agresivos previos, carece de una autoestima y de unas habilidades sociales adecuadas y cuenta con un repertorio de conductas muy limitado. De forma diferente, el riesgo de agresión a la mujer en el caso de los celos delirantes es muy alto cuando los celos se han consolidado, existe un claro deterioro de la relación de pareja y el sujeto actúa con frialdad, con plena certeza de la infidelidad de su pareja¹¹.

Estos tipos de celos, caracterizados por ser infundados o desproporcionados, no tienen nada que ver con los celos normales que se refieren a la relación de compromiso y de angustia emocional cuando uno piensa que la pareja pueda implicarse en una relación sentimental con otra persona¹².

III. ALTERACIONES DE LA PERSONALIDAD

Muchos hombres violentos contra la pareja no están afectados por un trastorno mental propiamente dicho, pero, sin embargo, presentan un estilo anómalo de personalidad (inmadurez, inestabilidad emocional, ira descontrolada) que facilita su implicación en conductas violentas contra otras personas, y también contra su pareja.

En concreto, el *trastorno antisocial de la personalidad* (la psicopatía), caracterizado por la manipulación, falta de empatía en las relaciones interpersonales y ausencia de remordimiento ante el dolor causado, propicia la aparición de conductas violentas y crueles. Cuando el maltratador tiene rasgos psicopáticos, habitualmente plantea exigencias irracionales, muestra un desapego

¹⁰ MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Celos. Claves para comprenderlos y superarlos*, Barcelona. Paidós, 2013.

¹¹ ECHEBURÚA, E. y AMOR, P.J.: «Claves psicológicas del feminicidio en la violencia machista contra la pareja», *Boletín Criminológico*, 30, 2024, pp. 1-18.

¹² VENTURA-LEÓN J., LINO-CRUZ C.: «Love, jealousy, satisfaction and violence in young couples: A network analysis», *PLoS One* 18(5): e0285555, 2023.

hacia los hijos, abusa del alcohol o de las drogas, no tiene amigos y es un manipulador que utiliza a los demás en su beneficio¹³.

Muy en relación con el anterior, el *trastorno de personalidad narcisista*, que comparte con él la manipulación e instrumentalización de los demás y la falta de empatía, se caracteriza específicamente por la presencia de sentimientos de grandeza y prepotencia junto con una necesidad de estima permanente¹⁴.

A su vez, el *trastorno límite o borderline*, en el que son frecuentes la impulsividad, el miedo al abandono, la inestabilidad emocional y un sentimiento crónico de vacío, facilita la aparición de conductas disruptivas e impredecibles en la relación de pareja¹⁵.

Por último, el *trastorno de personalidad paranoide*, en el que la desconfianza, los celos y los recelos están presentes de forma constante, también pueden dar lugar a inestabilidad e incluso violencia en la relación de la pareja¹⁶.

En resumen, hay cuatro dimensiones de personalidad implicadas generalmente en las conductas violentas: 1) la impulsividad; 2) la falta de regulación emocional; 3) el narcisismo y las amenazas al yo; y 4) el estilo de personalidad paranoide¹⁷.

IV. DÉFICITS PSICOLÓGICOS

Los déficits psicológicos pueden ser muy variables, pero, de una forma u otra, y a diferencia de los trastornos mentales, están presentes en todos los casos de violencia machista¹⁸ (figura 1).

¹³ FERNÁNDEZ-SUÁREZ, A., PÉREZ, B., HERRERO, J., JUARROS-BASTERRETXE, J. y RODRÍGUEZ-DÍAZ, F.J.: «The role of psychopathic traits among intimate partner-violent men: A systematic review», *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 9, 2018, pp. 84-114.

¹⁴ OLIVER, E., COATES, A., BENNETT, J.M. y WILLIS, M.L.: «Narcissism and Intimate Partner Violence: A Systematic Review and Meta-Analysis», *Trauma, Violence, and Abuse*, 25, 2024, pp. 1871-1874.

¹⁵ TASKALE, N., BABCOCK, J.C. y GOTTMAN, J.M.: «A Dyadic Analysis of the Relationships Between Antisocial and Borderline Personality and Intimate Partner Violence Perpetration», *Journal of Interpersonal Violence*, 40, 2025, pp. 1959-1974.

¹⁶ EXPÓSITO-ÁLVAREZ, C., LILA, M., GRACIA E. y MARTÍN-FERNÁNDEZ, M.: «Risk Factors and Treatment Needs of Batterer Intervention Program Participants with Substance Abuse Problems», *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 13, 2021, pp. 87-97.

¹⁷ ECHEBURÚA, E. y AMOR, P.J.: «Claves psicológicas del feminicidio en la violencia machista contra la pareja», *Boletín Criminológico*, 30, 2024, pp. 1-18.

¹⁸ ABIÑADER, M. A., GRAHAM, L.M. y KAFKA, J. M.: «Examining intimate partner violence-related fatalities: past lessons and future directions using US national data», *Journal Family Violence*, 12, 2023, pp. 1-12.

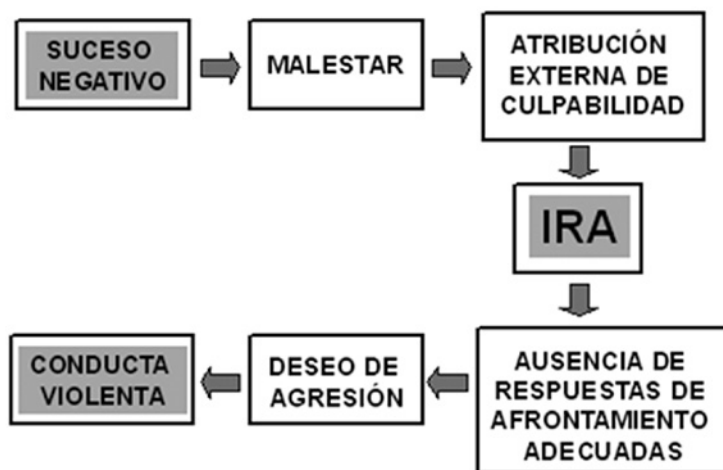


Figura 1. Secuencia del comportamiento violento

1. Falta de control sobre la ira

Los hombres violentos contra la pareja tienden a ser impulsivos y a mostrar una pérdida de control sobre la ira, así como actitudes de hostilidad hacia la pareja. La ira suele venir acompañada de ciertos gestos físicos, como fruncir el ceño, apretar los dientes, sentirse acalorado o hincharse la yugular. Es más, los que ejercen una violencia más grave presentan niveles más elevados de ira y de hostilidad, así como un peor pronóstico.

En muchos casos la ira es la respuesta a una situación de malestar en la convivencia o una forma inadecuada de hacer frente a los problemas cotidianos (por ejemplo, a las dificultades en la educación de los hijos o a la falta de acuerdos sobre el ocio, el control de la economía o los espacios de intimidad personal)¹⁹.

2. Dificultades en la expresión y captación de emociones

Muchos conflictos en las relaciones de pareja tienen que ver con las dificultades en la expresión y captación de emociones. En este sentido, muchos

¹⁹ MATEO-FERNÁNDEZ, P.V., OSA-SUBTIL, I., RONZÓN-TIRADO, R. y DE LA PEÑA FERNÁNDEZ, M.E.: «Batterer typologies: substance use, impulsivity and results of an IPVAV offender treatment program in Spain», *Frontiers in Psychiatry*, 15:1492218, 2025.

agresores no saben expresar sus sentimientos o lo hacen de una manera inadecuada; en otros casos, no saben captar ni interpretar adecuadamente los sentimientos de su pareja.

A su vez, la inhibición de los sentimientos y una percepción distorsionada de la realidad (por ejemplo, percibir situaciones en la pareja como amenazantes cuando no lo son) pueden llevar a conflictos que, al no saber resolverse de otra manera, se expresan de forma violenta. En definitiva, este *analfabetismo emocional* dificulta el establecimiento de relaciones de intimidad y de amistad y facilita los comportamientos violentos cuando se dan otros factores (por ejemplo, hostilidad contra la pareja, distorsiones cognitivas, ira, estrés, etcétera)²⁰.

3. Distorsiones cognitivas sobre la mujer y la relación de pareja

Los hombres maltratadores suelen estar afectados de partida por numerosos sesgos cognitivos, que implican creencias equivocadas sobre los roles de género y sobre la supuesta inferioridad de la mujer con respecto al hombre, así como ideas distorsionadas sobre la legitimación de la violencia como forma de resolver los conflictos.

A su vez, dentro del contexto de la violencia de pareja, muchos agresores emplean estrategias de afrontamiento para eludir la responsabilidad propia de las conductas violentas mediante su negación, minimización o justificación. Pueden alegar que se trata de un problema que afecta a ambos («en todas las parejas hay problemas») o que surge por culpa de la mujer («fue ella la que me provocó; es ella la que tiene que cambiar»), hacer atribuciones externas («los problemas del trabajo me hacen perder el control») o incluso personales («estoy pasando una mala racha»). Todo ello tiene por objetivo eludir de algún modo la responsabilidad de los comportamientos violentos o restar importancia a las consecuencias negativas de esa conducta para la víctima.

Esta desconexión moral posibilita al agresor no sufrir emocionalmente en exceso ante la violencia ejercida contra su pareja. En definitiva, cuando una conducta genera malestar al pensar fríamente en ella o es rechazada socialmente, se utilizan estrategias de afrontamiento o distorsiones cognitivas para

²⁰ ECHEBURÚA, E.: *Violencia y trastornos mentales*, cit.

eludir la responsabilidad y atenuar el malestar interno que podría generar en el agresor²¹.

Por otra parte, las víctimas pueden presentar también distorsiones cognitivas que explican el mantenimiento en el tiempo de una relación tóxica (tabla 1).

Tabla 1. Ejemplos de distorsiones cognitivas en función de las fases del maltrato

Distorsiones cognitivas	Ejemplos
1.ª Fase	
Negación o minimización del problema.	«Tenemos nuestros más y nuestros menos». «En todas las parejas hay roces».
Autoengaño y negación de su victimización.	«El maltrato es mucho más que recibir de vez en cuando alguna patada, empujones o insultos». «Yo no soy una de esas mujeres maltratadas como las que salen en la tele».
Justificación de la conducta violenta.	«Mi pareja es muy pasional y a veces se deja llevar por el enfado». «Su intención no era golpearme; solo quería hacerme ver que tenía razón».
Atención selectiva a los aspectos positivos de su pareja.	«Él es mi único apoyo en la vida». «¿Adónde voy a ir con mis dos hijos y quién me va a querer más que mi pareja?».
2.ª Fase	
Sobrevaloración de la esperanza de cambio en su pareja.	«Con el tiempo cambiará; hay que darle tiempo». «Algún día cambiará porque en el fondo es buena persona». «Cuando nazca nuestro hijo, se tranquilizará».
Sentimientos de culpa.	«¡Me lo tengo merecido!».
	«¡Seguramente no soy todo lo buena esposa que debiera!».
	«¡Alguna vez me ha dicho que lo provoqué!, ¿será cierto?».
	«¡La culpa es mía por haberme emparejado con él!».

²¹ Guerrero-Molina, M., Moreno-Manso, J.M. y Guerrero-Barona, E. e: «Aggressors condemned for intimate partner violence: Sexist attitudes and distorted thoughts about women and the use of violence», *Current Psychology*, 42, 2023, pp. 560–570.

Distorsiones cognitivas	Ejemplos
3. ^a Fase	
Justificación de la permanencia en la relación y dependencia emocional.	«Por un momento malo no vamos a separarnos y tirar por la borda cinco años de vida en común». «Si abandono a mi pareja, ¿qué será de él?, ¿qué será de nuestros hijos?, ¿qué será de mí?». «El matrimonio conlleva sacrificio y esfuerzo». «El amor lo puede todo». Si no fuera violento, sería la pareja ideal». «Sigo con él porque es el amor de mi vida». «Lo que yo quiero es que usted le diga que no me vuelva a pegar».
Resignación.	«¡Qué le vamos a hacer!; la vida es así y yo elegí casarme con él». «Mi única alternativa es seguir con él; no tengo otra opción». «¡Aunque me pegue, es mi pareja y debo cuidar de él! Mi marido pierde el control cuando bebe».

4. Déficits en habilidades de comunicación y de solución de problemas interpersonales

Los maltratadores suelen presentar unas habilidades de comunicación muy limitadas y una baja tolerancia a la frustración, así como estrategias inadecuadas para solucionar los problemas interpersonales. Estos déficits, unidos a los conflictos y los problemas cotidianos, pueden generar un estrés permanente y actuar como desencadenantes de los episodios violentos contra la pareja²².

5. Baja autoestima

Muchos agresores que se caracterizan por tener baja autoestima tratan de dominar y controlar obsesivamente a su pareja, o incluso pueden recurrir a la violencia, como medio para conseguir una estima que no logran de otra forma. Sin embargo, la reiteración de la violencia no hace sino empeorar autoestima

²² ECHEBURÚA, E., AMOR, P.J., SARASUA, B., ZUBIZARRETA, I., CAMARILLO, L. y FERRE, F.: «La dependencia emocional», *cit.*, pp. 1-7.

del agresor. En estos casos se podría hablar de una violencia por compensación, en donde quien ejerce la violencia muestra una gran inseguridad e intenta superar sus frustraciones con quien tiene más a mano y no le va a responder. A su vez, los agresores que tienen baja autoestima tienden a percibir muchas situaciones como amenazantes y minimizan, por ello, la gravedad de su comportamiento violento.

Sin embargo, en otros casos los agresores se perciben o se muestran ante los demás con una elevada autoestima que, lejos de ser saludable, no es más que el reflejo de una distorsión de su autoimagen con tintes narcisistas que igualmente denota una profunda inseguridad. Estas personas pueden vulnerar los derechos de los demás, mostrar poca empatía y comportarse violentamente ante situaciones percibidas como una afrenta a su dignidad (llevarles la contraria, quitarles autoridad ante otras personas, etcétera)²³.

V. CONCLUSIONES

Para algunos hombres la libertad conquistada por las mujeres atenta contra la esencia de su identidad. En concreto, la ruptura no deseada de la pareja desencadena en hombres vulnerables graves consecuencias de dolor y frustración. Sentirse rechazados y abandonados puede generar desesperanza, ira y falta de expectativas futuras. La desintegración del proyecto de vida y, en ocasiones, el reproche familiar, penal o social, valorado subjetivamente como una agresión injusta, puede incitar a la venganza, sobre todo si el agresor se siente humillado²⁴.

Hay personas en apariencia normales que pueden llevar a cabo conductas profundamente reprobables en situaciones concretas que desbordan sus estrategias de afrontamiento. La constatación en el hombre de que el tipo de relación de dominio, sobre la que el varón ha construido su propia existencia, llega a su fin puede producir en este una descompensación extrema que altera profundamente la relación de pareja y puede generar señales de alarma (tabla 2).

²³ EXPÓSITO-ÁLVAREZ, C., LILA, M., GRACIA E. y MARTÍN-FERNÁNDEZ, M.: «Risk Factors and Treatment Needs», *cit.*, pp. 87-97.

²⁴ ECHEBURÚA, E. y AMOR, P.J.: «Claves psicológicas del feminicidio», *cit.*, pp. 1-18.

Tabla 2. Señales de alarma de una relación de pareja violenta

Señales de alarma en el agresor	Señales de alarma en la víctima
• Intenta reiteradamente controlar la conducta de la pareja. • Se muestra posesivo con la pareja. • Es extremadamente celoso. • Aísla a la pareja de familiares y amigos. • Muestra conductas humillantes o actos de crueldad hacia la víctima. • Recurre a las amenazas o a la intimidación como medio de control. • Presiona a su pareja para mantener relaciones sexuales. • Culpa a la víctima de los problemas de la pareja. • Minimiza la gravedad de las conductas de abuso. • Tiene cambios de humor imprevisibles o accesos de ira intensos, sobre todo cuando se le ponen límites. • Su autoestima es muy baja. • Tiene un estilo de comportamiento violento en general. • Justifica la violencia como una forma de resolver los conflictos. • Se muestra agresivo verbalmente. • Responsabiliza a otras personas por sus problemas o dificultades. • Manifiesta creencias y actitudes sobre la subordinación de la mujer al hombre. • Cuenta con una historia de violencia con parejas anteriores. • Tiene un consumo abusivo de alcohol y drogas.	• Tiene cambios en el estado de ánimo que antes no tenía. • Muestra actualmente una baja autoestima. • Se siente rara, con problemas de sueño, nerviosismo, dolores de cabeza, etc. • Se muestra confusa e indecisa respecto a la relación de pareja. • Experimenta sentimientos de soledad. • Se aísla de amigos y familiares o carece de apoyo social. • Miente u oculta a sus padres o amigos conductas abusivas de su pareja. • Muestra señales físicas de lesiones: marcas, cicatrices, moratones o rasguños. • Le cuesta concentrarse en el estudio o en el trabajo. • Tiene conciencia de peligrosidad (temor sobre nuevos episodios de violencia). • Ha sufrido violencia en relaciones de pareja anteriores. • Tiene un consumo abusivo de alcohol y drogas.

Salvo raras excepciones, en que estas personas pueden padecer un trastorno psicótico, con ideas delirantes, o una depresión grave, los hombres violentos contra la pareja no presentan propiamente un trastorno mental y son, por ello, responsables de sus actos. Sin embargo, muchos de ellos pueden mostrar síntomas subclínicos, como impulsividad y falta de control de la ira, ausencia

de empatía, celos infundados o abuso de alcohol y drogas, así como tener distorsiones cognitivas en relación con la subordinación de la mujer o la justificación de la violencia. En concreto, el maltrato habitual reciente y los celos arraigados –o las conductas controladoras extremas– constituyen una combinación de alto riesgo. Además, estos agresores suelen tener un historial de conductas violentas, bien con parejas anteriores, bien con otras personas –por ejemplo, compañeros de trabajo– o incluso consigo mismos –intentos de suicidio–, y muestran una situación social complicada, como sentirse rechazados por los hijos o no tener a nadie a quien recurrir²⁵.

Al margen de ciertos arrebatos impulsivos de ira, los hombres violentos, con una ideología machista y con una visión en túnel, pueden mostrar una gran dependencia emocional hacia su pareja, estar obsesionados con ella o no asumir la ruptura y el abandono. La incapacidad de gestionar la frustración de sus expectativas es un factor que aparece con frecuencia en los agresores. En cierto modo el control y dominio sobre la víctima representan una violencia por compensación²⁶.

Los hombres violentos contra la pareja no son habitualmente enfermos mentales, pero presentan déficits psicológicos importantes que son susceptibles de tratamiento. Una razón adicional para el tratamiento de los agresores es el carácter crónico de la violencia contra la pareja. Se trata de una conducta sobreaprendida por parte del maltratador, que está consolidada en su repertorio de conductas por los beneficios logrados: obtención de la sumisión de la mujer o sensación de poder. Si se produce una separación o divorcio y el hombre violento se vuelve a emparejar, se puede predecir que va a haber más adelante una repetición de las conductas de maltrato con la nueva pareja. Por ello, la prevención de futuras víctimas también hace aconsejable el tratamiento psicológico del agresor²⁷.

Ya hay programas de tratamiento disponibles para hombres violentos contra la pareja, bien en un régimen comunitario, bien en prisión o bajo control judicial. Tratar a un maltratador no significa verlo como *enfermo* y considerarlo no responsable de sus conductas violentas. No se trata de estigmatizar a

²⁵ CAMAN S., STURUP J. y HOWNER K.: «Mental disorders and intimate partner femicide: clinical characteristics in perpetrators of intimate partner femicide and Male-to-Male Homicide», *Frontiers in Psychiatry*, 21(13), 2022, 844807; GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J. L., GARRIDO, M. J., LÓPEZ-OSSORIO, J. J., MUÑOZ, J. M., ARRIBAS, A., CARBAJOSA, P., y BALLANO, E.: «Revisión Pormenorizada de Homicidios de Mujeres en las Relaciones de Pareja en España», *Anuario de Psicología Jurídica*, 28, 2018, pp. 28-38.

²⁶ ECHEBURÚA, E. y AMOR, P.J.: «Claves psicológicas del feminicidio», *cit.*, pp. 1-18.

²⁷ SOUSA, M., ANDRADE, J., CASTRO, A., CARIDADES, S. y CUMBA, O.: «The Effectiveness of Intervention Programs», *cit.*, pp. 4188-4203.

estas personas, sino de ayudarles a asumir su responsabilidad y a superar sus carencias psicológicas²⁸.

El tratamiento psicológico resulta un instrumento útil solo en aquellos casos en los que el agresor es consciente de su problema, asume su responsabilidad en los episodios de violencia y se muestra motivado para modificar su comportamiento violento. En cualquier caso, la motivación para el tratamiento es el motor del cambio y la piedra angular del éxito en un programa terapéutico con maltratadores. Solo con un enfoque amplio, en donde se integren medidas judiciales, sociales y psicológicas o médicas, se puede hacer frente de forma eficaz a la violencia contra la pareja.

Por último, las actitudes ambivalentes de las víctimas, con las que hay que contar en el ámbito de la violencia machista, constituyen una rémora para su protección efectiva. Hay víctimas que se niegan a declarar contra su pareja, otras que mienten y otras que, tras presentar una denuncia –solo el 31% de las víctimas asesinadas en 2024 en España lo habían hecho–, se retractan posteriormente de su testimonio.

²⁸ ECHEBURÚA, E. Y AMOR, P.J.: «Hombres violentos contra la pareja: ¿tienen un trastorno mental y requieren tratamiento psicológico?», *Terapia Psicológica*, 34, 2016, pp. 31-40.

129. LA INVESTIGACIÓN DE LA TORTURA Y MALOS TRATOS EN EL PAÍS VASCO ENTRE 1960 Y 2014 REALIZADA POR EL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA

FRANCISCO ETXEBERRIA

Médico Especialista en «Medicina Legal y Forense»

Profesor Titular de Medicina Forense de la Universidad del País Vasco (EHU)¹

I. INTRODUCCIÓN. UNA INICIATIVA DE LA SECRETARÍA GENERAL PARA LA PAZ Y LA CONVIVENCIA DEL GOBIERNO VASCO²

Siendo director del Instituto Vasco de Criminología - Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC-KREI) de la EHU el Profesor Dr. José Luis de la Cuesta, la Secretaría General para la Paz y la Convivencia del Gobierno Vasco

¹ Esta investigación fue realizada en el Instituto Vasco de Criminología bajo la dirección de Francisco Etxeberria, Carlos Martín Beristain y Laura Pego y en la misma participaron de forma muy relevante Maitane Arnos, Eva García, Leire Padilla y Rakel Pérez: ETXEBERRIA, F./MARTÍN-BERISTAIN, C./PEGO, L.: Informe Proyecto de Investigación sobre la tortura y malos tratos en el País Vasco 1960-2014, Vitoria-Gasteiz: Secretaría General de Derechos Humanos Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, 2014.

² El informe completo puede consultarse en la web del Gobierno Vasco: https://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/10779/INFORME_FINAL_-_investigacion_tortura_y_malos_tratos_18-12-2017.pdf

Tampoco pueden olvidarse otras iniciativas que se han producido en la Comunidad Autónoma del País Vasco como son el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco. A través de este decreto se han reconocido 187 personas como víctimas de vulneraciones de derechos humanos causadas por abuso de poder o uso ilegítimo de la violencia policial entre 1960 y 1978. Así como la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999. Comunidad Autónoma del País Vasco «BOPV» núm. 151, de 10 de agosto de 2016 «BOE» núm. 219, de 10 de septiembre de 2016 Referencia: BOE-A-2016-8345 que actualmente se encuentra en desarrollo.

solicitó en 2014 el proyecto de investigación que formaba parte de la iniciativa número 6 incluida en el «*Plan de Paz y Convivencia 2013-16*. Un objetivo de encuentro social» del Gobierno Vasco.

Tal y como se menciona en dicha propuesta «la tortura es una de las vulneraciones de derechos humanos más deleznables que puedan existir. Es un fenómeno factible porque el trato con los detenidos se produce en espacios y tiempos que puedan quedar exentos de control. La opacidad crea condiciones de impunidad, y la impunidad crea condiciones propicias a este tipo de prácticas. La mera sospecha razonable de la existencia de la tortura debe llevar a cualquier persona o institución comprometida con los valores de la democracia y los derechos humanos a despejar esa duda y a tomar cuantas medidas sean necesarias para prevenir este fenómeno. Detectar la posibilidad de la tortura y actuar ante ella no debilita ni al sistema democrático ni a los cuerpos policiales; todo lo contrario, refuerza su legitimidad y el compromiso con este». Posteriormente añade que «La administración tiene la obligación ética, política y legal de garantizar a sus ciudadanos la seguridad de que el trato a los detenidos es respetuoso con los derechos humanos y que, en todo caso, se adoptan cuantas medidas sean necesarias para prevenir este fenómeno y para detectarlo y corregirlo caso de que se produzca».

Para ello se parte de una abundante información generada a lo largo del tiempo y de varios informes realizados con carácter oficial en los últimos años, como son: «Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política» (2008), de Jon Mirena Landa, director de Derechos Humanos del Gobierno Vasco. «Documentación de la tortura en detenidos incomunicados en el País Vasco desde el 2000 al 2008: abordaje científico» (2009), de Jon Mirena Landa³, director de Derechos Humanos

Y del igual modo, el encargo del Gobierno de Navarra al IVAC-KREI en 2018 para conocer la incidencia real de la tortura y los malos tratos en la Comunidad Foral con el fin de establecer las conclusiones en materia de reconocimiento y reparación que pudiera tener lugar donde se han documentado 1068 casos. De este modo, se puso en marcha la Ley Foral 22/2022, de 1 de julio, para la modificación de la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos (BON de 14 de julio de 2022), actualmente en desarrollo. El informe puede consultarse en: https://www.ehu.eus/documents/1736829/1923443/Informe+Navarra+Tortura+II_2023+.pdf/c7fa0ec2-eaf3-683a-1faa-1c545c7aaf84?t=1707040777868

³ Sobre las cuestiones aquí recogidas, ver, entre otros: LANDA, J.M.: *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketen biktimak*. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 2009; LANDA, J.M.: «La tortura en relación con la banda terrorista ETA: estado de la jurisprudencia penal. A la vez un comentario a la STS 2 noviembre 2011 (caso Portu y Sarasola)», en *Jueces para la Democracia*, n.º 73, 2012. pp. 81-104; MORENTIN, B./LANDA, J.M.: «La tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial», en *Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 25, 2011, pp. 49-73.

del Gobierno Vasco. «Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)» de Manuela Carmena, Jon Mirena Landa, Ramón Múgica y Juan M.^a Uriarte (2013) por encargo de la Secretaría General de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco. Informe de la «Comisión de Valoración sobre víctimas de violaciones de derechos humanos y otros sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco 1960-1978)» puesta en marcha por la Dirección de Víctimas y Derechos Humanos del Gobierno Vasco y cuyos resultados también han sido publicados en el documento titulado «Saliendo del olvido» (2017).

A lo anterior se puede añadir una abundante bibliografía que tiene su propia tradición en el IVAC-KREI si recordamos, entre otros, el trabajo del Profesor Iñaki Muñagorri⁴ y el del Profesor José Luis de la Cuesta⁵. También se puede recordar que en el libro homenaje al Profesor Antonio Beristain, publicado en 1989 por el IVAC-KREI, se contempla un artículo con esta misma temática⁶. Posteriormente se han realizado otras investigaciones y entre ellas la tesis doctoral de la Dra. Laura Pego Otero⁷.

La legitimidad del Gobierno Vasco para impulsar iniciativas relacionadas con el análisis de la tortura en esta Comunidad Autónoma se ha visto posteriormente reforzada si tenemos en cuenta la aprobación por las Cortes Generales de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, ya que en la misma se señala la obligación de analizar estos hechos atendiendo el derecho de las víctimas a conocer la verdad hasta el año 1978.

⁴ MUÑAGORRI, I.: «Leyes especiales y Estado autoritario. Un punto de vista jurídico», en AAVV: *Tortura y Sociedad*. Edición preparada por el Seminario contra la tortura de la Facultad de Filosofía de Zorroaga. Madrid: Ed. Revolución, 1982. Posteriormente, entre otras publicaciones: MUÑAGORRI, I.: «Privación de libertad y derechos fundamentales: notas sobre la tortura», en Azpilcueta: *Cuadernos de Derecho*, n.º 20, 2008, pp. 215-226.

⁵ DE LA CUESTA, J.L.: *El delito de tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, Barcelona: J.M. Bosch. 1990.

⁶ TAMAYO, G./ÉTXEBERRIA, F.: «Los médicos y la tortura», en De la Cuesta, J.L./Dendaluce, I./Echeburúa, E. (dirs.): *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989. pp. 401-409.

⁷ PEGO, L.: *Justicia transicional. Los derechos de las víctimas por la aplicación indebida de la detención incommunicada*. Tesis Doctoral dirigida por el Profesor Dr. Ignacio Muñagorri, EHU, 2017. En la línea indicada pueden encontrarse, entre otras, las siguientes publicaciones de esta misma autora: PEGO, L.: «Imprescriptibilidad del delito de tortura cumpliendo con el mandato del Derecho Internacional en favor de las víctimas», en De la Mata Barranco, N.J. Pérez Machío, A.I. (dirs.)/Berasaluze Gerrikagoitia, L./Colomo Iraola, H. (coords.): *Personas vulnerables y tutela penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023. pp. 295-314; PEGO, L.: «Justicia Transicional y su utilidad en sistemas democráticos», en Pérez Machío, A.I./De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dirs.): *Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 195-206; PEGO, L.: «El informe sobre la tortura y los malos tratos en el País Vasco», en Pérez Machío, A.I./De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dirs.): *Una política victimal comprometida*, Valencia: Tirant lo Blanch. 2022, pp. 79-90.

Así en el preámbulo de la Ley se indica: *En ese marco, la sociedad española tiene un deber de memoria con las personas que fueron perseguidas, encarceladas, torturadas e incluso perdieron sus bienes y hasta su propia vida en defensa de la democracia y la libertad.*

Por otra parte, dos artículos de esta Ley aluden al término tortura:

Artículo 2 al referirse a los Principios Generales: 3. Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables.

Artículo 3 referido a la tipología de victimación reconoce a: ... b) Las personas que sufrieron privaciones de libertad o detenciones arbitrarias, torturas o malos tratos como consecuencia de la Guerra, la lucha sindical y actividades de oposición a la Dictadura. c) Las personas que padecieron deportación, trabajos forzados o internamientos en campos de concentración, colonias penitenciarias militarizadas, dentro o fuera de España, y padecieron torturas, malos tratos...

II. OBJETIVOS: ELABORACIÓN DEL CENSO Y VALORACIÓN DE LA CREDIBILIDAD

Organismos internacionales competentes en el estudio de la tortura y los malos tratos como el CPT (Comité Europeo para la Prevención de la Tortura), el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y su Relator Especial⁸, así como Organizaciones No Gubernamentales como Amnistía Internacional o Human Right Watch, entre otras, han expresado reiterada y coincidentemente en sus informes su preocupación porque el fenómeno de la tortura en España no puede considerarse superado o porque su existencia no puede reducirse a una mera casuística solamente incidental o esporádica.

En esta investigación se tuvieron como objetivos principales:

- Realizar un estudio científico que nos acerque a la realidad objetiva del fenómeno de la tortura en nuestro contexto recogiendo los antecedentes y elaborando un censo a lo largo del tiempo entre 1960 y 2014.
- Proponer las medidas de reconocimiento, reparación y prevención que sean necesarias y plausibles a la luz de las conclusiones de ese estudio.

⁸ En este sentido: Naciones Unidas: Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven, sobre su visita a España, E/CN.4/2004/ADD.2, 6 de febrero, 2004.

Para ello la investigación se desarrolló siguiendo un índice que de forma resumida planteaba las siguientes cuestiones:

- Definiciones y marco conceptual.
- Prueba médica pericial en relación a los malos tratos y tortura: contextualización forense.
- Metodología: actividades desarrolladas.
- Análisis estadístico de los casos: resultados.
- Análisis estructurado de 202 casos de alegaciones de tortura mediante el Protocolo de Estambul de Naciones Unidas seleccionados aleatoriamente.
- Estudio cualitativo sobre casos emblemáticos para conocer la experiencia humana de las víctimas, las consecuencias sufridas, las respuestas sociales e institucionales recibidas y el impacto en la vida de las víctimas.
- Conclusiones y recomendaciones.

III. CONFIGURACIÓN DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

En el marco del IVAC-KREI de la EHU, se configuró un equipo multidisciplinar integrado por titulados en ámbitos como el Derecho, Psicología, Criminología, Medicina Forense, Informática, hasta un total de 55 profesionales, contacto con tres observadores internacionales: Dra. Elisabeth Lira (Psicóloga, miembro de la Comisión Valech, Chile); Dra. Helena Solà (Jurista, Organización Mundial Contra la Tortura, Suiza); Dr. Nuno Viera (Médico Forense, Presidente del Consejo Europeo de Medicina Legal). Asimismo, participaron como asesores del IVAC-KREI: Dr. José Luis de la Cuesta, Dr. Ignacio Muñagorri y Dra. Ana Pérez Machio.

IV. RESULTADOS DEL CENSO: DATOS ESTADÍSTICOS

Entre 1960 y hasta la actualidad ha existido una preocupación constante en materia de tortura y malos tratos, especialmente en casos bajo régimen de incomunicación, siendo varios miles las personas que han denunciado de forma pública y/o judicial haber sido objeto de malos tratos y/o torturas por parte de funcionarios públicos policiales, a lo largo de los distintos periodos históricos y con distinta severidad en las modalidades del maltrato.

En la investigación llevada a cabo se ha establecido un censo de 4.113 casos de personas (17% mujeres y 83% hombres) que han denunciado de forma pública y/o judicial haber sido objeto de malos tratos y/o torturas por parte de funcionarios públicos policiales. De ellas, un 17% lo han sido en más de una ocasión, por lo que el número total de personas que denunciaron torturas es de 3.415. Estas cifras se encuentran por debajo de la dimensión real de los afectados, ya que al menos en el periodo de la dictadura y primeros años de la transición hasta 1978 solamente hemos podido registrar 1.081 (son el 26,4% del total de los registrados), mientras la práctica generalizada de la tortura en esa época señala que su dimensión fue mucho mayor. Por otra parte, hay que considerar que existen registros de otras personas que no pudieron ser contactadas, que no tuvieron la confianza en el momento para confirmar su denuncia o incluso trataron de olvidar y poner distancia sobre lo sucedido, y que de otros casos ni siquiera existían registros. La evolución histórica de estas denuncias permite constatar un descenso paulatino de las mismas a partir del año 2004, no existiendo ningún caso registrado en nuestro poder el 2015 y 2016. La siguiente gráfica da cuenta del conjunto de casos, tanto de las denuncias recogidas como de las denuncias ratificadas personalmente por las personas denunciantes para este estudio y los casos relativos al Protocolo de Estambul.

Gráfica 1. Representación gráfica de la distribución de los casos contemplados en el presente estudio: número de casos denunciados, número de casos ratificados por los afectados, número de casos con Protocolo de Estambul



La información generada se ha contemplado en tres ámbitos de interés con el fin de garantizar los elementos de convicción suficientes para acreditar

los hechos, esto es la prueba testifical, la prueba documental y la prueba pericial con más de 26.113 documentos analizados. Esta documentación constituye el mayor archivo sobre los casos de malos tratos y torturas, y por sí mismo una documentación enormemente relevante para la investigación de las violaciones de derechos humanos, el trabajo de futuros mecanismos institucionales de reconocimiento y la memoria colectiva de Euskadi.

En tal sentido, el proyecto recogió 500 testimonios directos de víctimas de tortura y malos tratos, que junto con el material documental de testimonios recogidos anteriormente y recopilados por esta investigación en audio y en video son más de 1.027. Además, se practicó un estudio como prueba pericial en base al Protocolo de Estambul de Naciones Unidas (2000), que se ha aplicado a 202 personas. El 76% de estas personas se refieren al periodo posterior a 1978, en diferentes épocas, el 20% al periodo de la dictadura y primeros años de la transición y el 4% a personas detenidas en ambos periodos.

El estudio cualitativo y legal que forma parte de este trabajo dan cuenta de las sentencias de tribunales como Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo con condenas firmes en casos producidos entre 1979-1992. En dichos casos se demostró la práctica de torturas brutales contra personas detenidas, y que se dieron en los mismos centros de detención, tanto de la Policía como de la Guardia Civil. En total se han producido 20 sentencias firmes del Tribunal Supremo, con 9 sentencias condenatorias que corresponden a la Policía Nacional y 11 a la Guardia Civil, condenando a 49 funcionarios (1 mujer y 48 hombres) por hechos cometidos contra 31 personas (4 mujeres y 27 hombres) bajo régimen de incomunicación. Ninguna condena se ha dado contra la Ertzaintza por estos tribunales.

Tabla 1. Resoluciones condenatorias del Tribunal Supremo

Hechos	Víctimas	Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	Cuerpo policial	Número de condenados
1979	Xabier Onaindia.	Bilbao 29/03/83	19/06/85	PN	2
1980	Josu Torre.	Bilbao 20/07/87	23/04/90	GC	3
1980	Juan José Cazalis.	San Sebastián 26/05/84	27/03/87	GC	1

Hechos	Víctimas	Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	Cuerpo policial	Número de condenados
1980	Juan José Larrinaga. Roberto Zabala. Ernesto Alberdi. Fernando Irakulis. Juan Luis Irakulis. Agustín Gisasola. Juan A. Urrutia.	Bilbao 24/07/01	19/11/03	GC	2
1981	Joxe Arregi.	Madrid 13/09/85	25/09/89	PN	2
1981	Tomás Linaza.	Bilbao 16/11/90 11/12/98 28/07/98	16/12/93	GC	2
1981	Mikel Ruiz.	Bilbao 18/04/95	17/07/97	PN	2
1982	Juana Goikoetxea.	San Sebastián 15/07/87	(Auto 04/04/91) 30/01/92	GC	5
1982	Ana Ereño.	Bilbao 28/11/97	25/01/99	PN	5
1982	Juan Carlos Garmendia.	San Sebastián 28/09/93 02/11/94	20/06/94 20/11/95	GC	3
1982	Enrique Erregerena.	Madrid 21/01/97	03/07/98	PN	4
1983	Jokin Olano.	San Sebastián 22 /09/92	01/02/94	GC	5
1983	José Mari Olarra. Lucio Olarra. Víctor Olarra. Ignacio Olaetxea.	San Sebastián 21 /11/86	24/02/90	GC	1
1983	Iker Eguskizaga.	Bilbao 05 /04/95	18/03/97	PN	2
1983	Javier Fernández.	Bilbao 18/02/97	02/06/98	PN	2
1984	Kepa Otero. José Ramón Quintana.	Bilbao 17/02/97	31/05/99	PN	1
1984	M.ª Dolores Barrenetxea. Jasone Sánchez.	Bilbao 26/10/94	19/12/96	GC	2

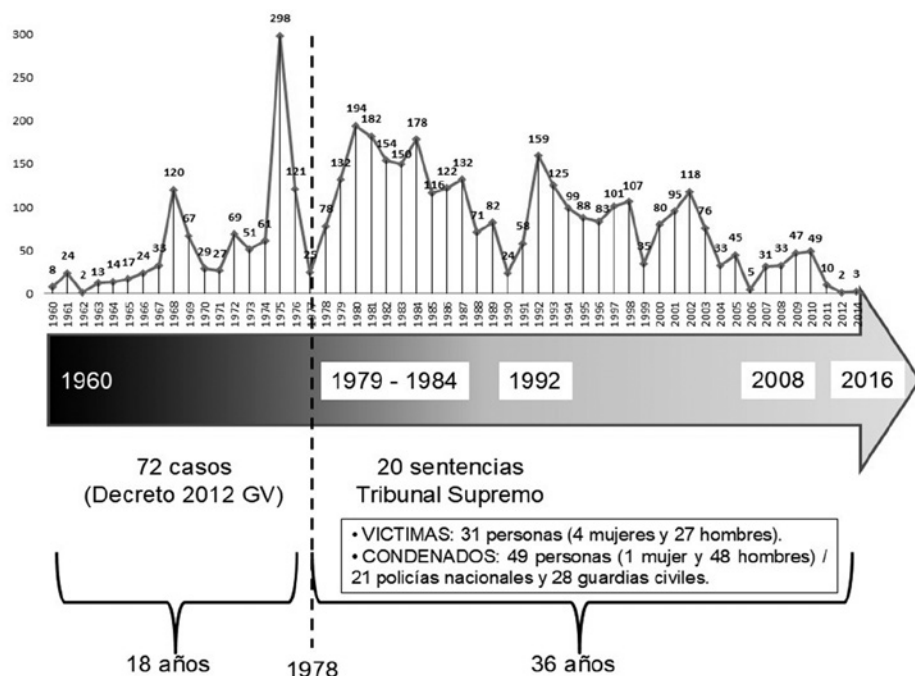
Hechos	Víctimas	Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	Cuerpo policial	Número de condenados
1984	Ildfonso Salazar.	San Sebastián 28/03/1988		GC	1
1986	Bixente Malaxetxeberria.	Vitoria 15/12/88	17/11/90	PN	1
1992	Kepa Urrea.	Bilbao 7/11/97	30/09/98	GC	3

En las últimas décadas, diferentes organismos internacionales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos han condenado a España por incumplimiento de las obligaciones contraídas para la investigación de la tortura y su prevención. Así, se han dado resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuatro casos para personas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (hechos de 2002, 2003 y 2011 relacionados con detenciones llevadas a cabo por la Guardia Civil), tres casos de la de Comunidad Autónoma de Navarra (hechos de 2009 y 2011 relacionados con detenciones realizadas por la Guardia Civil y una por la Policía Nacional), todas ellas en detenciones bajo régimen de incomunicación de personas acusadas de colaboración o miembros de ETA. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha realizado tres dictámenes condenatorios contra España por no investigar debidamente tres denuncias (hechos sucedidos en 1992 y 2002 relacionados con detenciones llevadas a cabo en dos casos por la Guardia Civil y en una por la Ertzaintza). Por último, el Comité de Derechos Humanos condenó a España en otro caso relacionado con una detención llevada a cabo por la Guardia Civil. En estos casos, los organismos internacionales condenaron al Estado español por no investigar las denuncias, por un uso deficiente de los informes y las pruebas forenses, por no haber practicado pruebas necesarias o por no evaluar las secuelas psicológicas de la tortura.

Estos organismos internacionales señalaron que no pudieron evaluar la práctica de la tortura precisamente porque no se había llevado a cabo una investigación efectiva acorde con los estándares internacionales. Dichas razones se han dado también en casos que no se presentaron a dichos organismos, y cuyas investigaciones adolecen de los mismos problemas que los señalados por dichos organismos. Estas resoluciones internacionales, junto a las que se han dictado internamente por el Tribunal Constitucional, confirman que no se ha realizado una investigación judicial adecuada de estas prácticas. Pese a que el Comité

contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos señalaron además la obligación de llevar a cabo investigaciones sobre los hechos, en ninguno de ellos se ha obtenido ninguna respuesta del Estado en ese sentido y hasta la fecha.

Gráfica 2. Sentencias condenatorias por torturas del Tribunal Supremo: 20 entre 1979 y 1992. Sentencias condenatorias por no investigar torturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 7 entre 2002 y 2011. Casos acreditados por el Decreto de 2012⁹



Como ha sido señalado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa, y ha sido recogido por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de por organizaciones como Amnistía Internacional, la incomunicación de los detenidos, debido a la limitación de derechos básicos que ha supuesto, y la ausencia de garantías de protección efectiva, ha favorecido la práctica de estos malos tratos y torturas y ha limitado de forma notoria la

⁹ V.V.A.A. Saliendo del olvido. Informe de la Comisión de Valoración sobre víctimas de violaciones de derechos humanos y otros sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco 1960-1978, Vitoria-Gasteiz: Dirección de Víctimas y Derechos Humanos, Presidencia, Gobierno Vasco, 2017.

posibilidad de investigación de los mismos. Estos organismos en reiteradas ocasiones han solicitado la supresión del régimen de incomunicación, petición desoída por el Estado.

De forma sistemática las autoridades han negado la existencia de tales prácticas, y de la ausencia de investigación, lo cual es un indicador más de la falta de voluntad de llevar a cabo una erradicación de dichas prácticas o en su caso proteger a los agentes de posibles denuncias falsas.

El estudio constata también una evolución en las formas de maltrato y torturas relatadas por las personas que presentaron denuncias, y por el análisis de casos específicos y los testimonios recogidos tanto para el estudio basado en el Protocolo de Estambul, como en la recogida de testimonios llevada a cabo por el equipo investigador. Dichos hallazgos, provenientes de diferentes fuentes y tipo de estudios, son congruentes al mostrar un cambio en las prácticas de malos tratos y torturas. Dichos cambios se acreditan en que ciertas formas de tortura dejaron de estar presentes en los testimonios de las víctimas, por ejemplo la bañera, la aplicación de electricidad, o las palizas con fuerte evidencia de hematomas que eran relatadas anteriormente y que eran confirmadas por numerosos informes forenses, hasta el inicio de los años 90. La evolución que se constata en las denuncias, incluyendo los casos ante el Comité contra la Tortura o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conlleva la utilización de métodos más difíciles de detectar en exámenes forenses superficiales, tales como maniobras de asfixia como la bolsa, las posturas forzadas o ejercicios extenuantes, las amenazas y humillaciones, el desnudo forzado y vejaciones sexuales.

La investigación seleccionó un grupo de 30 casos emblemáticos que muestran los diferentes hechos de tortura y malos tratos vividos por las víctimas, las consecuencias de las violaciones de derechos humanos y la falta de investigación de las mismas. Dichos casos fueron analizados en profundidad y cuentan con una profusa documentación que acredita tanto la práctica de la tortura como la ausencia de una investigación efectiva. Frente a las respuestas que minimizan el problema, este estudio es una muestra de una historia que no se puede negar. En él se describen de forma pormenorizada los resultados de la investigación judicial en 20 casos, entre 1979 y 1992, con abundante descripción de formas de tormento extremas, la participación de numerosos agentes de las fuerzas de seguridad en esos casos, de la Guardia Civil y la Policía, con lugares específicos donde se llevaron a cabo las torturas, la práctica reiterada en diferentes cuarteles y comisarías, y las condenas a un pequeño grupo de quienes participaron en ellas, con penas de pocos meses de privación de libertad e inhabilitación, que la mayor parte de las veces ni siquiera llegaron a cumplirse.

V. CONTEXTUALIZACIÓN JURÍDICA Y CONTEXTUALIZACIÓN FORENSE

El marco en el que se realiza este estudio viene dado por el derecho internacional de los derechos humanos, y los tratados internacionales que lo desarrollan que señalan las obligaciones de los Estados en materia de investigación, prevención, justicia y reparación sobre la tortura y malos tratos.

La tortura se concibe como forma agravada de los tratos inhumanos. Para este estudio se ha utilizado la terminología tortura y malos tratos, dado que la determinación de la intensidad del sufrimiento grave es ajeno a los objetivos del mismo. La descripción realizada en el estudio cualitativo que describe casos esclarecidos y emblemáticos, puede ayudar a entender la profundidad del daño, el tipo de técnicas utilizadas e incluso las diferencias entre distintos tipos de casos y su consideración tanto legal, como médica y psicológica. Para valorar dichas violaciones hay que atender a diferentes circunstancias del caso, tanto internas como externas, como por ejemplo: la edad, el sexo, el estado de salud, la intensidad del sufrimiento y la duración.

La incorporación de medidas correctoras para la prevención de la tortura ha sido reclamada constantemente durante todo este tiempo por organizaciones de Derechos Humanos y entidades públicas, así como por organismos o mecanismos intergubernamentales de derechos humanos de Naciones Unidas o del Consejo de Europa, sin que se haya producido una suficiente intervención administrativa que garantice de manera efectiva, y en este punto, los derechos de las personas detenidas. El ejercicio de monitoreo y las resoluciones de la oficina del Ararteko a lo largo de este tiempo han sido muy relevantes para el avance en la prevención, señalando en sus informes las deficiencias constatadas y las medidas necesarias para su subsanación que vienen siendo tenidas en cuenta por la Ertzaintza. Las últimas de estas recomendaciones, se refieren a cuestiones técnicas relacionadas con la implementación de un sistema de videgrabación total, que incluyese la grabación también del audio, o la extensión de los plazos de conservación de las grabaciones, tal y como se instó en la recomendación del Ararteko de 2011 y posteriores.

Por su parte, en 1997 y con el «fin de hacer efectivas las recomendaciones hechas por las organizaciones internacionales, especialmente Naciones Unidas y Consejo de Europa, y lograr que la acción de los Médicos Forenses en España se adapte a técnicas y procedimientos internacionalmente reconocidos», el Ministerio de Justicia estableció un protocolo para el reconocimiento médico forense a las personas detenidas con el objetivo de que la información médica sea más clara y concisa como elemento de prueba fundamental ante los

tribunales. Lamentablemente, lo anteriormente señalado no se ha cumplido, salvo excepciones, lo que ha dificultado el ejercicio de prueba pericial esencial para investigar los casos alegados por las personas detenidas. Sucesivos informes del Comité contra la Tortura, el Relator contra la Tortura y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa han señalado el incumplimiento de estos protocolos desde 2001.

Por su parte, en 2003, el Gobierno Vasco estableció un «Protocolo para la coordinación de la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación» que implica de forma directa a la Administración de Justicia, Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Medicina Legal y que constituye una buena herramienta de control de la gestión de las personas detenidas a este respecto. De manera paralela a este protocolo se han ido incorporando otras medidas, como el servicio de atención a familiares de personas detenidas en régimen de incomunicación y el sistema de videgrabación a las mismas. Lamentablemente, lo anteriormente expuesto solo se cumple en las detenciones realizadas por los agentes de la Ertzaintza, siendo necesario extender este protocolo a todas las personas detenidas por otras fuerzas de seguridad, lo que introduciría algunas garantías, hoy en día inexistentes en esos cuerpos policiales. Posteriormente al año 2003, algunos magistrados de la Audiencia Nacional han aplicado otras medidas parciales y poco utilizadas, lo que no ha impedido la persistencia de denuncias de torturas y malos tratos, ni la desaparición de la incomunicación, solicitada desde los organismos internacionales.

Si bien en numerosas ocasiones la descripción de dichos hechos se hizo ante los médicos forenses, los informes en una gran parte de los casos no recogieron el relato de las víctimas o se limitaron a referir lo señalado por la persona detenida, sin profundizar o contrastar las alegaciones con un conjunto de evidencias o valorar el grado de congruencia de dicho testimonio con los hallazgos.

El trabajo médico forense fue muy importante para demostrar la práctica de la tortura y malos tratos en muchos casos, incluso en aquellos en que no se pudo determinar la autoría de los mismos o llegar a una condena penal. El papel forense es fundamental, y en algunos casos emblemáticos de los años 80 fueron forenses y jueces comprometidos con la investigación y prevención de la tortura quienes intervinieron para generar evidencias incluso en las propias instalaciones policiales.

VI. RESULTADOS DE CREDIBILIDAD: PROTOCOLO DE ESTAMBUL¹⁰

Un 80% de las personas entrevistadas eran hombres, el 20% eran mujeres. Las detenciones que se realizan en gente joven menor de 30 años representan un 76,8%. Los cuerpos de seguridad que llevaron a cabo la detención fueron en el 38% de los casos la Guardia Civil, el 30,7% la Policía y un 9,9% la Ertzaintza. El 43% de las personas que denunciaron malos tratos y torturas fueron dejadas en libertad, el 35,6% sin cargo y el 6,4% en libertad provisional. La media de días de incomunicación fue de 4,9 días. El mayor número de detenciones se produjo en los años ochenta (35% de la muestra) y a partir del año 2000 (31% de la muestra). La distribución de estos casos sigue la misma tendencia que la muestra general de denuncias de los 4.113 casos.

Respecto a las consecuencias psicológicas de la tortura y malos tratos, más del 60% de las personas peritadas se mostraron *resilientes* a pesar de los hechos sufridos. En general no cumplen ningún criterio diagnóstico de problemas de salud mental ni tienen psicopatología significativa, lo cual no significa que no hayan sufrido tortura. Sin embargo, un 21,8% de las personas presentan síntomas de dichas afectaciones, que van desde condiciones leves, hasta Trastornos por Estrés Postraumático completos, aunque el porcentaje de los diagnosticados es del 15,54%. La Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-10) elaborada por la OMS, incluye el *Trastorno persistente de la personalidad tras un hecho catastrófico*. En nuestra muestra un 6,5% de las personas peritadas muestran esta sintomatología.

Estos datos son coincidentes con otros estudios con muestras menores, procedentes de otras investigaciones en las que se realizaron evaluaciones basadas en el Protocolo de Estambul de 45 personas detenidas bajo régimen de incomunicación¹¹.

Un objetivo específico del estudio basado en el Protocolo de Estambul era valorar de forma lo más objetiva posible y siguiendo los criterios definidos en el propio Protocolo de Estambul, el grado de consistencia de los hallazgos y el relato y sintomatología de las personas que denunciaron haber sufrido malos tratos y torturas en las diferentes épocas. El análisis de los casos alegados de torturas o malos tratos llevado a cabo por una dupla de psicólogos y médicos, con una evaluación externa y supervisión de las peritaciones señaló que existía un grado de máxima consistencia en un 5.9% de los casos, una re-

¹⁰ Realizado bajo la dirección de Olatz Barrenetxea (Licenciada en Psicología), Miguel Angel Navarro Benito (Licenciado en Psicología) y Benito Morentin (Médico Forense).

¹¹ V.V.A.A.: *Incomunicación y tortura. Análisis estructurado en base al Protocolo de Estambul*, Bilbao: ARGITUZ, AEN, Ekimen Elkartea, GAC, Jaiki-Hadi, OME, OSALDE, 2013.

lación muy consistente en el 41,1%, la congruencia entre el relato y los hallazgos era consistente en un 48,5% de los casos, y era inconsistente en un 4,5% de los mismos. Los casos que aparecen como inconsistentes en su evaluación final fueron revisados, ya que relataban hechos donde el uso de la fuerza estaba presente, pero se tenía dudas sobre la consideración de los mismos como tortura, malos tratos o uso excesivo de la fuerza.

VII. LAS ACCIONES INSTITUCIONALES Y LAS LLEVADAS A CABO POR LAS INSTITUCIONES VASCAS: PROPUESTAS DESDE LA CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS

Desde 1984, las recomendaciones tanto de Amnistía Internacional y posteriormente desde mediados de los años 90 del CPT, y del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura, y que han sido reiteradas en sucesivas visitas e informes ¹², no han tenido una respuesta efectiva por las autoridades españolas en todos estos años, salvo la ampliación parcial de artículos relativos a la prohibición de la tortura en el Código Penal. La impunidad en la investigación de las denuncias de malos tratos y tortura de hecho ha sido y sigue siendo un gran problema en el Estado español, tal y como ha sido señalado por dichos organismos que han mostrado su preocupación por la detención incommunicada.

Los datos y conclusiones del estudio realizado muestran que un grupo muy importante de víctimas necesitan y reivindican un reconocimiento público e institucional, y que desean ser atendidas en la investigación puesta en marcha por la Secretaría General para la Paz y la Convivencia del Gobierno Vasco, que consideran un paso muy positivo. A lo largo de la investigación, se ha constatado la comprensión y la colaboración de todas las personas e instituciones consultadas que han señalado la pertinencia de este estudio y la de los objetivos finales que pretende en aras al reconocimiento de los hechos para poder establecer medidas de reparación, única forma de poder superarlos y poner fin a los mismos.

Según este estudio, un porcentaje no inferior al 5% de los casos analizados presentan secuelas psicológicas importantes que requieren atención especializada y por ello recomendamos la necesidad de implementar medidas asistenciales específicas y especializadas para estas personas, evitando en todo momento su revictimización.

¹² *Op. cit.*, Naciones Unidas: Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura.

El estudio ha mostrado la gran cantidad de casos documentados y que en la práctica totalidad de los mismos no han contado con medidas de atención, reconocimiento ni reparación. En los casos con sentencias del Tribunal Supremo, la reparación se limitó a un monto económico restringido a los días en que tardaron en curar las lesiones físicas evidentes. Ninguna evaluación del impacto psicológico se ha tenido en cuenta ni siquiera en esos casos. Los resultados del estudio muestran el impacto de una problemática que no ha sido reconocida ni atendida. Las actuaciones de politización y el rechazo al reconocimiento han tejido las respuestas institucionales, si bien en el caso de la Ertzaintza se pusieron en un momento determinado protocolos de prevención específicos, siguiendo las recomendaciones internacionales de mecanismos y organismos del sistema de Naciones Unidas. Las conclusiones de este estudio y los diferentes organismos internacionales, señalan la importancia de un reconocimiento de los diferentes responsables en función de sus casos.

Tras esta investigación se dan las condiciones para dar nuevos pasos en el reconocimiento a estas víctimas. De la misma manera que se llevó a cabo al menos parcialmente a través del Decreto 107/2012 de «Declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco», los resultados de este estudio muestran las condiciones y metodologías que pueden ponerse en marcha para dar una respuesta al reconocimiento, atención y reparación en estos casos. Estas medidas, que deben articularse con el necesario reconocimiento legal, de acuerdo a los estándares internacionales, supondrán una contribución efectiva a la reconstrucción del tejido social, la memoria colectiva y el reconocimiento.

La jurisdicción, el marco temporal, las personas beneficiarias, los principios de actuación y el procedimiento establecido en la Ley 12/2016 cumplen con las exigencias determinadas en las normas y dictámenes de los órganos internacionales en materia de reparación.

Teniendo en cuenta la experiencia de la *Comisión de Valoración* del Decreto 107/2012, sus recomendaciones también sirvieron para ampliar los análisis a los periodos posteriores a 1978¹³:

1. *Completar, cuanto antes, la normativa que permita el reconocimiento y la reparación de todas las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, producidas en un contexto de violencia de motivación política, hasta la actualidad. En este sentido, la Comisión de Valoración ha constatado con preocupación*

¹³ *Op. cit.* V.V.A.A. Saliendo del olvido.

la existencia de algunos casos en los cuales, habiéndose producido graves vulneraciones de Derechos Humanos, no se puede determinar la condición de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de sus autores, pese a la existencia de indicios en tal dirección, con lo cual, no resulta aplicable el Decreto 107/2012. Al mismo tiempo, la valoración de las peculiares circunstancias de este tipo de supuestos ha impedido el reconocimiento de sus víctimas como derivadas del terrorismo, por lo que el resultado final es la ausencia de normativa legal que dé amparo y cobertura al necesario y público reconocimiento y reparación de estas víctimas. Por ello, la Comisión, basándose en la experiencia acumulada en el análisis de los casos, solicita a las instituciones competentes que, a la hora de abordar la citada normativa, se tengan en consideración estas circunstancias.

2. *La Comisión, recogiendo el sentir manifestado por la mayoría de las víctimas reconocidas, recomienda la realización de un acto público de reconocimiento y la incorporación de estas víctimas en los actos de memoria que se celebren.*

Es por eso que en este apartado no se puede olvidar la posterior Ley 12/2016 de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre «Reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999» que en la actualidad sigue valorando casos a través de una comisión de expertos.

Entre otras iniciativas ya mencionadas, la oportunidad de la creación por parte del Gobierno Vasco de un Observatorio sobre la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes debería ser aquí considerada. Lo mismo cabe decir del apoyo a las actividades organizadas desde la sociedad civil, que comprometidas con el respeto y promoción de los derechos humanos, se ocupen de investigar y trabajar en la lucha contra la tortura y la asistencia a las víctimas de la misma; y hasta la posibilidad de establecimiento de un compromiso de contribución al Fondo de las Naciones Unidas para las víctimas de la tortura.

Todo ello sería posible tras el desarrollo de una ley vasca de prevención de la tortura, tratos inhumanos o degradantes¹⁴ que a la luz de los instrumentos internacionales se ampare en un trabajo constante de educación y concienciación social, en el marco de una adecuada pedagogía de los derechos humanos y verdadera cultura de paz.

Finalmente, este estudio recogió los detalles de la práctica y del impacto de los malos tratos y torturas sufridas por muchas personas detenidas. Histo-

¹⁴ DE LA CUESTA, J.L.: «¿Una ley vasca de prevención de la tortura?», en Landa Gorostiza, J.M. (dir.): *Justicia Transicional. Propuestas para el caso vasco*. Institut Universitaire Varenne, 2014. pp. 371 a 386.

rias que han sido documentadas y que deberían ser escuchadas por las instituciones y la sociedad. Solo con sensibilidad frente al sufrimiento y la injusticia sufrida, también por estas víctimas junto con otras muchas que han sufrido las consecuencias de la violencia y terrorismo en el País Vasco, se puede construir una cultura de derechos humanos. Visibilizar el impacto de la tortura y los malos tratos es un primer paso para mirar esa parte del espejo que ha formado parte de nuestro pasado reciente, y que no debería condicionar nuestro futuro como sociedad.

130. **CONDAMNÉS À L'ESPOIR. ANALYSE FRANCO-ESPAGNOLE DE L'ÉTERNITÉ CARCÉRALE**

JOANA FALXA

*Maîtresse de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Université de Pau et des pays de l'Adour
«Esperantzara kondenatua
(...) Existitzen ez den herio bateko morroi»¹
Gari*

INTRODUCTION

Dans un élan humaniste, l'Europe a aboli la peine de mort, au nom de la dignité²; mais dans ce mouvement, c'est le temps qu'elle a figé. La disparition de la peine capitale, constitutionnalisée en Espagne en 1978³ et légalisée en France en 1981⁴, marque l'un des tournants moraux les plus importants du XXe siècle dans nos systèmes pénaux⁵. Pour autant, l'abolition n'a pas clos le cycle du châtiment, elle en a seulement changé la forme. Il prend à présent

¹ «Condamné à l'espoir, (...) esclave d'une mort qui n'existe pas» (Trad. de l'autrice). Gari, «Esperantzara kondenatua», album éponyme, Elkar, 2007.

² Le Conseil de l'Europe s'est engagé dans l'abolition totale et absolue de la peine de mort sur l'ensemble de son territoire avec l'adoption du Protocole n.° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

³ Article 15 de la Constitution Espagnole du 27 décembre 1978, BOE n.° 311.1 du 29 déc. 1978.

⁴ Loi n.° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Hacia la abolición universal de la pena de muerte: desarrollos recientes», in De Vicente Martínez, R./Gómez Iniesta, D./Martín López, T./Muñoz de Morales Romero, M./Nieto Martín, A. (eds.): *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 803 s.

le visage de la réclusion criminelle à perpétuité *réelle*, parfois dite *incompressible*, parfois *révisable*, mais toujours sans horizon connu.

«Perpétuel» «est un mot que les hommes ne doivent prononcer qu'avec crainte, car il n'est pas à leur mesure», mettait en garde le Doyen Carbonnier⁶. Du latin «*perpetuitas*» («sans discontinuité»), la perpétuité est une notion équivoque, aux contours variables selon les domaines concernés⁷. En matière pénale, la *condamnation à perpétuité* désigne une peine «entraînant en principe l'incarcération définitive de l'auteur d'un crime»⁸, donc une réclusion à vie, sans toutefois exclure de possibles altérations de cette durée⁹. Il s'agit d'une peine par nature indéterminée. L'incertitude pèse sur son échéance: la mort ou la libération éventuelle du condamné.

Dans le système pénal espagnol, cette peine prenait autrefois le nom de «*cadena perpetua*», qui renvoie étymologiquement à la *chaîne perpétuelle*, au port de fers¹⁰. Elle a disparu de l'ordonnancement espagnol durant près d'un siècle¹¹. Longtemps, seules des peines à temps existaient, pour un maximum de 20 ans¹², pouvant être porté jusqu'à 30 ans en cas de circonstances aggravantes¹³, et dans le cas d'exécution cumulative de certaines peines, jusqu'à 40 ans¹⁴.

En France, les peines perpétuelles, après avoir été brièvement écartées du Code pénal de 1791¹⁵, sont réapparues dès le Premier Empire pour ne plus

⁶ Se référant au caractère perpétuel du droit de propriété: CARBONNIER, J.: *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition (rééditée), Paris: LGDJ, 2014, p. 384.

⁷ POIRIER, C., *La réclusion criminelle à perpétuité. Permanence de la rationalité éliminatoire dans le système pénal français*, Parizot, R. (dir.), thèse Univ. Poitiers, Paris: Ed. Mare et Martin, 2023, pp. 25-36, §§4-20: selon qu'il s'agira de droits incorporels, de droit des personnes ou de droits relatifs aux biens, le caractère perpétuel peut en effet ne viser que la durée de vie des personnes ou à l'inverse s'étendre au-delà, dans l'idée d'une durée indéfinie, voire infinie, de ces droits.

⁸ PRADEL, J.: «La peine perpétuelle en droit comparé», in Lécuyer, Y. (dir.): *La perpétuité perpétuelle ? Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 41.

⁹ POIRIER, C., *op. cit.*, §19.

¹⁰ *Diccionario de la lengua española* [en ligne].

¹¹ Avec la disparition de la «*cadena perpetua*» du système des peines espagnol en 1928, qui s'est traduite par le recours aux peines privatives de liberté à temps aux durées plus longues que par le passé, dont le prononcé pouvait se cumuler mais dont l'exécution demeurait limitée dans le temps: GONZÁLEZ COLLANTES, T.: «Las penas de encierro perpetuo desde una perspectiva histórica», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 18, 2015, n.º 2, p. 65-66; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «La (ré)introduction de l'emprisonnement à perpétuité en Espagne», in Cybal-Michalskiej, A. et al (eds.): *Pomiedzy Kryminologia, Penitencjarystyka i Prawem. Ksiega Jubileuszowa Profesora Piotra Stepniaka*, Warsaw: Wydawnictwo C.H.Beck, 2024, pp. 305 s.

¹² Art. 36.2 du code pénal espagnol.

¹³ Art. 70.3, 1.º du code pénal espagnol.

¹⁴ Art. 76, c) et d) du code pénal espagnol, après la réforme du la loi organique 7/2003, du 30 juin, de mesures de réforme pour l'exécution intégrale et effective des peines.

¹⁵ CRÉPIN, M.-Y.: «La perpétuité ou le désespoir du coupable» in Ortolani, M./Vernier, O./Bottin, M. (dir.): *Le temps et le droit*, Nice: Ed. Serre, 2002, pp. 119 s.

disparaître du système des peines¹⁶. Le terme français pour désigner la peine perpétuelle¹⁷ associe de nos jours la *réclusion*¹⁸, dénomination de la peine privative de liberté en matière criminelle, et la *perpétuité*, teintant l'expression du caractère indéfini qui imprègne la notion.

Dès les années 1990, le souci humaniste à l'origine de l'abolition de la peine de mort recule devant le réflexe de neutralisation. La modernité pénale, que Robert Badinter voulait libératrice d'une «*justice qui tue*»¹⁹, devient paradoxalement gestionnaire d'une *justice qui neutralise*. Le détenu ne meurt plus du fait de l'État: il vit sous son contrôle indéfini.

Des deux côtés des Pyrénées, des dispositifs poussent ce paradoxe à son paroxysme:

– en France, la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle, introduite par la loi du 1^{er} février 1994²⁰, également dite «perpétuité réelle».

– en Espagne, la «*prisión permanente revisable*»²¹ ou *PPR*, issue de la loi organique 1/2015 du 30 mars 2015²².

Ces mécanismes partagent les mêmes fondements: l'exigence de rigueur de la peine et la crainte de la récidive. L'opinion publique, façonnée par la médiatisation des crimes «monstrueux», réclame une peine exemplaire et une garantie absolue de sécurité. Le droit pénal, au lieu de canaliser cette exigence, s'y conforme. S'opère alors une transformation: la peine tend à devenir l'outil

¹⁶ POIRIER C., *op. cit.*, §§23-41. Il est question de diverses peines perpétuelles (travaux forcés, déportation), la peine privative de liberté perpétuelle ne voyant véritablement le jour qu'en substitution de la déportation, avec l'ordonnance n.º 60-259 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de procédure pénale et des codes de justice militaire [...].

¹⁷ La réclusion criminelle à perpétuité, prévue à l'article 131-1, 1.º du code pénal français.

¹⁸ Étymologiquement, la réclusion renvoie à «*l'enfermement dans une clôture étroite et rigoureuse, dans une cellule, dans un couvent, où l'on n'a aucune communication avec le reste des hommes*» mais aussi à l'idée de se retirer du monde, en refermant la porte derrière soi, donc d'un retrait en principe volontaire, loin de sa signification en droit positif: Dictionnaire *Trésor de la langue française* [en ligne].

¹⁹ BADINTER, R.: «Demain, vous voterez l'abolition de la peine de mort», *Discours du garde des sceaux à l'Assemblée Nationale*, 17 septembre 1981, Paris: Ed. Points, 2009, p. 46.

²⁰ Loi n.º 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

²¹ «Prison permanente révisable» ou PPR dans le texte.

²² Loi organique 1/2015 du 30 mars 2015 modifiant le code pénal. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La prisión permanente revisable», pp. 93-100 in Quintero Olivares, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015; LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», *Revista de Derecho Penal y criminología*, n.º 18, 2017, pp. 93 s.

symbolique d'un droit pénal de l'émotion²³. La perpétuité dite «réelle» emporte la certitude d'une très longue incarcération, susceptible de durer toute la vie du condamné. Elle assure à la société l'absence de mesure de faveur ou d'aménagement pour le condamné avant l'écoulement de longues années, voire de décennies.

S'impose alors une question centrale, qui interroge la place des principes d'humanité²⁴ et de proportionnalité²⁵ dans le droit de la peine: un État de droit peut-il concilier les attentes croissantes de protection de la société et le droit à l'espoir des condamnés²⁶? L'étude comparée des modèles français et espagnol éclaire cette tension. Elle révèle que la perpétuité réelle, sous ces deux visages, ne traduit pas seulement un durcissement pénal, mais également une mutation du rapport du droit au temps, passant de la temporalité de la peine à la permanence du contrôle.

Désir illusoire d'éternité pénale (I) et chimère de sécurité absolue (II) se mêlent ainsi dans la quête contradictoire d'un droit qui, en prétendant garantir la société contre le crime, finit par abolir le temps de la justice.

I. LE DÉSIR ILLUSOIRE D'ÉTERNITÉ PÉNALE

Les peines de perpétuité réelle sont le produit d'un courant issu du droit pénal de l'émotion (1). Reposant sur une sémantique de l'incertitude, ces modèles de peines infinies actent la disparition du temps juridique (2).

1. La perpétuité réelle, avatar du droit pénal de l'émotion

La fin du XXe siècle voit le basculement d'un droit pénal se voulant rationnel vers un droit pénal de l'émotion²⁷. Ce mouvement annonce l'ère d'une

²³ COTTE, B.: «L'influence de l'émotion et de l'opinion sur la loi pénale», *Discours en séance ordinaire à l'Académie des sciences morales et politiques*, 2018, [en ligne].

²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Le principe d'humanité en droit pénal», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2013, n.º 11, p. 911926; *Id.*: «Principio de humanidad y prisión perpetua», in Arroyo Zapatero, L./Lascrain Sánchez, J.A./Pérez Manzano M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 127 s.

²⁵ FALXA, J.: «Le principe de proportionnalité dans la Charte des droits fondamentaux: étude d'un principe insaisissable», *Revue de l'Union Européenne*, 2023, p. 529 s.

²⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Granada: Universidad de Granada, 2015, n.º 17, pp. 20 s.

²⁷ SALAS, D.: *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris: Hachette, 2005, pp. 14 s.

forme de *rétributivisme empathique*, où la peine viendrait «guérir» symboliquement la blessure individuelle et sociale. La crise de légitimité du modèle réhabilitatif²⁸ a conduit à substituer à la figure du délinquant celle de la victime. L'émergence de la victimologie vise à «réorganiser la réaction sociale en cessant d'en faire une réaction contre le délinquant pour l'orienter vers une réaction pour les victimes»²⁹. L'exigence de réparation semble progressivement l'emporter alors sur la rationalité préventive héritée de Beccaria.

Les affaires Van Geloven (1991) et Tissier (1993) en France, et les affaires dites Mari Luz Cortés (2008) et Marta del Castillo (2009) en Espagne³⁰ sont à l'origine des réformes introduisant des formes de perpétuités réelles. Éveillant la «volonté de punir»³¹ issue du déclin de la croyance de la société en la réinsertion³², ces crimes sont prétexte à l'exacerbation du punitivisme populaire. Sous l'influence médiatique, le crime exceptionnel et l'émotion fondent la norme. Dans chacun des cas, les mesures instaurées diffèrent.

En France, la période de sûreté et la question de sa nature juridique ont fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales: il ne s'agit pas d'une peine, sans qu'elle relève clairement de la catégorie des mesures de sûreté³³. La Cour de cassation a tranché en faveur d'une réponse tierce: la période de sûreté est une «modalité d'exécution de la peine privative de liberté»³⁴. Elle accompagne la peine dès son prononcé et interdit à la personne condamnée à une peine ferme privative de liberté prononcée sans sursis de prétendre aux modes d'aménagement de peine pendant une période déterminée³⁵. La période de sûreté a été introduite en droit français par la loi n.º 78-1097 du 22 novembre 1978, modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale. Sa durée originelle est variable: soit à proportion de la peine à temps prononcée³⁶, soit limitée à des durées de 18 à 22 ans pour les personnes condamnées à la réclu-

²⁸ GARLAND, D.: *The Culture of Control: Crime an social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 54 s.

²⁹ GASSIN, R.: «Les Écoles en criminologie», *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1988, p. 221.

³⁰ Il s'agit, dans les quatre cas, d'affaires de meurtres aggravés de violences ou de sévices sexuels sur mineurs, pour certains en série. Notons que, dans ces cas précis, les noms médiatiques sous lesquels sont connues les affaires judiciaires renvoient aux auteurs des crimes en France, et aux victimes de ceux-ci en Espagne.

³¹ SALAS, D.: *op. cit.*, *passim*.

³² GARLAND, D.: *op. cit.*, pp. 101 s.

³³ BONIS, E.: «Période de sûreté», J.-Cl. Pénal, art. 132-23, fasc. 20, 2019, §§ 7 s.

³⁴ Cass. Crim., 9 mars 1993, n.º 92-84.480; BONIS, E.: «Période de sûreté», *préc.*, § 11.

³⁵ Art. 720-2 du code de procédure pénale: pendant la période de sûreté, ne peuvent être prononcés la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle.

³⁶ La moitié ou les deux tiers de la peine selon les cas: STAECHELÉ, F.: «La loi du 22 novembre 1978, examen critique et pratique», *Rev. pénit.* 1979, pp. 129 s.

sion criminelle à perpétuité. La loi n.º 86-1019 du 9 septembre 1986 porte la durée maximale de la période de sûreté à 30 ans en cas de condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité pour les crimes qui faisaient auparavant encourir la peine de mort. La loi du n.º 92-693 du 22 juillet 1992 portant réforme du code pénal limite ensuite le recours à cette période de sûreté maximale de 30 ans aux cas d'assassinat sur mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie³⁷. La réforme de 1994 introduit enfin pour ces mêmes crimes une période de sûreté perpétuelle, qui doit être adoptée par décision spéciale, et qui couvre l'intégralité de la peine de réclusion à perpétuité lorsque celle-ci est prononcée, privant ainsi le condamné de toute perspective de sortie: c'est ce qui lui vaut l'appellation de *perpétuité incompressible* ou de *perpétuité réelle*.

Prévue à l'article 132-23 du code pénal français, la période de sûreté perpétuelle a vu son champ d'application, initialement restreint aux meurtres et assassinats sur mineur de 15 ans accompagnés d'autres sévices, s'étendre au gré des faits divers et des réformes. D'abord avec la loi n.º 2011-267 du 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, faisant suite au meurtre d'un policier par un membre de l'ETA dans le cadre d'une fusillade: la loi élargit l'applicabilité de la période de sûreté perpétuelle aux cas de meurtres commis en bande organisée³⁸ ou d'assassinats sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions³⁹. Ensuite avec la loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016⁴⁰, intervenue à la suite des divers attentats parisiens en 2015, qui prévoit à l'article 421-7 du code pénal l'extension de la perpétuité réelle aux crimes de terrorisme.

En Espagne, la PPR, peine nouvelle inscrite au sommet de l'échelle pénale, vient bousculer la hiérarchie existant jusque-là. Cette peine à durée indéterminée, issue de la loi organique 1/2015 du 30 mars 2015 modifiant le code pénal, a été instaurée dans l'objectif de renforcer la répression des crimes les plus graves de l'ordonnancement juridique espagnol (assassinat sur mineur ou personne vulnérable, assassinats multiples, homicide sur un des membres de la

³⁷ Art. 221-3 du code pénal français.

³⁸ La circonstance aggravante de «bande organisée» disparaîtra des conditions d'application de la période de sûreté perpétuelle avec la loi n.º 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, élargissant son champ d'application.

³⁹ Art. 221-3 et 221-4 du code pénal.

⁴⁰ Loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

famille royale, ou encore homicide terroriste notamment)⁴¹. Son champ d'application est donc un peu plus large que celui de la période de sûreté perpétuelle française. Cette peine constitue le degré de pénalité le plus élevé du système pénal espagnol et a fait l'objet de critiques diverses de la doctrine pénaliste lors de son adoption⁴². Les modalités de mise en œuvre de cette peine sont prévues aux articles 36.1, 78 bis et 92 du code pénal espagnol. Il s'agit d'une peine permanente, sans date de fin de peine connue pour le condamné au moment de son prononcé. Elle est dite *révisable*, ce qui implique un réexamen de la situation du condamné après l'écoulement d'un certain délai, variable selon le type et le nombre d'infractions commises. Ainsi, ce délai est fixé à 25 ans en règle générale⁴³, mais il est porté à 28 ans, voire 35 ans, pour les condamnés pour infractions terroristes⁴⁴, ce qui assure l'exécution de très longues peines privatives de liberté, la suspension de la peine n'étant en outre aucunement garantie à l'issue de cette révision. Aussi, bien que présentée comme une peine «révisable», la PPR espagnole s'apparente, dans sa substance, à une perpétuité assortie d'un contrôle périodique: la révision n'est ni automatique ni fondée sur un droit subjectif du détenu, mais sur une évaluation de sa réinsertion potentielle. En ce sens, la *prisión permanente revisable* conjugue la durée indéterminée de la sanction à l'indétermination judiciaire de son terme. Elle affecte en outre le régime d'exécution de la peine privative de liberté⁴⁵, privant le condamné d'accès aux permissions de sortir et autres mesures de progression de degré avant l'écoulement de délais variables, le plaçant dans une situation proche de celle des condamnés à la période de sûreté perpétuelle en France.

Le recours à ces mécanismes –période de sûreté perpétuelle et PPR– et l'extension de leur champ d'application s'inscrivent dans une logique dite de

⁴¹ NISTAL BURÓN, J.: «La pena de prisión permanente revisable. Consecuencias y efectos en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad», p. 680 in Rodríguez Yagüe, A. C.: *El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2024.

⁴² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: «De lege ferenda: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, n.º 8294, 2014, pp. 2-5; SOLAR CALVO, M. P.: *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Madrid: BOE, 2019, pp. 353 s.; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La prisión permanente revisable», *op. cit.*, pp. 93-100; LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», *op. cit.*, pp. 93 s.

⁴³ Art. 92.1 a) du code pénal espagnol.

⁴⁴ Art. 78 bis, 3) du code pénal espagnol.

⁴⁵ Sur l'impact de cette nouvelle peine sur la nature et le fonctionnement du régime d'exécution des peines privatives de liberté, SOLAR CALVO, M. P.: «Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad que es constitucional?», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Vol. LXXV, 2022, p. 561. STC 169/2021 du 6 octobre 2021, BOE n.º 268, 9 nov. 2021, p. 138611.

l'*effet cliquet*⁴⁶: chaque réforme verrouille un peu plus la sévérité de la répression, semblant empêcher tout retour en arrière. L'incitation au recours à ces formes d'incarcération perpétuelle tend à se banaliser dans les discours politiques et médiatiques, présentée parfois comme seule alternative acceptable à la peine de mort⁴⁷, au nom de la protection de la société face aux crimes portant atteinte à des valeurs que celle-ci considère comme fondamentales. La peine ultime sera-t-elle cependant toujours réservée aux crimes ultimes ?⁴⁸ Face aux sirènes du punitivisme populaire, le risque de disproportion ne relève plus vraiment de la fiction.

Au-delà de la dimension rétributive, l'exception devient l'étalon d'un système obnubilé par la récidive. La proportionnalité, principe fondateur de la peine moderne⁴⁹, cède face au réflexe de neutralisation. Pour répondre aux crimes considérés comme les plus graves, nos systèmes pénaux ont ainsi opté pour des peines ou des mesures appelant à la disparition du temps juridique.

2. La disparition du temps juridique

Ainsi, face à l'éternité projetée, le temps juridique s'efface. Le choix des termes éclaire l'intention du législateur. Le lexique pénal est symptôme et stratégie, et en matière de peine perpétuelles, les législateurs français et espagnol ont privilégié une sémantique de l'incertitude.

En France, la peine perpétuelle *incompressible*⁵⁰ nie la flexibilité du temps juridique. Le terme matérialise une justice *calcifiée*, un temps devenu bloc. Ce qualificatif fige la peine en une matière dure, presque inaltérable. La justice se dote d'un argument technique: on ne « réduit » pas une peine qui serait « condensée » de gravité.

En Espagne, l'invention rhétorique est inverse. *La prisión permanente revisable* allie fermeté et souplesse. L'oxymore apaise les deux camps, et combine communication politique et impératif de constitutionnalité: « permanente »

⁴⁶ En anglais: «ratchet effect» ou «standstill»: DUESENBERY, J.: *Income, Saving and the Theory of Consumer Behavior*, Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 115.

⁴⁷ Établissant ce lien entre période de sûreté et abolition de la peine de mort: DANET, J.: *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes: PUR, 2000, p. 81.

⁴⁸ Il n'est pas inintéressant de relever par exemple qu'en 2025, en France, pour la première fois, un détenu, M. Chiolo, a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle du chef de tentatives d'assassinats terroristes (et donc non pas d'assassinats) sur deux surveillants pénitentiaires, grièvement blessés lors d'une attaque au couteau.

⁴⁹ Art. 8 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁵⁰ Pour une désambiguïsation des termes: BONIS, E.: «Période de sûreté», préc., § 74.

pour rassurer l'opinion publique, « revisable » pour assurer la compatibilité conventionnelle et constitutionnelle. Bien que prévue dans la dénomination, cette révision de la peine n'interviendra au plus tôt qu'après 25 à 35 ans de détention⁵¹. Autant dire qu'elle reste hors de la portée cognitive de l'individu.

À ces deux approches (le bloc français et l'oxymore espagnol) correspond la même philosophie: l'éternisation du crime. Le criminel condamné à ces peines devient un être hors du temps juridique, il se forme une identité pénale durable: celle du coupable permanent. La société contemporaine se refuse à l'aléa du retour, auquel le droit répond par l'immobilité, la neutralisation permanente. Cette quête engendre dans le même mouvement un phénomène inédit: la disparition de la temporalité dans la structure même de la peine.

Le droit existe dans une temporalité qui lui est propre. Le temps juridique serait ainsi à comprendre comme « temps de la métamorphose »: *« à la fois institué et instituant, il fait l'objet de mutations continues, d'adaptations permanentes, de remodelages constants. Il relève de l'expérience et de l'histoire, il procède par essais et erreurs, tâtonnements et approximations; il avance par glissements successifs »*⁵². Le droit pénal articule la faute, la sanction et la réhabilitation selon un ordre temporel qui intègre ces métamorphoses: passé / présent / avenir. Or la perpétuité réelle abolit ce rythme. Elle nie la fin, donc le sens de la peine. Le droit devient un outil de neutralisation. La « mort blanche »⁵³ trouve ici son accomplissement: le pouvoir ne détruit plus, il entretient, au ban de la société. Cette atemporalité (ou « détemporalisation »⁵⁴) de la peine résonne avec la trajectoire de l'État moderne: en abolissant la mort, celui-ci a inventé une forme de survie punitive: *« loin de préparer l'avenir, on entretient alors, dans l'urgence du présent, les désillusions du lendemain »*⁵⁵. Il conserve ainsi le corps vivant comme gage de sécurité, mais écarte toute virtualité future.

Si ces peines ne concernent à ce jour qu'une infime minorité de condamnés⁵⁶, l'introduction de cette illusion d'éternité de la sanction au sommet de

⁵¹ Art. 78 bis et 92 du code pénal espagnol.

⁵² OST, F.: *Le temps du droit*, Paris: Odile Jacob, 1999, pp. 184-185.

⁵³ MARCHETTI, A.-M.: *Perpétuités, le temps infini des longues peines*, Paris: Plon, 2001, p. 468. V. dans le même sens la référence à la « peine de mort occulte » par le Pape François dans son *Discours à une délégation de l'Association Internationale de Droit pénal*, Cité du Vatican, 23 oct. 2014, cité par DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: « Principio de humanidad y prisión perpetua », *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴ OST, F.: *Le temps du droit*, *op. cit.*, pp. 14 s.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 298.

⁵⁶ En France, entre le 01/03/1994 (entrée en vigueur de la mesure) et le 31/12/2025, onze personnes ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté perpétuelle, parmi lesquelles une femme. Il est notable que le prononcé de cette peine s'est accru au cours de la dernière période, avec trois condamnations pour la seule année 2025.

En Espagne, depuis 2015, 46 personnes ont été définitivement condamnées à la peine de PPR.

nos édifices répressifs éloigne l'idéal de rationalité et de modernité pénale, guidé par les principes d'humanité et de proportionnalité, pourtant étroitement liés au principe de nécessité du droit pénal. Nos systèmes poursuivent ainsi une chimère: celle de la conciliation de la sécurité absolue avec les impératifs de l'état de droit.

II. LA CHIMÈRE DE LA SÉCURITÉ ABSOLUE

La logique de cette volonté punitive repose sur un idéal illusoire: la sécurité totale. Pour éviter l'écueil de l'atteinte aux droits fondamentaux des condamnés par l'assimilation de ces peines perpétuelles réelles à des traitements inhumains ou dégradants, les États ont cependant institué des garde-fous davantage théoriques qu'effectifs (1), sans pour autant renoncer à une continuité punitive (2) qui étend son emprise au-delà de la peine.

1. Gardefous théoriques et irrévocabilité de fait

Les dispositifs instaurés en droit interne se déploient sur des durées indéterminées, privant les intéressés de tout horizon dans lequel se projeter. Or la Cour européenne des droits de l'homme a, dans le même temps qu'apparaissaient ces modalités de peines infinies, consacré une jurisprudence obligeant les États à prévoir des garde-fous sous la forme de mécanismes de révision ou de «compressibilité» des peines ou mesures perpétuelles prononcées. Elle l'a fait à travers trois arrêts majeurs⁵⁷ qui ont instauré un «droit à l'espoir»⁵⁸ et permis de dégager les principaux critères de conformité de ces peines perpétuelles avec l'impératif de dignité humaine de l'article 3 de la Convention européenne

⁵⁷ CEDH (GC), *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, n.° 21906/04; Revue de sciences criminelles et de droit comparé (RSC), 2008, p. 692, chron. MARGUÉNAUD, J.-P./ROETS, D.; *ibid.* 2009, 431, chron. PONCELA, P.; CEDH (GC), *Vinter et autres c. R.-U.*, 9 juillet 2013, n.° 66069/09, 130/10 et 3896/10; Recueil Dalloz, 2013, p. 2081, obs. M. Lena, note RENUCCI, J.-F.; *ibid.* 2014, p. 1235, obs. CÉRÉ, J.-P. /HERZOG-EVANS, M. /PÉCHILLON, E.; AJ pénal, 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT, D.; CEDH (GC), *Murray c/ Pays-Bas*, 26 avr. 2016, n.° 10511/10; Recueil Dalloz, 2016, p. 1542, note RENUCCI, J.-F.; AJ pénal, 2016, p. 322, note VASILIKI VOULELI/VAN ZYL SMIT; DESCAMPS, L.: «Dix ans de jurisprudence européenne sur l'emprisonnement à perpétuité: un bilan en demi-teinte», RSC, 2021, n.° 1, pp. 5368.

⁵⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?: Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *op. cit.*, pp. 31 s.; DE RUE, M.: «Les peines de perpétuité réelle sont contraires à la dignité humaine: la Cour européenne des droits de l'homme consacre un droit à l'espoir pour tous les condamnés» (CEDH, GC., 9 juill. 2013, *Vinter e.a. c/ Royaume-Uni*)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 682.

des droits de l'homme (CEDH). Ainsi, toute peine perpétuelle doit offrir une *perspective réelle de libération: elle doit donc être compressible de jure (mécanisme de révision prévu par la loi, dans un délai de 25 ans) et de facto (possibilité concrète d'obtenir la révision de la peine)*⁵⁹; l'absence d'horizon équivaut à un traitement inhumain au sens de l'article 3 CEDH.

Les droits nationaux français et espagnol offrent l'apparence de voies de sortie générales, pourtant rarement effectives⁶⁰. Pour satisfaire à ces exigences, ont donc été instituées des voies de révisions spécifiques, affectées à chacun des dispositifs étudiés. La période de sûreté perpétuelle française est ainsi assortie, «à titre exceptionnel», d'une possibilité de relèvement qui sera décidée par le tribunal d'application des peines⁶¹. Ce relèvement ne pourra être prononcé qu'à la double condition («double verrou» diront certains⁶²) de la manifestation de gages sérieux de réadaptation sociale et de l'écoulement d'un délai minimal de 30 ans d'incarcération. Si le dispositif français a bien obtenu le sceau de conformité du Conseil constitutionnel⁶³ et de la Cour européenne⁶⁴, en pratique, depuis son instauration, en raison des délais écoulés aucun détenu condamné à cette peine n'a encore bénéficié de ces mesures⁶⁵. La fiction de la réversibilité conforte la satisfaction morale du public: *la porte existe, mais nul ne la franchit*.

En Espagne, la PPR prévoit aussi un réexamen conditionné après un délai d'incarcération de 25 à 35 ans selon les cas, sans que la révision n'aboutisse nécessairement à la suspension de la peine, prévue comme seule possibilité d'élargissement. Les conditions prévues à l'article 92.1 du code pénal espagnol pour l'obtention d'une telle suspension sont, en plus de l'exécution de la durée minimale de détention prévue, le classement au troisième degré pénitentiaire⁶⁶ (qui ne peut lui-même intervenir qu'après une incarcération de 15 à 32

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 8 s.

⁶⁰ Ainsi, en France, la grâce présidentielle (art. 17 de la Constitution française) ou la suspension médicale de peine (art. 720-1-1 du code de procédure pénale) peuvent rompre une peine de perpétuité réelle, mais ces mécanismes ne suffisent pas, en eux-mêmes, à assurer la conformité du dispositif avec les exigences de l'article 3: CEDH (GC), *Vinter et al. c. R.-U.*, précit.

⁶¹ Art. 720-4 code de procédure pénale français.

⁶² VETTES, M.: «Nous avons restauré la peine de mort: exécution en moins, perpétuité incompressible en plus», *La Croix*, 30 oct. 2025, [en ligne].

⁶³ Cons. const. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, *JO* du 26 janv. 1994.

⁶⁴ CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10: Dalloz actualité, 17 nov. 2014, obs. LENA, M.; AJ pénal 2015, p. 105, obs. CERE, J.-P.; JCP 2014, n° 1223, obs. Milano; Dr. pén. 2015, comm. 15, obs. Bonis-Garçon.

⁶⁵ Le premier des condamnés qui pourrait prétendre au relèvement de sa période de sûreté serait Pierre Bodein, en 2034. Il aura alors 87 ans.

⁶⁶ Conformément au régime progressif espagnol d'exécution de la peine privative de liberté, le troisième degré est un régime de type semi-liberté, dans lequel les détenus se rendent à l'extérieur en journée à des horaires déterminés pour exercer un métier ou bénéficier d'une formation, et rentrent en détention la nuit et/ou les fins de semaines, selon les circonstances.

ans selon les cas) et un pronostic favorable de réinsertion sociale⁶⁷. Si ces conditions sont réunies, la juridiction compétente décidera de la suspension de la peine privative de liberté pour une durée de cinq à dix ans, pendant laquelle le condamné demeurera sous la surveillance des autorités pénales, sous une forme de libération conditionnelle. Le Tribunal Constitutionnel espagnol, dans sa décision STC 169/2021 du 6 octobre 2021⁶⁸, a validé le dispositif en rappelant la nécessité d'un *contrôle réel et individualisé* de la situation du détenu. Au vu de la date de la réforme (2015), aucun des condamnés n'a encore exécuté la durée d'incarcération minimale prévue pour pouvoir prétendre à une révision de sa peine: ainsi, il n'est pas encore possible d'apprécier les conditions concrètes de mise en œuvre du mécanisme.

La doctrine souligne en outre, dans les deux systèmes, le sort particulier réservé aux auteurs d'infractions terroristes qui se verraient condamnés à ces mesures⁶⁹: attisé par les dures atteintes subies par les deux États dans ce domaine, un véritable *droit pénal de l'ennemi* est à l'œuvre dans le domaine de la peine, avec un arsenal juridique spécifique⁷⁰ qui aboutit à tenir ces condamnés éloignés de la société pour des durées particulièrement longues. Le principe d'individualisation des peines s'en trouve largement vidé de sa substance: c'est la catégorie du crime, non la personne, qui détermine la durée.

Dans les deux cas, on l'observe, le critère qui sera finalement déterminant de la levée ou non de la peine permanente est celui de la *dangerosité*, examiné sous ses différentes facettes. C'est d'ailleurs ce qui justifiera ensuite la continuité de la surveillance exercée sur ces personnes, même après l'exécution de leur peine.

⁶⁷ Sur ces conditions, v. ALAPON, J. L.: «La revisión de la prisión permanente: análisis de sus requisitos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2024, n.º 2603, pp. 158.

⁶⁸ STC 169/2021 du 6 oct. 2021, préc., pp. 138576 s.

⁶⁹ V. entre autres BONIS, E.: «A propos de l'article 8 de la loi n°2016-987 du 21 juil. 2016: vers la création d'un droit spécial des aménagements de peine pour les condamnés pour terrorisme», *Dr. pénal* 2016, étude n° 26; LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015», *op. cit.*, pp.19 s.

⁷⁰ En France, le relèvement de la période de sûreté perpétuelle ne pourra intervenir pour les condamnés pour crimes terroristes qu'après un délai de 30 ans, uniquement si ce relèvement n'est pas susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public, après avoir recueilli l'avis des victimes, après expertise d'un collège de trois experts médicaux chargés d'évaluer la dangerosité du condamné et sur avis d'une commission pluridisciplinaires des mesures de sûreté (art. 421-7 du code pénal français); en Espagne, la révision de la prison permanente révisable appliquée à des personnes condamnées pour crimes terroristes exige des signes évidents d'avoir renoncé aux fins et aux moyens de l'activité terroriste (par exemple: déclaration expresse de renonciation aux activités criminelles, demande expresse de pardon aux victimes de son crime, collaboration avec les autorités) (art. 92.2 du code pénal espagnol).

2. La continuité punitive

La responsabilité, source première de l'éternité carcérale, laisse place à la *dangerosité*. Le glissement conceptuel est profond: la peine se prolonge dans la mesure de sûreté.

Plusieurs dispositifs ont vu le jour, visant à assurer cette surveillance continue au-delà de la fin de peine. En Espagne, à l'issue de la période de suspension de la PPR (période pouvant aller jusqu'à 10 ans sous le régime d'une libération conditionnelle) et en l'absence de tout retour en détention, la peine est réputée exécutée. La loi prévoit toutefois une mesure de sûreté supplémentaire, dite de liberté surveillée, d'une durée de cinq à dix ans, s'appliquant après la peine⁷¹ pour les condamnés en matière de terrorisme à une peine de prison telle que la PPR, permettant une surveillance continue des libérés.

En France, la loi n.° 2008-174 du 25 février 2008 a institué deux nouvelles mesures de sûreté post-pénales, la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté. La première autorise la privation de liberté après exécution de la peine si la dangerosité subsiste, et la seconde constitue une alternative à la première en cas de remise en liberté de la personne encore considérée comme dangereuse, en la soumettant à un contrôle sous forme d'obligations et de contraintes diverses. Le Conseil constitutionnel en a admis le principe, sous réserve d'un contrôle judiciaire régulier⁷². Ces mesures montrent un glissement du pénal à la gestion du risque: la mesure judiciaire anticipe la réitération possible plus qu'elle ne sanctionne l'acte passé⁷³.

Ainsi, la fin de peine ne constitue plus un terme mais le point de départ d'une surveillance du reste de la vie. Le passage de la peine mesurée au contrôle indéfini traduit une mutation du principe de responsabilité en logique de prévention. De fait, dans les deux systèmes, l'espoir est instrumentalisé: il sert à légitimer la procédure, non à ouvrir un avenir. Les États satisfont formellement l'exigence en créant des révisions minimales, sans horizon pratique.

Dans ce contexte, l'espoir devient un instrument de conformité juridique plutôt qu'un levier de réinsertion. Les condamnés à vie ne sont plus les exclus

⁷¹ Art. 579 bis 2 du code pénal espagnol.

⁷² Cons. constit., Décision n.° 2008562 DC du 21 février 2008.

⁷³ V. pour une lecture possible de cette tendance la grille d'analyse proposée par la «nouvelle pénologie»: FEELEY, M./ SIMON, J.: «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications», *Criminology*, 1992, 4, pp. 449-474; LAVAL, C., «Surveiller et prévenir. La nouvelle société panoptique», *Revue du Mauss*, 40, 2012, n.° 2, pp. 4772.

de la société, mais ses otages symboliques: on maintient le condamné dans un espoir perpétuel pour éviter la qualification de «traitement inhumain et dégradant», transformant *de facto* la peine en une torture psychologique d'attente indéfinie.

CONCLUSION

La perpétuité incompressible en France et la *prisión permanente revisable* en Espagne révèlent un même paradoxe: celui d'un droit qui, pour protéger, finit par neutraliser. Robert Badinter, garde des sceaux, proclamait dans son discours pour l'abolition de la peine de mort devant l'Assemblée Nationale: «*Cette justice d'élimination, cette justice d'angoisse et de mort, (...), nous la refusons. Nous la refusons parce qu'elle est pour nous l'anti-justice, parce qu'elle est la passion et la peur triomphant de la raison et de l'humanité*»⁷⁴. Le propos pourrait être transposé aux peines perpétuelles réelles contemporaines. Celles-ci marquent en effet une crise de l'humanisme dans la peine: en abolissant la peine de mort, nos systèmes, remplaçant une cruauté par une autre, ont inventé une survie sans horizon, celle des condamnés à l'espoir d'une improbable liberté.

⁷⁴ BADINTER, R., *op. cit.*, pp. 40-41.

131. LIBROS SOBRE EL HORROR DE LOS CAMPOS DE CONCENTRACIÓN NAZIS¹

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático Emérito de Derecho Penal UAH

I

En los últimos años, cuando soy invitado a participar en algún Libro-Homenaje a un distinguido colega, en muchas ocasiones estoy escribiendo acerca de mis postreras lecturas de nuestra disciplina o relacionados directamente con ella. Mis años de profesor emérito han fomentado esta actitud científica que me hace estar ocupado en lo que profesionalmente me sigue atrayendo. Escasísimas conferencias y algún artículo más extenso completan también mi vocación intelectual. Y todo ello va configurando mi actual dedicación que ahora llena mi vida, como lo hizo la docencia durante tantas décadas.

En la presente aportación, teniendo en cuenta que existe en la actualidad una amplia y buena corriente publicista referida al tema, cinco monografías acerca del horror nazi, referidas esencialmente a la estancia en determinados campos de exterminio, a una visión global del terror desplegado en los mismos o a los autores y corresponsales en el juicio de Núremberg, conforman mis líneas. Todas las obras referidas son, por lo que alcanzo a ver, las más que recientes e interesantes que se han escrito al respecto o, al menos, es lo que me

¹ En homenaje a mi querido amigo y compañero, el prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi, catedrático de Derecho Penal de San Sebastián, ilustre penalista y penitenciario, con motivo de su jubilación académica.

parece a mí. Precisamente, en el año 2025 se ha celebrado el 80 aniversario de la liberación de del campo de Auschwitz, uno de los más característicos desplegados por la geografía del exterminio sistemático y global, situados en las poblaciones que se iban ocupando por la guerra, especialmente hacia el Este, completando los primeros establecidos en la propia Alemania desde la toma del poder por las huestes hitlerianas.

II

El autor, historiador, documentalista y director creativo de la BBC de importantes temas relativos a nuestro más reciente devenir, especialmente los referidos a los regímenes nazis y estaliniano, Laurence Rees, ha visto reimpresso su gran libro imprescindible para comprender una parte esencial de la Segunda Guerra mundial y de las atrocidades cometidas por Hitler². El texto original data de 2005, y tiene su origen en la serie original del propio Rees para la televisión, pero es tal su importancia que, sucesivamente, el texto escrito está viendo sucesivas reimpresiones hasta la presente. No en balde se trata posiblemente de la mejor obra dedicada al terrible campo de concentración y exterminio, marco, como muchos otros, de la denominada «solución final», ideado por los ideólogos de las SS, esencialmente por Heinrich Himmler (suicidado en mayo de 1945) y Reinhard Heydrich (asesinado por la resistencia checa en mayo de 1942), es decir la eliminación de los judíos y otros enemigos del sistema. De acuerdo con la denominada conferencia de Wannsee, en enero de 1942 comienzan las matanzas (págs. 132 y sigs.), extendiéndose así la aplicación sistemática y organizada de los asesinatos de judíos.

Existen miles de libros relativos al sistema nacionalsocialista y sus centros de muerte, narrado en memorias de jerarcas nazis, mandos y supervivientes, pero éste es, en mi opinión, uno de los mejores, el más completo y sereno, dentro del horror, que se ocupa de los mismos. La dedicatoria de Rees al millón cien mil muertos de Auschwitz (desde junio de 1940 a enero de 1945), cifra que reitera en el texto (págs. 30 y 410), indica a las claras el genocidio cometido con relativa impunidad, como veremos más adelante.

Seis capítulos componen la monografía, plagada de fotografías de la época en cada uno de los mismos, con notas a pie de página, sin listado bibliográfico final, aunque sí alfabético, comenzando el primero de aquéllos con unas notas biográficas del que fue director del establecimiento, Rudolf Höss

² REES, L: *Auschwitz. Los nazis y la «solución final»*. 11.ª imp. Crítica. Barcelona, 2023, 445 pp.

(págs. 33 y sigs.), ahorcado, en 1947, por sentencia del juicio celebrado en Polonia (pág. 403)³. Después, en los siguientes apartados, todo gira alrededor del montaje y puesta en funcionamiento del exterminio programado, de las «fábricas de muertos» (págs. 169 y sigs.), como escribe Rees, referidas a los dos campos de exterminio, el principal de Auschwitz y el anejo de Birkenau, donde funcionaban a pleno rendimiento cuatro cámaras combinadas de crematorio-gas que asesinaban a cuatro mil setecientas personas al día (pág. 244). La geografía del terror se había ya extendido por Alemania y los países ocupados fundamentalmente durante la guerra, aunque el sistema de encierro, más limitado, comenzó antes, con la subida de Adolfo Hitler al poder.

El libro describe la vida en el centro de detención, situado en el suroeste de Polonia (Alta Silesia), con un realismo que no desmerece de la verdad y así, en el capítulo 5, se habla de «matanza desenfrenada» (págs. 307 y sigs.). Traslados, crueldad, castigos y ejecuciones se muestran en todo su rigor, pues ese era la razón de ser del encierro. Trabajo forzado, hacinamiento, malos tratos y tortura, hambre, nula higiene, peor sanidad, espantosa suciedad, experimentos clínicos y cámaras de gas, se mezclan con lugares de diversión de las tropas y jerarcas, a modo de burdeles dependientes del recinto, siendo las prisioneras, obligadas a prostituirse, las que los atendían. Las entrevistas a guardianes y supervivientes, metodología reconocida por Rees (pág. 14), que alcanza a unas cien personas, y la mención de muchos de los protagonistas del campo, víctimas y verdugos, se entremezclan en estas páginas terribles.

Pero si algo hay totalmente estremecedor es contemplar, pienso, entre otros muchos, dos claros, aspectos, deducido el uno y recogido puntualmente el otro, en este impresionante libro. En primer lugar, mencionado muy de pasada por Rees, la acusada ignorancia y ¿por qué no? el cinismo, puesto de manifiesto por la población civil de las localidades donde se perseguía a los judíos, se producían detenciones masivas de los mismos en las calle, se detectaban ausencias en los trabajos y las escuelas o se contemplaban los lugares donde se llevaban a cabo los embarques de trenes con miles de prisioneros, que gritaban encerrados en los vagones, con única parada en los campos de concentración. «Nada sabíamos ni sospechábamos», se nos dice, que manifestaban estos ciudadanos, alegando un profundo desconocimiento de cuanto acontecía delante de sus mismas narices, pero de inmediato algunos ocupaban sus domicilios abandonados, se instalaban en sus antiguas tiendas de negocio o vendían en los mercadillos los enseres de los judíos expulsados de sus casas, camino ya de su

³ Vid. sus impresionantes memorias en Höss, R: *Yo, comandante de Auschwitz*, 6.ª ed. Arzalia. Madrid, 2024.

inevitable muerte (págs. 111 y sigs.). Es cierto que, como dicen los refranes populares, que no hay peores ciegos que los que no quieren ver ni sordos que no quieren oír. Mirar disimuladamente al techo fue la ocupación favorita, en aquellos trágicos años, de muchos de los ciudadanos alemanes.

Y en segundo lugar, indigna lo narrado en las páginas finales del último capítulo, titulado «liberación y castigo» (págs. 359 y sigs., especialmente págs. 406 y sigs.). La inmensa mayoría de los mandos, *kapos*, médicos y guardianes de los campos de concentración y exterminio no fueron, después de la guerra, perseguidos y sentenciados, como si la victoria aliada bastara, como gran y único bálsamo, para poner fin al holocausto y otorgar el perdón oficial y oficioso de los actores, en estos casos generalizado de los responsables y guardias en la mayoría de los campos y, desde luego, de Auschwitz, que incluso luego encontraron acomodo en la sociedad alemana democrática, y con ello y la consiguiente derrota de Alemania, se pusiera fin al trágico recuerdo, prefiriéndose el olvido a la simple y estricta justicia. De hecho, «el 85% de los miembros de las SS que sirvieron en Auschwitz y sobrevivieron a la guerra quedaron impunes» (pág. 407), escribe Laurence Rees. En evidente que los juicios de Núremberg se quedaron cortos y los que allí comparecieron mostraron el convencimiento de que simplemente cumplían órdenes que, sin más, sin valorar su legalidad ni la naturaleza de los hechos que se iban a realizar, no se discutían.

Yo creo que el rencor no debe figurar en los libros de historia ni en ello centrar el pasado por muy horrorosa que este sea. Pero de ahí a olvidar sin más lo acontecido va un mundo. Por eso, libros como este de Laurence Rees, reiteradamente reeditado por su valor intrínseco, mantiene viva la llama de un régimen criminal e inhumano que no puede ser marginado de la memoria. Estamos en presencia sin duda, como dice el mismo autor en los primeros renglones de la Introducción (pág. 13), con sumo acierto, de «una obra necesaria» para el tiempo actual, que debe de «ser redescubierto por cada nueva generación» (pág. 411), que no puede arrumbar, como hacen los negacionistas, con suma desvergüenza, uno de los peores pretéritos de la historia, precisamente para que no pueda volver a repetirse.

III

El segundo libro que ahora ofrezco es también relativo al horror de los campos de concentración nazis, esta vez referido exclusivamente a mujeres: Ravensbrück, que se debe a la pluma de la investigadora y licenciada en Geo-

grafía e Historia Fermina Cañaveras⁴. Acaba de publicarse y tiene sus lagunas, pues la referencia al mismo comienza muy avanzada la narración. Los primeros capítulos se destinan a centrarse en la vida de algunas de las protagonistas españolas que lo ocuparon, mujeres republicanas y del partido comunista, y a defender la Memoria Democrática, es decir a resaltar únicamente la represión de la posguerra, como si en el Madrid en que se sitúa el inicio de la narración, no hubieran existido fusilamientos, sacas ni el terror chequista, protagonizado por los milicianos y miembros radicales de los partidos de izquierda.

La escritura novelada de esta parte es buena literariamente y centra los personajes femeninos. Otra cosa es el contexto político, como ya he dicho, ignorado hasta 1939. Y no será hasta las páginas 255 y sigs. donde aparezca la mención del campo y su funcionamiento cruel y deshumanizado. A partir de las páginas 393 y sigs. la historia toma otro rumbo. Como puede apreciarse fácilmente, el nombre del libro es desproporcionado respecto a su contenido, pues poco Ravensbrück hay en el mismo, cuando el título sugiere una dedicación extensa a éste. De hecho, de 31 capítulos, únicamente desde el 12 al 23 se dedican al recinto y sus prisioneras. Sin perjuicio de su corrección en estos apartados, la crítica se impone.

Después de la detención en París y ser sometidas a severa tortura en las dependencias de la Gestapo, se nos narra la conducción al campo en trenes de ganado, como acontecía en todos los traslados de prisioneros, hombres y mujeres, ancianos y niños. El destino de las mujeres, y de las actrices del libro, es el mencionado lugar de exterminio (1939-1945) a unos 90 km de Berlín, en la región de Mecklemburgo. Allí se amontonan prisioneras de distintas nacionalidades, bien destinadas a los hornos crematorios, al trabajo forzado, a trasladar y enterrar los cuerpos gaseados o a ejercer la prostitución con los guardianes. Las españolas protagonistas y otras tantas compañeras llevan un triángulo negro, cosido en sus vestidos, con la inscripción Feld-Hure, «puta de campo», que indican su inequívoca dedicación y fueron recluidas en el barracón núm. 27, el de las «asociales», es decir el prostíbulo.

El libro de Fermina Cañaveras nos narra las continuas y reiteradas violaciones que estas internas sufrían, las palizas, la pésima atención médica y sus necesidades alimenticias y de higiene. Ello en nada difiere de los otros campos de concentración nazis. Mas lo que es cierto es que, en comparación con otros lugares de exterminio, su noticia tardó en llegar. De hecho, nos dice la autora,

⁴ CAÑAVERAS, F: *El barracón de las mujeres*. Espasa. Barcelona, 2024, 502 pp. Ahora acaba de aparecer el libro de la poeta y escritora letona Inga GAILE, *Las hermosas*. Armaenia, Madrid, 2024, todavía más novelado aunque interesante y muy bien escrito, que también habla de Ravensbrück en su primera parte.

«sus archivos no se desclasificaron hasta 1978» (pág. 248). Por eso su exposición adquiere extraordinaria relevancia.

No obstante, en vez de centrarse también en los mandos, siempre de las SS, de Ravensbrück, como han efectuado otros historiadores o escritores de este periodo terrible, este tema pasa casi desapercibido. Alguna mención esporádica del médico-jefe –Ludwig Stumpfegger⁵– y sus experimentos con embarazadas, fetos y bebés, o de algunas guardianas sádicas⁶ y poco más; y ello me parece insuficiente. Quienes ejecutaron la «solución final» con judíos, gitanos, polacos, rusos, homosexuales, deficientes mentales, etc. deberían aparecer en cuántos libros de historia se escriban al respecto, así como indicar su destino final, juicios y condenas, cuando la liberación de los campos, en este caso, por las tropas rusas el 30 de abril de 1945. El comandante del campo, Fritz Suhren y su segundo, Johann Schwarzhuber, son citados también en la obra de Cañaveras⁷. Es un hecho que este tema es deficitario en la obra y se echa en falta en el presente texto, a diferencia del modélico dedicado a Auschwitz por Laurence Rees, mencionado por mí en el apartado II de este trabajo.

Los capítulos finales de la obra se centran en el retorno a París de las supervivientes y su encuentro entrañable con algunos de los seres queridos que allí habían permanecido durante la guerra. Con posterioridad, la estancia en Madrid de alguna de aquéllas completa el relato. De nuevo lo novelado se impone, actual siempre el recuerdo del terrible encierro sufrido, aunque no el seguimiento del castigo de los exterminadores, como ya he dicho.

Con todo, el libro, en lo que tiene de descripción del campo de concentración de mujeres de Ravensbrück, es muy recomendable. Es cierto que presenta lagunas, ya mencionadas, pero la presentación y evaluación del horror que allí aconteció supera con creces las ausencias. Por ello lo tengo por necesario. Se suma así a cuantos documentos, históricos o novelados, rememoran y mantienen viva su imprescindible memoria entre otros campos nazis donde se llevó a cabo el holocausto.

⁵ Médico personal de Hitler al final de la guerra, estuvo destinado, entre otros campos, en este de Ravensbrück, donde experimentó con seres humanos; fue quien envenenó a los hijos de Goebbels y reconoció los cadáveres de Hitler y Eva Braun en el bunker de la Cancillería; se suicidó en mayo de 1945. Citada de pasada en el libro, sin más datos, fue también médica, y participante en los experimentos clínicos con las prisioneras, Herta Oberheuser, condenada en Nüremberg a 20 años de prisión, así mismo mencionada en una nota a pie de página (97) en el libro de Inga Gaile, ob. cit.

⁶ Por ejemplo, la también citada en el texto, supervisora de las torturas, Dorothea Binz, juzgada por crímenes contra la humanidad y ahorcada en 1947.

⁷ Suhren fue ahorcado en 1950 y Schwarzhuber en 1947, después de los respectivos juicios; con un comportamiento de refinada crueldad y violadores de internas en Ravensbrück, su final aquí no se menciona.

IV

La que fue presidenta del Parlamento europeo, varias veces ministra de Francia, miembro del Consejo Constitucional de su país y magistrada, así como excepcional política, Simone Veil (de soltera, Jacob), también dio a conocer el terror nazi de los campos de concentración en un libro sentido y lúcido⁸, transcripción de una larga entrevista mantenida en 2006, dentro del Proyecto Memorias de la Shoah (exterminio). No era la primera vez que se manifestaba al respecto, pero esta publicación se me antoja la definitiva. El sentimiento que desprende el texto, en un lenguaje especialmente culto, es el recuerdo permanente de su estancia, en plena juventud, en los campos de Auschwitz-Birkenau y Bergen-Belsen y durante un año y medio. Como siempre, en este tipo de autobiografías, cuanto acontecía en el mismo se relata de primera mano. Tanto el hacinamiento, la suciedad, la falta de alimentación suficiente, la enfermedad, los malos tratos, los hornos crematorios o los trabajos forzados se reflejan en estas trágicas y sinceras memorias. De los varios capítulos autobiográficos que componen la obra, diez de ellos se refiere a estos encierros (págs. 63-111). Simone Veil recoge el horror vivido y después narrado para ejemplo del cruel comportamiento del nazismo con los encarcelados. Con todo, el relato no destila odio ni venganza, impropios del elevado personaje que lo escribe. Incluso, no se detiene en la estructura de los barracones, en la clasificación de cuantos irán a los hornos ni recoge el detallado funcionamiento de los campos así como en sus jerarcas⁹. Le basta con la descripción de lo sentido en los mismos, que se clava en el alma, con pasar por encima del terror, sin obviarlo. El que alguien pueda negar hoy lo allí acontecido no deja de ser un mal e interesado sucio chiste, una trágica broma, una actitud cínica que se funda en la peor mentira.

La autora tenía, como se nos dice expresamente en la introducción del libro, 16 años y medio (pág. 14). Fue así, en plena juventud, cuando sufrió la detención y el traslado en el convoy 77 (págs. 69 y sigs.) a Auschwitz, junto con su madre, que fallece antes de la liberación, y su hermana, como nos narra en este libro, memoria real de lo sucedido. Su título indica los dos aspectos del terrible encierro: el dolor, o sea el sufrimiento gratuito y arbitrario alcanzado y la esperanza de su final en un momento u otro, si bien es verdad que muchos

⁸ VEIL, Simone: *Solo la esperanza calma el dolor*. Lumen. Barcelona, 2025, 174 pp.

⁹ Únicamente se menciona al Dr. Mengele, criminal donde los haya, promotor de los experimentos médicos con los internados (p. 88).

no llegaron a experimentarlo ni a disfrutar de la ansiada libertad con la caída del régimen hitleriano pues no retornaron.

El testimonio de Simone Veil no está especialmente dedicado a los campos, que se mencionan y que sufrió intensamente. Las páginas escritas son más que un testimonio de lo acontecido, que lo son, sino un permanente recuerdo que no debe archivarse en la memoria, por eso habla de que no hay derecho a olvidar (págs. 129 y sigs.). Y en otros pasajes reflexiona, bien acerca del odio hitleriano a los judíos de forma que concluye: más que ganar la guerra en los dos años finales de la misma la ocupación principal era el exterminio de los mismos (pág. 99) o sobre la menor importancia concedida en la liberación a los supervivientes de los campos frente al ensalzamiento y la ayuda a los miembros de resistencia francesa (pág. 115). Todo, como puede verse, francamente duro para quien soportó aquel dolor manifestado en el título del texto.

Durante el resto de su valiosa vida Simone Veil se dedicó a completar su formación y a sus menesteres públicos y a recordar el horror nazi presidiendo la Fundación para la Memoria de la Shoah e interviniendo en conferencias, congresos, coloquios y visitas los lugares del antiguo exterminio. Y esto es uno de los grandes significados del libro, lo que le hace, si cabe, más valioso. Su dedicación vital contra la maldad nazi, principalmente desplegada contra los judíos, se erige así en el presente como una necesidad imprescindible de seguir teniéndola en cuenta.

Por ello, por la lucha valiente durante la detención y la posterior entrega a la causa del holocausto a lo largo de su vida, hasta su muerte en 2027, Simone Veil es un ejemplo permanente.

V

Otro libro pleno de la mejor consideración es el de Xabier Irujo Ametzaga¹⁰, doctor en Historia y Filosofía, catedrático de Estudios de Genocidio (Reno). Texto excepcional y amplio donde los haya, que contempla globalmente el terror nazi en los campos de concentración y de muerte, componentes principales del holocausto. Se trata de una obra global, prácticamente definitiva al respecto, ofreciéndonos una documentación exhaustiva de aquél. Las abundantes notas a pie de página, recopiladas al final de la monografía, donde

¹⁰ IRUJO, X: *La mecánica del exterminio. La industrialización de la muerte en los campos de concentración nazis*. Crítica. Barcelona, 2025, 470 pp.

se inserta la bibliografía consultada y manejada, son una prueba de la seriedad y el rigor con que se ha abordado la valiosa investigación.

En seis capítulos, ordenados según los acontecimientos, fundamentalmente cinco de los mismos pues el último puede considerarse adenda, trata el autor de esas fábricas de exterminio, partiendo de los primeros años del nazismo y continuando con la deportación, envío y transporte, principalmente de los judíos, a los campos. Todo arranca de tres conceptos, nos dice Irujo, que configuran la idea planificada nacionalsocialista de suprimir a todo un pueblo: represión, violencia y muerte (pág. 19). El gran libro que nos presenta es el desarrollo detenido de lo expresado. Variadas fotografías intercaladas, algunas espeluznantes, pues reflejan fielmente lo acontecido, completan lo escrito. La supervivencia en los mismos, la mención de algunos mandos, siempre de las SS, sin especial detalle, y el método eliminatorio en los campos, de asesinatos en masa, se reflejan, entre otros temas, en el impresionante texto. En éste no cabe la excusa. El crimen organizado y sistemático se impone en las páginas de Xabier Irujo, configurando de esta manera una aportación sincera y verídica de los terribles sucesos.

Las leyes de 1933 y 1935 empezaron todo. Bien la eugenesia para los «seres carentes de valor vital» o la persecución de la población judía, sientan las bases de cuanto luego va a producirse. De los primeros manicomios y hospitales a los campos, primero en Alemania, por ejemplo, Dachau. Su primer comandante fue Theodor Eicke¹¹, luego nombrado por Himmler inspector general de los campos de concentración; y después, con la expansión de la guerra, en el Este. El número de estos lugares, desde el inicio de su empleo hasta 1942, es de 15 (pág. 123), A ellos se van añadiendo muchos más. Y es en el Este (Polonia, Ucrania, Lituania...) donde se llevan a cabo los asesinatos masivos probando diversos métodos de ejecución como los miles de fusilamientos¹², ahorcamientos y los iniciales furgones de gas, a modo de preludeo sangriento (págs. 55 y sigs.) lo califica con acierto el autor. Incluso se llega a sugerir con matar de hambre y frío, métodos más efectivos, proclama Herbert Backe¹³, que las balas (págs. 110 y sigs.). Todavía la «solución final», pensada por los grandes jerarcas, no se había desarrollado. Cuando se lleva a cabo, la clasificación de los campos se realiza de la siguiente forma, como nos recuerda Irujo: campos de concentración, de exterminio o de muerte: los prime-

¹¹ Fallecido en un accidente aéreo en 1943, en zona de guerra.

¹² El jefe de policía, Friedrich Jeckeln, acusado de ordenar pasar por las armas a más de 100.000 judíos y romanís, fue ahorcado en Riga en 1946, condenado por un tribunal soviético.

¹³ Se suicidó en su celda, en 1947, durante el llamado «proceso de los ministros» en Núremberg; Backe lo fue de agricultura.

ros serían campos de trabajo, diferenciándose así de los segundos, aunque el autor sostiene que la mayoría, si no todos, funcionaron como lugares de exterminio (pág. 139). Y antes de alcanzar sus destinos, los desplazamientos, esencialmente en trenes, o camiones es terrorífico, donde la brutalidad, el hacinamiento, el sufrimiento y la muerte campan por sus respetos.

Previos a los campos de exterminio se alzan los guetos. Es de Varsovia es uno de los más trágicos. Allí se contenían miles de personas sin luz ni agua, comida en mínimas condiciones y enfermedades múltiples sin sanidad alguna. La liquidación de los más de mil de estos lugares en los territorios ocupados se realiza a partir de 1942, cuando correlativamente se intensifican los asesinatos masivos (pág. 184).

El capítulo 4.º se titula, sin más, «exterminio» (págs. 201 y sigs.) y en el mismo trata Xabier Irujo de los campos. No se trata de una pormenorizada descripción de cada uno de los más notables (Dachau, Buchenwald, Mauthausen, Ravensbrück, Auschwitz-Birkenau, Belzec, Treblinka...), ni la mención de sus mandos o el destino final de los mismos, sino el estudio de la estrategia creada por los nazis en los mismos, bastante semejante en lo referido a la separación de los ingresos (hombres, mujeres y niños), transporte inhumano a los centros, siempre cercanos a vías férreas, el engaño propagado entre los destinados a los crematorios, como si fueran ubicados en establecimientos de mera retención o trabajo, o el secretismo de cuanto allí tenía lugar. «Las cámaras de gas en diferentes campos variaban en tamaño y diseño, pero todas compartían características comunes» (pág. 240). Encerrados en las mismas miles de personas, ejecutadas al unísono, el dióxido de carbono y el gas Zyklon B se dejaba caer por los agujeros de ventilación en los tejados (pág. 251), causando la horrible muerte en minutos. En los Juicios de Núremberg algunos de los acusados narraron con detalle tal procedimiento letal. Allí se constató casi en 6 millones el número de judíos asesinados (pág. 362). Una vez finalizadas las ejecuciones en las cámaras de gas, inmediatamente después, se procedía a la cremación de los gaseados en los hornos dispuestos al efecto (págs. 330 y sigs.). El total de ejecutados y muertos, de «vidas perdidas» en el Holocausto, nos dice Irujo, se puede contabilizar en 17 millones (pág. 363).

Después de la lectura del presente libro no pueden por menos que suscribirse los pensamientos que emanan de la monografía del autor: la existencia del Holocausto no puede dudarse., siendo consustancial su reconocimiento a «la moralidad y la decencia humanas» (pág. 353). El negacionismo o el reduccionismo a nada conducen, únicamente al engaño, a la mentira y a rechazar una evidencia más que probada y documentada. Xabier Irujo nos ha conducido, a través de su obra, a denostar y demostrar la farsa de quienes propagan las

teorías conspiratorias, exponiendo una verdad terrible y universal. Por eso el suyo es texto modélico, lleno de dignidad y necesario de conocer.

VI

De nuevo la dedicación a la Segunda Guerra mundial ocupa las librerías españolas con un muy reciente libro, para mí el quinto que traigo a colación en este artículo. En el presente caso, se trata de un texto muy original, del especialista en filología románica y alemana, así como escritor, Uwe Neumarhr, relativo a los juicios de Núremberg y la visión y opiniones que de los mismos tuvieron muchos literatos, algunos ya reconocidos y otros luego famosos, fundadas en las referencias directas que tuvieron, como corresponsales de diversos medios escritos y radiofónicos, de las sesiones. La reunión de los mismos en BaSviera, en el castillo de Faber, cercano a la localidad de Stein, es la base del libro y también su título¹⁴. El subtítulo no puede ser más expresivo: «Cuando la literatura universal se encontró con la Historia (Núremberg, 1946)». Personajes como Willy Brandt, Dos Passos, Roa Bastos, William Shirer, Erika Mann, Janet Flanner, Marcus Wolf, Martha Gellhon, Victoria Ocampo o Wolfgang Hildesheimer entre otros, escribieron las crónicas del proceso que estaban presenciando y las transmitieron al mundo.

El libro consta de catorce apartados, no denominados capítulos, aunque tal pueden ser considerados, que configuran la magnífica obra. Todos se encuentran anotados a pie de página con rigor, notas recogidas de seguido al final de la obra. Nada de cuanto sucede o se declara en Núremberg se escapa a los ojos ávidos de los protagonistas, a los dibujantes o caricaturistas, al estar prohibidas en la sala las fotos. Y ello compone una obra necesaria para completar la cuantiosa bibliografía existente relativa a tales juicios desde una óptica atractiva y nueva.

El texto comienza con la descripción del alojamiento de los escritores en el mencionado castillo, lo que prácticamente da título a la obra, sus espacios, sedes y estancias, lo escasamente acondicionado que se encontraba para tanto especialista y su diferencia con los alojados en el Grand Hotel de la ciudad, reservado para personalidades de otro tipo o rango o para «capitalistas comunistas», como yo les llamo, tales como Elsa Triolet. Dentro del recinto, antiguo edificio señorial, incluso la separación de corresponsales se imponía pues los

¹⁴ NEUMAHNR, U: *El castillo de los escritores*. Taurus. Barcelona, 2024, 332 pp.

que escribían para las potencias occidentales no se relacionaban mucho con los soviéticos o con los pocos alemanes autorizados a visitarlo.

A partir de aquí, el texto da la voz a los personajes que fueron los correspondientes. Con datos de los mismos (Dos Passos, Mendelssohn, Mann), acompañados de breves notas biográficas, en algunos casos, se recogen su forma de narrar los acontecimientos, la mayoría sobrevolando este primer juicio –entre los trece de Núremberg¹⁵– al que asistieron. Sala de audiencia, no muy cómoda, abarrotada de prensa, distribuidos sus miembros, en número autorizado, por países, donde se dilucidaban cuatro gravísimos delitos: conspiración contra la paz, guerra de agresión, crímenes de guerra y contra la humanidad (pág. 21), actuando jueces y fiscales de las cuatro potencias vencedoras: Estados Unidos, Unión Soviética, Inglaterra y Francia. La primera intervención, que abre y sienta las bases de la acusación, fue la del fiscal general estadounidense, Robert H. Jackson, que le llena de «orgullo nacional» a John Dos Passos (págs. 69 y sigs.). El que no hubiera jueces alemanes se criticará por Willy Brandt (pág. 203).

Los trabajos periodísticos se centran más, en un primer momento, en las actitudes de los veintidós acusados que en los delitos que se juzgan, lo que se va enmendando poco a poco. Las crónicas no podían convertirse en gacetillas de sociedad, como lo fueron en algún caso, sino en la plasmación de los horrores cometidos por los jerarcas nazis. Para eso y no para otra cosa fueron los procesos. Cuando se proyectan las películas de los campos de concentración liberados, se nos dice, todo cambia y los acusados y los presentes se avergüenzan, conmueven u horrorizan (págs. 111 y 112). Otras sesiones, por su extensión y la lectura de documentos, causan un cierto sopor y aburrimiento.

Ha de tenerse presente que no se da cuenta en el texto, en líneas generales, salvo alguna pequeña excepción (testimonios del teniente general Lahoussen, págs. 141 y sigs. y de Hermann Göring, págs. 164 y sigs.), de una noticia precisa sobre las pruebas presentadas, los interrogatorios o la misma sentencia. Incluso cuándo se resumen el resultado final del fallo: 12 condenas a muerte, 3 a cadena perpetua¹⁶, 4 a encarcelamientos prologados y 3 absoluciones (pág. 211),

¹⁵ Los demás juicios se llevaron a cabo, sucesivamente y en su totalidad, bajo la responsabilidad de tribunales militares estadounidenses, contra médicos, jueces, industriales, comandantes de la SS y de la policía, personal militar, funcionarios y diplomáticos (pp. 252 y 253). El proceso de los juristas se reflejó magníficamente en la gran película, de 1961, auténtica joya del cine, de Stanley Kramer: «¿Vencedores o vencidos?»; entre los muchos trabajos a ella dedicados, *vid.* el reciente y excelente estudio homónimo del Fiscal europeo delegado, Zárate Conde, A, en Fernández Carballo-Calero, P/Velasco Fabra, GJ (dirs.): *Clásicos del cine jurídico*. Aranzadi. Pamplona, 2023, págs. 239 y sigs.

¹⁶ Entre los condenados a esta pena figuró Rudolf Hess, «el último de Spandau», que se suicidó en 1987 en la mencionada prisión militar de Berlín, al que el autor del presente libro dedica sus páginas finales (pp. 275 y ss.).

no se menciona a los correspondientes reos. Ello se deja para la literatura especializada. Aquí lo que importa narrar son principalmente dos cosas: las opiniones y las experiencias de los cronistas —algunas muy criticadas, como la cuasi admiración contradictoria de Flanner por Göring— y sus sentimientos, en ocasiones, encontrados ante lo que se presencia y escucha. Incluso se describen las enemistades personales (Mann vs. Süskind). También escritos falseados o inventados, como los de Triolet. Ello se pone en relación con sus previas actitudes políticas que, sin duda, afloran en la forma de afrontar sus relatos. En lo que el libro de Uwe Neumahr se centra pues es en destacar las corresponsabilidades de los autores acreditados que, después, publican sus vivencias, como reportajes o libros, y, reunidos en el castillo, escriben para sus periódicos o comenta las circunstancias acontecidas, tanto en los lugares comunes como en los de esparcimiento. La labor de Uwe Neumahr consiste, fundamentalmente, en desbrozar con inteligencia tales crónicas, seleccionando las más cercanas a su acertado gusto y reveladoras, tanto de la personalidad de los autores cuanto del juicio en sí, otorgando a cada uno de aquéllos las especiales circunstancias de las mismas que trascienden pues a lo vivido.

Y es precisamente en estas páginas, donde se viene a desvelar la doble óptica de muchos de aquéllos —y de la mayoría de los analistas e historiadores— respecto a la actitud del pueblo alemán: o la tesis de la culpa colectiva o la de que no todos los ciudadanos eran nazis (pág. 102). Es evidente que la segunda posibilidad se impuso en la posguerra alcanzando incluso a muchos de los militantes en las filas nacionalsocialistas, rehabilitados y ocupando cargos en la nueva Alemania, y así Erika Mann puede afirmar que, un tiempo después, «los antiguos nazis seguían activos en la justicia y la política, en la cultura y la economía» (pág. 123) y Janet Flanner insiste, tajantemente, en el argumento de la responsabilidad global y comenta que «la lucha de los soldados aliados no fue contra Hitler o lo nazis, sino contra Alemania y los alemanes» (pág. 172). El que la polémica se mencione en la obra de Neumahr (también en las págs. 255 y sigs.) como reflexión trascendente y como una de las contradicciones del primer momento, deja adivinar claramente el inmediato futuro y así nos dice en el último lugar citado: «la cuestión de la culpabilidad dominó el debate público en los primeros años de la época de posguerra». Y fue la política angloamericana la que comenzó a rehuir la primitiva estigmatización de los alemanes, pues «los antiguos enemigos eran necesarios (ahora) como aliados» (pág. 257).

A continuación, el libro de Neumahr continúa centrándose en otros sucesos, que considera tan importantes o más que los recogidos, acaecidos durante las sesiones judiciales o en su entorno. Todos siguen teniendo relación con los

escritores, protagonistas del texto, y sus vivencias profesionales e incluso personales («El affaire de Rebbecca West con el juez» —el estadounidense Francis Biddle— págs. 215 y sigs.), siendo algunos de aquéllos también reveladores de la personalidad de éstos. Personajes como Wily Brandt, por entonces un reportero sin más, también comparecen en el juicio y nos dicen su opinión, si bien el futuro canciller alemán nos oculta, sin motivo aparente, la matanza de Katin, ordenada por Stalin, allí no tratada, contrapuesta a las cometidas por los nazis, a quienes inicialmente se culpó, reconocida mucho tiempo después en la era Gorbachov. En cambio, las atrocidades de Dachau, expuestas descarnadamente por Martha Gellhorn, ya divorciada de Hemingway, que visitó con anterioridad el lugar, sitúa en sus justos términos el terror y el horror de los campos de concentración (págs. 242 y sigs.).

Como he dicho, este libro es complementario a cuantos, en gran número, de los juicios de Núremberg tratan. Bien escrito y sin prácticamente utilizar la reproducción textual de citas, es una elaboración personal que parte de las crónicas, muy bien trabajadas, de los escritores mencionados en sus apartados y páginas. No está todo lo acontecido en la sala de audiencias, es cierto, pero puede bastarnos para comprender el alcance de las acusaciones y así ayudarnos a desvelar el horror desplegado por los nazis y como, en mayor o menos medida, afectó a sus cronistas. Que el Holocausto siga presente en la actualidad es algo fundamental frente a los negacionistas, como ya he señalado en otra ocasión que también venía al caso.

132. EL SISTEMA PENITENCIARIO VASCO TRAS LA TRANSFERENCIA: DIAGNÓSTICO EMPÍRICO Y RETOS ESTRUCTURALES*

ENARA GARRO CARRERA

Profesora Titular de Derecho Penal

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (EHU)

Este trabajo se presenta como modesto homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, cuya trayectoria académica ha estado marcada por una preocupación constante por la dignidad como valor superior e intrínseco del ser humano, sin olvidar la de aquellas personas privadas de libertad. Su tesis doctoral sobre el trabajo penitenciario resocializador constituyó una aportación pionera que ya revelaba las inquietudes que iban a marcar su carrera, y sigue siendo referencia obligada para quienes nos ocupamos de estas materias. Más allá de sus logros individuales, el Prof. De la Cuesta ha sido siempre un académico profundamente comprometido con la formación de nuevas generaciones de penalistas, dedicándose con generosidad a la transmisión del saber y al acompañamiento de quienes continúan su legado. Es un honor poder participar en este libro que celebra su magisterio.

I. LA NECESIDAD DE MONITORIZAR LAS CONDICIONES DE VIDA EN PRISIÓN

Las prisiones constituyen espacios de especial opacidad, incluso en las sociedades democráticas. Tras sus muros se desarrolla el ejercicio más intenso del

* Este trabajo se enmarca en el ámbito del proyecto I+D+I PID2024-156089NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

poder punitivo del Estado: la privación de libertad de personas que, pese a haber infringido la ley, conservan (por descontado) su dignidad y la titularidad de todos aquellos derechos que no resulten incompatibles con la condena impuesta. Esta tensión inherente entre el necesario control institucional de los penados y la preservación de sus derechos fundamentales convierte el monitoreo de las condiciones de vida en prisión en una exigencia ineludible del Estado de Derecho.

La evaluación sistemática y rigurosa de la calidad de vida penitenciaria cumple, de hecho, múltiples funciones esenciales¹. En primer lugar, opera como mecanismo de control democrático sobre instituciones que, por su propia naturaleza, tienden a sustraerse de la mirada pública. Lo que ocurre intramuros raramente trasciende más allá de los testimonios de quienes allí viven y trabajan, testimonios que frecuentemente quedan atrapados en dinámicas institucionales que dificultan su expresión o su llegada a instancias con capacidad de intervención. El monitoreo sistemático rompe este círculo de invisibilidad, proporcionando información objetiva sobre aspectos fundamentales de la vida en prisión que de otro modo permanecerían en la oscuridad.

En segundo lugar, la medición de la calidad de vida constituye un instrumento imprescindible para la rendición de cuentas. Las autoridades penitenciarias deben responder ante la ciudadanía sobre cómo ejercen la potestad que se les ha conferido. Esta rendición de cuentas no puede limitarse a datos agregados sobre población reclusa, incidentes de seguridad o presupuestos ejecutados. Debe extenderse al impacto real que las políticas penitenciarias tienen sobre las personas privadas de libertad: ¿se respeta su dignidad?, ¿tienen acceso efectivo a programas de tratamiento?, ¿se les prepara adecuadamente para el retorno a la sociedad?, ¿experimentan la prisión como un espacio de violencia y degradación o como un entorno en el que, pese a las restricciones inherentes, se preserva un núcleo básico de humanidad? Sin información empírica sobre estas cuestiones, cualquier debate sobre política penitenciaria queda reducido a preferencias ideológicas o a asunciones no contrastadas.

En tercer lugar, el monitoreo cumple una función prospectiva esencial para el diseño e implementación de políticas públicas. Identificar con precisión las fortalezas y debilidades del sistema permite orientar los recursos hacia las áreas que más lo necesitan, evaluar el impacto de las reformas implementadas y corregir el rumbo cuando los resultados no sean los esperados. La gestión basada en evidencias, ampliamente consolidada en otros ám-

¹ Cfr: CUTIÑO RAYA, S./POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./NAKAHIRA, M.: *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 19 y ss.

bitos de la acción pública, debe extenderse también al sistema penitenciario². No puede aceptarse que decisiones que afectan profundamente a miles de personas se adopten sobre la base de meras creencias o presunciones no verificadas.

Finalmente, existe una dimensión ética insoslayable. El trato que una sociedad dispensa a quienes han delinquido, a sus ciudadanos «menos ejemplares», más que un indicador significativo en torno a su grado de civilización constituye la prueba definitiva sobre cómo se interpretan en ella el alcance de dignidad y los derechos fundamentales. Incluso el alcance y las implicaciones de la propia noción de ciudadano³. Y es que la evaluación de las condiciones de vida en prisión nos confronta con nuestra propia coherencia moral: ¿estamos a la altura de los principios que proclamamos?, ¿respetamos en la práctica los derechos que reconocemos en abstracto?, ¿o permitimos que la retórica de la dignidad humana se diluya tras los muros de las prisiones? El monitoreo sistemático nos obliga a mirar de frente esta realidad incómoda y nos interpela sobre el tipo de sociedad que somos.

En este contexto, el traspaso de competencias en materia penitenciaria a la Comunidad Autónoma del País Vasco materializado en 2021 representa una oportunidad única para repensar el modelo de ejecución penal desde sus fundamentos⁴. Este paso no constituye meramente un cambio administrativo, sino la posibilidad de configurar un sistema penitenciario propio que responda a las necesidades específicas del territorio y, sobre todo, que materialice de forma efectiva los principios constitucionales que deben regir la privación de libertad. Pero para aprovechar verdaderamente esta oportunidad resulta imprescindible conocer con precisión la situación de partida. El presente trabajo se propone contribuir a este objetivo, analizando críticamente algunos aspectos fundamentales de la realidad penitenciaria vasca sobre la base de datos empíricos relativos a la calidad de vida en los centros.

² MARTÍ BARRACHINA, M.: «El estudio de la calidad de vida en prisión. Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», en *Indret*, n.º 3/2017, 2017, p. 24.

³ PAWLIK, M.: *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 53.

⁴ El documento de Bases para la implantación del modelo penitenciario en Euskadi, del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco, se halla disponible en el siguiente enlace: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/administracion_penitenciaria/es_def/adjuntos/modelo_penitenciario_euskadi_2021.pdf (Fecha consulta: 29/10/2025).

II. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA: MIDIENDO LA «MORAL PERFORMANCE» DE LAS PRISIONES

La evaluación de la calidad de vida en «instituciones totales»⁵ como las prisiones presenta desafíos metodológicos específicos que han sido objeto de intensa reflexión académica en las últimas décadas. El trabajo pionero de Liebling y su equipo en el Instituto de Criminología de Cambridge ha resultado particularmente influyente en este ámbito, al proponer un marco conceptual y metodológico que permite ir más allá de los indicadores tradicionales de funcionamiento penitenciario (incidentes de seguridad, fugas, agresiones) para captar dimensiones más sutiles, pero igualmente cruciales de la experiencia carcelaria.

Liebling introdujo el concepto de «*moral performance*» para referirse a los valores éticos que una prisión transmite en su funcionamiento cotidiano y al grado en que logra preservar la humanidad y la dignidad de quienes en ella viven y trabajan⁶. Este concepto parte de la premisa de que las prisiones no pueden evaluarse únicamente por su capacidad para mantener el orden y evitar incidentes, sino que deben valorarse también por su contribución (o su daño) al bienestar de las personas que las habitan. Una institución puede ser perfectamente segura en términos de ausencia de fugas o motines, pero profundamente destructiva para la salud mental de internos y personal. Inversamente, pueden existir centros que, sin renunciar a la seguridad necesaria, logran crear ambientes donde se preserva un núcleo básico de respeto, dignidad y posibilidades de desarrollo personal.

Para operativizar este concepto, Liebling desarrolló el «*Measuring the Quality of Prison Life*» (MQPL+), un instrumento de encuesta que recoge las percepciones de internos y personal sobre múltiples dimensiones de la vida en prisión. El cuestionario explora aspectos como el trato recibido, las relaciones con el personal, el acceso a actividades y programas de tratamiento, las condiciones de habitabilidad, la sensación de seguridad, el apoyo emocional disponible, o las oportunidades de desarrollo personal. La premisa metodológica fundamental es que cómo experimentan la prisión quienes en ella viven y trabajan importa, y es relevante para extraer conclusiones valiosas sobre su funcionamiento y la legitimidad percibida en torno a lo que en ellas ocurre.

⁵ GOFFMAN, E.: *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New Brunswick/London, Aldine Transactions, 1961, p. 13.

⁶ LIEBLING, A./ARNOLD, H.: *Prisons and their moral performance. A study of values, quality, and prison life*, Oxford, Clarendon Press, 2004, pp. 454 y ss.

El enfoque de Liebling ha sido aplicado y adaptado en numerosos contextos nacionales, demostrando su utilidad para identificar fortalezas y debilidades de los sistemas penitenciarios, comparar centros entre sí, y evaluar el impacto de reformas implementadas⁷. Su gran aportación consiste en haber proporcionado un lenguaje común y unas herramientas estandarizadas que permiten el diálogo entre investigadores, gestores penitenciarios y responsables políticos sobre cuestiones que tradicionalmente han quedado en el ámbito de las apreciaciones más bien intuitivas.

La investigación que sustenta el presente trabajo se inspira directamente en esta aproximación metodológica. Así, partiendo del cuestionario MQPL+⁸, se adaptó el instrumento a las particularidades del contexto vasco, garantizando que la versión final recogiese las percepciones tanto de los internos como del personal penitenciario sobre distintas dimensiones de la calidad de vida en los centros. La encuesta diseñada se administró en los tres establecimientos penitenciarios vascos (Araba, Bizkaia y Gipuzkoa), garantizando la representatividad de la muestra tanto respecto a los internos (con aproximadamente un 14% de ellos encuestados) como de las diversas categorías profesionales del personal (funcionarios de vigilancia, técnicos, personal de tratamiento).

Especial atención se prestó a garantizar la voluntariedad y el anonimato de las respuestas, elementos cruciales para obtener información veraz en un contexto institucional donde las relaciones de poder condicionan inevitablemente lo que puede o no expresarse sin temor a represalias. Los internos, seleccionados aleatoriamente, fueron informados de que su participación era completamente voluntaria, que sus respuestas no tendrían consecuencia alguna sobre su situación penitenciaria, y que los cuestionarios se procesarían de forma totalmente anónima. Análogas garantías se ofrecieron al personal penitenciario, conscientes de que sus valoraciones críticas sobre el funcionamiento de la institución podrían generar tensiones si no quedaba asegurada su confidencialidad.

⁷ Respecto a las encuestas administradas en Cataluña, véanse los resultados en RODRÍGUEZ MENÉS, J./LARRAURI PIJOAN, E./GUERRI FERRÁNDEZ, C.: «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y de un trato digno», en *Revista Internacional de Sociología*, n.º 76(2), 2018, pp. 1-20. En cuanto a los resultados de la investigación llevada a cabo en Andalucía, véase BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M.Á./CALVO ALBA, M.Á.: «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 251-285. Más recientemente, CUTIÑO RAYA, S./POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./NAKAHIRA, M.: *Estudios sobre calidad de vida en prisión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 60 y ss.

⁸ En concreto, se partió de la adaptación que previamente realizó Larrauri Pijoan con su equipo.

Las dimensiones exploradas en la encuesta abarcan tanto aspectos materiales (condiciones de habitabilidad, acceso a servicios básicos, calidad de la alimentación) como relacionales (trato recibido del personal, relaciones entre internos, mecanismos de resolución de conflictos) y organizativos (acceso a actividades formativas, laborales y de tratamiento, preparación para la puesta en libertad). Esta amplitud responde a la convicción de que la calidad de vida en prisión es un fenómeno multidimensional que no puede capturarse mediante indicadores parciales. Una prisión puede tener instalaciones excelentes pero un clima relacional tóxico; o puede contar con personal comprometido, pero carecer de los recursos materiales necesarios para desarrollar programas de tratamiento efectivos. Solo una mirada comprehensiva permite identificar dónde residen las principales fortalezas y debilidades del sistema.

Los resultados obtenidos ofrecen un retrato complejo de la realidad penitenciaria vasca, alejado tanto del catastrofismo que a veces domina el discurso crítico como de la complacencia que puede deslizarse en algunas declaraciones oficiales. Emergen con claridad tanto aspectos preocupantes que exigen atención prioritaria, como elementos positivos que deben preservarse y potenciarse. Es esta mirada matizada, basada en datos empíricos más que en percepciones preconcebidas, la que puede resultar más útil para orientar las políticas públicas en el nuevo marco competencial⁹.

III. LA CUESTIÓN ESTRUCTURAL: EL DÉFICIT DE PERSONAL Y ALGUNAS INFRAESTRUCTURAS OBSOLETAS

El análisis de la calidad de vida en las prisiones vascas reveló, en el momento en el que se administró la encuesta¹⁰, un problema estructural de primer orden que condicionaba todos los demás aspectos del sistema: la insuficiencia crónica de personal y las deficiencias en algunas de las infraestructuras. Esta carencia no es meramente cuantitativa, sino que tiene consecuencias cualitativas directas sobre las posibilidades de desarrollar un modelo penitenciario orientado genuinamente a la reinserción.

Para empezar, la ratio de funcionarios por interno se situaba, en 2023, significativamente por debajo de los estándares recomendados por organismos internacionales y muy lejos de las cifras de sistemas penitenciarios

⁹ Véase, ampliamente, GARRO CARRERA, E.: «Calidad de vida en las prisiones vascas: visión y realidad», en *Indret* n.º 4/2024, 2024, pp. 281-321.

¹⁰ Entre febrero y abril de 2023.

considerados modélicos, situación que genera una dinámica perversa: ante la imposibilidad de atender adecuadamente a la población reclusa, las prioridades se desplazan necesariamente hacia las funciones más básicas de seguridad y orden, relegando a un segundo plano las actividades de tratamiento, formación y preparación para la vida en libertad¹¹. Las encuestas revelaron un perfil de trabajador comprometido pero exhausto, muy consciente de sus propias limitaciones para poder afrontar sus obligaciones de forma óptima.

Las instalaciones presentaban también importantes carencias en dos de los centros. Y es que las prisiones de Bizkaia y Gipuzkoa fueron diseñadas en épocas en las que primaba una concepción puramente custodial de la pena privativa de libertad, sin considerar las exigencias que impone un modelo resocializador¹². Espacios insuficientes para actividades laborales, talleres obsoletos, zonas comunes inadecuadas y condiciones de habitabilidad mejorables en algunas zonas configuraban un escenario que dificultaba enormemente una intervención educativa o terapéutica en condiciones ideales¹³.

Esta clase de déficit estructural no podía abordarse mediante ajustes menores o redistribuciones de recursos existentes. Requería de una apuesta decidida por la inversión en medios personales y materiales, que ya se ha vislumbrado como prioritaria en la agenda política del nuevo marco competencial. Asumiendo que cualquier declaración meramente programática sobre reinserción corre el riesgo de quedar en retórica vacía, la próxima ampliación de la RPT en las prisiones vascas y la apertura del nuevo centro penitenciario de Gipuzkoa prevista para 2026 han de valorarse como pasos decididos que revelan, por parte del Gobierno Vasco, un compromiso real con el modelo penitenciario que desea impulsarse y, a la postre, con la mejora de la calidad de vida en las prisiones de la CAV.

¹¹ Cfr. GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 75 y ss.

¹² La organización interna de los centros y, en particular, la configuración de los módulos, ejerce una influencia determinante sobre las posibilidades de intervención. Los datos revelaron una considerable heterogeneidad tanto entre centros como entre módulos dentro de un mismo centro, con algunos internos disfrutando de condiciones aceptables (como celdas con duchas, televisión...) mientras otros se veían confinados en módulos caracterizados por un mayor hacinamiento, deterioro de las instalaciones y un clima de conflictividad permanente.

¹³ No obstante, destaca que la mayoría de los internos conferían más importancia a la cercanía respecto a sus familias que a la modernidad de las instalaciones, por lo que, en general, y salvo en aspectos puntuales, no se manifestaron de forma especialmente crítica, aunque estuvieran cumpliendo sus condenas en Bizkaia o Gipuzkoa, GARRO CARRERA, *Calidad de vida*, pp. 295 y ss.

IV. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO: DONDE LAS CARENCIAS SE HACEN MÁS EVIDENTES

Precisamente en el ámbito del tratamiento penitenciario es donde el impacto de las carencias estructurales se manifiesta con mayor claridad y gravedad. Y es que, como se plasmara en los trabajos iniciales del profesor De la Cuesta, el tratamiento no puede entenderse como un añadido inane a la privación de libertad, sino como el elemento que legitima constitucionalmente la pena de prisión ¹⁴.

Los datos empíricos recogidos en las prisiones vascas en el momento de la administración de la encuesta revelan una situación profundamente preocupante: la inmensa mayoría de los internos entrevistados (un 72%) declaró no estar realizando ni haber realizado el programa de tratamiento de la prisión en la que se encontraba, y no haber participado en ningún taller de los ofertados. Aunque es posible que parte de estos resultados estén condicionados por la formulación de la pregunta en el cuestionario –que mencionaba solo programas especializados como los diseñados para condenados por violencia de género, agresores sexuales o por otra clase de conducta violenta–, el porcentaje resulta suficientemente elevado como para evidenciar una carencia estructural de primer orden.

Resulta particularmente revelador que, entre los internos encuestados en Euskadi, solo un 2,31% considerase que la participación en programas de tratamiento era su actividad principal. Esta cifra contrasta llamativamente con el porcentaje de quienes identificaban como actividad principal los destinos (28,32%), la escuela (22,54%) o el trabajo en talleres (17,92%). Más preocupante aún resulta que un 9,25% de los internos refiriese no realizar ninguna actividad en absoluto, o dedicar su tiempo a actividades residuales como manualidades, dormir o jugar a cartas. Estos hallazgos, aunque no puedan considerarse cuantitativamente abrumadores, no deben minusvalorarse por los perjuicios que ocasiona la inactividad en los centros penitenciarios: frustración, sensación de pérdida de tiempo, ansiedad o estrés ¹⁵.

¹⁴ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización», *Eguzkilore*, n.º Extra (2), 1989, pp. 59 y ss. Al respecto, véase, más recientemente, ANDERREZ BELATEGI, M.: *La reinserción como garantía individual en la ejecución penitenciaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 550 y ss.

¹⁵ Cfr. VALVERDE MOLINA, J.: *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Editorial Popular, 1991, pp. 87 y ss.

La escasa interacción directa entre el personal técnico y la población reclusa¹⁶, consecuencia de los escasos recursos personales, hace que prácticamente el único factor que sea tenido en cuenta para determinar la evolución del interno sea la observación de su conducta a través del personal de vigilancia. Quizá por la combinación de todos estos factores se explica que una amplia mayoría (66,1%) no estuviese de acuerdo con la idea de que el plan de tratamiento individual fuese útil, llegando al 78,7% precisamente entre los internos que declararon haber participado en un programa.

El problema se agrava cuando se consideran las necesidades específicas de determinados perfiles de población reclusa. Un 61,6% de los encuestados declaró ser consumidor de drogas distintas al alcohol antes de su ingreso en prisión, lo que evidencia que las adicciones constituyen un factor que concurre en una proporción significativa de la población penitenciaria. La intervención con estos internos no solo constituye una exigencia desde la perspectiva del tratamiento, sino también, potencialmente, una inversión en prevención de la reincidencia al menos a considerar.

Igualmente preocupante resulta la situación de las personas con problemas de salud mental. Un 20% de los encuestados afirmó haber sido ingresado durante al menos dos días en un centro psiquiátrico en el pasado, reconociendo antecedentes de autolesión e intentos de suicidio un 23,8% y un 19,6% respectivamente. Estos internos requieren una intervención especializada que combine el componente terapéutico con el control de su situación clínica, algo que el sistema penitenciario difícilmente podía proporcionar de forma satisfactoria con los medios disponibles en el momento de la administración de la encuesta.

En suma, los datos evidencian que la mejora del tratamiento penitenciario constituye la principal asignatura pendiente del sistema penitenciario vasco, máxime a la vista de la centralidad que se le confiere en la Ley Orgánica General Penitenciaria como instrumento clave para la reinserción¹⁷. Sin una

¹⁶ Como señala Gordon Benito, la limitada formación del personal penitenciario en enfoques restaurativos constituye un obstáculo añadido para avanzar hacia modelos de interacción más dialógicos y orientados a la reparación. Véase GORDON BENITO, I.: «El conflicto digital como pretexto para abrazar una forma de vida restaurativa. El poder transformador del encuentro para prevenir y resignificar el odio en Internet», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 44, 2025, p. 33.

¹⁷ CUTIÑO RAYA, S.: «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17(11), 2015, p. 34; BROSENS, D.: «Participation in prison programmes. Encouraging and discouraging factors», en Ponsaers, P./Crawford, A./De Maillard, J./Shaplund, J./Verhage, A. (eds.), *Crime, violence, justice and social order. Monitoring contemporary security issues*, Antwerp, Maklu, 2013, pp. 275 y ss; KIM, R.H./CLARK, D.: «The effect of prison-based college education programs on recidivism: Propensity Score Matching approach», en *Journal of Criminal Justice*, n.º 41(3), 2013, pp. 196 y ss; BUENO ARÚS, F.: «Novedades en el concepto de Tratamiento Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 252, 2006, p. 27; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*, 5.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 253.

apuesta decidida por dotar al sistema de los recursos humanos y materiales necesarios para una intervención efectiva, el riesgo es que la prisión se convierta en un mero paréntesis vital estéril, perdiendo así su razón de ser constitucional y perpetuando ciclos de exclusión social que ninguna sociedad democrática debería tolerar.

V. EL ÁMBITO RELACIONAL: UN HALLAZGO INESPERADO

Frente al panorama que ofrecen los datos sobre las condiciones materiales y los recursos humanos disponibles, emerge un hallazgo que merece especial atención: la calidad de las relaciones interpersonales en el interior de los centros se mantiene en niveles relativamente aceptables. Tanto las relaciones entre internos como, muy especialmente, las que estos mantienen con los funcionarios de vigilancia¹⁸, reciben valoraciones sensiblemente mejores que otros aspectos del sistema¹⁹.

Este dato resulta sorprendente si se consideran las condiciones de trabajo del personal penitenciario, sometido a una presión constante derivada de la falta de medios y de ratios inadecuadas. Pese a ello, los funcionarios logran mantener un trato generalmente correcto con los internos, evitando en la mayoría de los casos dinámicas de abuso o despersonalización. Esta actitud profesional representa, probablemente, el principal activo del sistema penitenciario vasco.

La preservación de este clima relacional constituye un elemento valioso que debe protegerse cuidadosamente en cualquier proceso de reforma²⁰. Sería relativamente sencillo destruir este capital social mediante cambios mal planteados o exigencias excesivas al personal, pero resultaría extremadamente difícil reconstruirlo una vez dañado. Los responsables políticos deben ser conscientes de que la profesionali-

¹⁸ Cfr. LAMBERT, E./WORLEY, R./WORLEY, V./HOGAN, N.: «The effects of different types of social support on depressive symptomatology of prison officers», en *Criminal Justice Studies. A Criminal Journal of Crime, Law and Society*, n.º 36(6), 2022, p. 13.

¹⁹ Este es un aspecto fundamental, dado que la percepción del trato que dispensan los funcionarios a los reclusos es lo que permite evaluar, en gran medida, el estado mental-psicológico de estos últimos y su nivel de bienestar, indicador especialmente pertinente y destacado, en tanto en cuanto los niveles de angustia, estrés o aflicción se han correlacionado con tasas significativas de suicidio, LIEBLING, A./DURIE, L./STILES, A./TAIT, S.: «Revisiting prison suicide: the role of fairness and distress», en Liebling, A./Maruna, S. (eds.), *The effects of imprisonment*, London/New York, Routledge, 2011, pp. 209 y ss; LIEBLING, A.: *Suicides in prison*, London/New York, Routledge, 1992, pp. 127 y ss.

²⁰ Sobre su importancia, ya con carácter previo a los estudios de Liebling, véase ZAMBLE, E./PORPORINO, F.: *Coping, Behavior and Adaptation in Prison Inmates*, New York, Springer, 1989, *passim*. Más recientemente, POZO CUEVAS, F./NAVARRO ARDOY, L./NAKAHIRA, M./CUTIÑO RAYA, S.: «El desempeño relacional de la prisión. La valoración de los presos del trato y las relaciones con funcionarios de vigilancia y personal de tratamiento», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 18, 2020, pp. 1-29.

dad y la dedicación de los trabajadores penitenciarios constituyen, en cierto modo, el dique que evita el colapso completo del sistema pese a las carencias estructurales.

Al mismo tiempo, no debe caerse en la complacencia. Que las relaciones sean aceptables no significa que no se refieran, en algunas encuestas, episodios de maltrato, abusos de autoridad o trato degradante. Los mecanismos de control y denuncia deben reforzarse, y cualquier conducta inadecuada debe ser investigada y sancionada con contundencia para que el respeto a la dignidad de las personas privadas constituya una línea roja inquebrantable.

VI. RECAPITULACIÓN Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO

El análisis de la calidad de vida en las prisiones vascas permite identificar varios desafíos fundamentales que el nuevo marco competencial deberá afrontar si aspira a construir un sistema penitenciario que merezca tal nombre.

En primer lugar, el estudio reveló que resulta imprescindible abordar las carencias estructurales mediante una inversión significativa y sostenida en personal e infraestructuras, inversión que ya ha sido contemplada con la construcción de un nuevo centro penitenciario que sustituirá a la cárcel de Gipuzkoa y con una ampliación significativa de la RPT que permitirá mejorar la calidad de la atención dispensada a los internos.

En segundo lugar, es necesario proteger y reforzar la calidad de las relaciones interpersonales en el interior de los centros, aspecto que actualmente funciona relativamente bien. Esto exige mejorar las condiciones laborales del personal penitenciario, proporcionarle formación continua adecuada y establecer mecanismos efectivos de supervisión que prevengan abusos sin generar desconfianza. El personal penitenciario debe percibirse no como meros guardianes, sino como agentes clave del proceso de reinserción. Para ello, resulta imprescindible valorizar su función, reconocer la complejidad y dureza de su trabajo, y dotarles de las herramientas necesarias para desempeñarlo en condiciones adecuadas. La formación continua en técnicas de comunicación, gestión de conflictos, prevención de la violencia y comprensión de las dinámicas propias del medio penitenciario debería constituir un elemento central de la política de recursos humanos. Solo un personal bien formado, motivado y respaldado institucionalmente podrá mantener a largo plazo la actitud profesional y humana que los datos actuales revelan.

El traspaso competencial ha abierto la oportunidad de desarrollar un modelo penitenciario propio que, aprendiendo de las mejores prácticas internacionales y atendiendo a las carencias identificadas, logre equilibrar seguridad con respeto a la dignidad y tratamiento efectivo orientado a la reinserción.

Existen experiencias en diversos países europeos que demuestran que es posible gestionar centros penitenciarios seguros manteniendo condiciones de vida dignas y desarrollando programas de tratamiento efectivos. El desafío consiste en adaptar esas experiencias a las particularidades del contexto vasco, sin caer en la complacencia de asumir que las limitaciones actuales son inevitables.

El monitoreo periódico de la calidad de vida en prisión mediante instrumentos como el aquí empleado debe convertirse en práctica sistemática, ya que solo el conocimiento preciso de la realidad permitirá evaluar si las políticas implementadas producen los efectos deseados y si el sistema vasco avanza hacia el modelo al que aspira. El seguimiento sistemático de estas dimensiones se revela así no como un ejercicio académico de interés meramente teórico, sino como el instrumento que permite verificar si el compromiso ético con la dignidad de las personas privadas de libertad se materializa efectivamente o permanece en el plano de las declaraciones y proclamas.

133. EQUIDAD Y JUSTICIA EPISTÉMICAS EN LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS PENITENCIARIAS ENTRE VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS DROGODEPENDIENTES

ISABEL GERMÁN MANCEBO

Dra. en Derecho, Dra. en Filosofía, Dra. en Ciencias Criminales
Investigadora en el Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU)

I. APUNTE PRELIMINAR: EL MARCO DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Resulta especialmente difícil escribir cuando se trata de homenajear a una persona a la que admiras, respetas profundamente y que tanto ha aportado a quien firma este texto. El Profesor José Luis de la Cuesta, quien es mi maestro en el ámbito académico, ya desde antes de que dirigiera mi tesis sobre la relevancia jurídico-penal y criminológica de las dependencias, contribuyó a que tuviera presente el principio de humanidad al abordar posibles respuestas penales ante situaciones de victimización. De manera que las reflexiones que aquí se recogen responden, en gran medida, al eje de dicho principio: la dignidad humana como axioma necesario para la actuación penal.

Defiende el Profesor De la Cuesta¹ tres líneas en las que el contenido del principio de humanidad en Derecho Penal queda plasmado: la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, la orientación resocia-

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 23, 2009, p. 211.

lizador de las penas privativas de libertad y la atención a las víctimas de los delitos. Interesan aquí los dos últimas manifestaciones del principio de humanidad, puesto que, en el primer caso, se insta a la institución penitenciaria, no solo a «reducir el contenido estigmatizador y se parador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión», sino que, más importante si cabe, se busca el aprovechamiento de la ejecución penitenciaria «para abrir oportunidades de superación de la desocialización»². Por lo que respecta a las víctimas, advierte que, si bien el principio de humanidad se centra, principalmente, en el victimario, una «política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción»³.

Pues bien, es este el marco en el que se va a situar esta contribución, que busca analizar, de una manera crítica, la posibilidad de llevar adelante procesos restaurativos dentro de las prisiones, en unos supuestos muy concretos: aquellos en los que el victimario ha cometido un delito de tráfico de drogas. En dichas prácticas restaurativas, en las que podrían participar víctimas subrogadas, deben procurarse las condiciones necesarias para que el proceso de comunicación propio de este modelo se desarrolle en condiciones de equidad y justicia epistémicas. De este modo, el principio de humanidad, en el sentido previamente señalado, cobrará efectividad sustantiva, como criterio rector del proceso, garantizando así el reconocimiento recíproco de la dignidad intrínseca de ambas partes.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO RESPUESTA PARA VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS

La justicia restaurativa promueve la reparación del daño causado mediante vías de respuesta diseñadas cooperativamente por el infractor y la víctima, a través del diálogo deliberativo, en un espacio preparado por un facilitador ajeno al conflicto que orienta el proceso, teniendo también presente la dimensión social del delito. Este modelo responde a una concepción audaz e innovadora

² *Ibid.*, p. 222.

³ *Ibid.*, p. 224.

de la justicia⁴, al implicar una dinámica voluntaria de comunicación participativa⁵ y construirse en horizontal por medio del diálogo entre iguales⁶.

El fin principal de la justicia restaurativa, por tanto, es reparar el daño causado a la víctima, en la medida de lo posible, incluso de manera simbólica. En efecto, la reparación del daño «se vuelve prioritaria», pues la clásica reacción retributiva, el castigo al culpable, de cara a las víctimas «no resuelve lo principal, quizá solo su deseo vindicativo»⁷. Igualmente, aspira a que el infractor tome conciencia de las consecuencias de su acción y se responsabilice por el daño causado. Porque la justicia restaurativa consigue que el infractor se enfrente de forma directa con las consecuencias de su acto, a través del conocimiento del daño real causado a las víctimas⁸. Y todo ello con el compromiso de las partes en la respuesta al delito, lo que implica su participación a través de un diálogo, ya sea directo o indirecto.

Este modelo permite a las víctimas transformar la experiencia adversa que supone el delito, al obtener respuestas a sus preguntas sobre lo sucedido. También representa una oportunidad para que el victimario pueda comprender el alcance del daño causado, para que se enfrente con las consecuencias del hecho cometido y aprenda a conocer los intereses legítimos de la víctima.

La justicia restaurativa, cada vez más presente en el marco de los sistemas de justicia penal, ha tenido reflejo en la aprobación de diversas normas y recomendaciones en la materia, en las que se subraya la relevancia del diálogo deliberativo entre las partes en conflicto. En efecto, existe un acuerdo, en los estudios en esta materia, en subrayar la importancia del diálogo, eje central del proceso restaurativo. De hecho, todas las prácticas restaurativas, con independencia de la modalidad concreta, tienen en común la participación comunicativa de las personas afectadas por el delito. De manera que resulta de especial interés conocer en qué condiciones debe desarrollarse una práctica restaurativa para que no resulte problemática, tal y como se explicará más adelante.

⁴ ACHILLES, M./ZEHR, H.: «Restorative justice for crime victims: The promise and the challenge», en Gordon Bazemore/Mara Schiff (eds.), *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co., 2001, p. 87.

⁵ IGARTUA, I.: *Justicia penal restaurativa y justicia penal negociada, retórica y práctica. Estudio empírico del programa de mediación intrajudicial penal en Bizkaia* [Tesis doctoral, Universidad del País Vasco]. <https://addi.ehu.es/handle/10810/15970>, 2005, p. 29.

⁶ RÍOS, J.C.: «Justicia restaurativa y mediación penal». *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 98, 2016, 103 ss.

⁷ BERISTAIN, A./GIMÉNEZ, A.: «Artículo 21.5», en Cobo del Rosal, M. (dir.) *Comentarios al Código penal*, Madrid: Edersa. 1999, p. 786.

⁸ *Ibid.*, p. 783.

III. UN ÁMBITO PROBLEMÁTICO: LOS MAL LLAMADOS «DELITOS SIN VÍCTIMAS» Y LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS ENTRE VICTIMARIOS DROGODEPENDIENTES Y VÍCTIMAS «INEXISTENTES»

El delito de tráfico de drogas, dada la falta de concreción de las personas sobre las que recae la acción delictiva, ha servido para que esta infracción penal se considere dentro de los –mal– denominados delitos «sin víctimas»⁹. Es cierto que no podrá establecerse la relación causa-efecto necesaria para determinar qué delito concreto de tráfico de drogas ha producido qué víctimas, pero las víctimas existen, aunque no puedan ser identificadas en cada supuesto concreto. Tal es el caso de las personas drogodependientes que presentan una adicción o un consumo problemático de drogas ilegalizadas. Y, junto a estas víctimas directas, las víctimas indirectas son aquellas que padecen las consecuencias del delito, entre otros motivos, por el sufrimiento vicario que se experimenta al observar los padecimientos de un ser querido¹⁰, como es el caso, por ejemplo, de la familia de la persona que presenta una adicción. Además, quienes presentan una drogodependencia muy intensa en ocasiones se convierten a su vez en infractores, para conseguir los medios para obtener la sustancia dirigida a satisfacer su adicción –delincuencia funcional–, produciendo así nuevas víctimas. De manera que la victimización difusa directa y la victimización indirecta, son algunas consecuencias derivadas de los delitos de tráfico de drogas.

Y en este contexto no se descartan las prácticas restaurativas. Puesto que, como advierte Cario¹¹, la justicia restaurativa puede utilizarse asimismo en ausencia de una de las partes, cuando, por ejemplo, la víctima directa no pueda ser identificada. Así, para los delitos de tráfico de drogas, a la hora de plantear la posibilidad de llevar a cabo un proceso restaurativo se puede recurrir a las víctimas subrogadas o simbólicas de forma que la víctima abstracta se haría en alguna forma presente¹², ya se trate de personas drogodependientes o de sus familiares. Esto permite acudir a prácticas restaurativas en estas figuras delictivas, como la mediación, sin descartar otras experiencias como los encuentros

⁹ BERISTAIN, A.: «El nuevo código penal de 1995 desde la victimología», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 10 extr., 1997, p. 66.

¹⁰ GERMÁN, I.: «Victimización vial desde la perspectiva de las víctimas: hacia la (re)construcción de una respuesta auténtica», en Zamora, J.A./Mate, R./ Maiso, J., *Las víctimas como precio necesario*, Madrid: Trotta, 2016, p. 179.

¹¹ CARIO, R.: *Justice restaurative. Principes et promesses*. Paris: L'Harmattan, 2005, p. 67.

¹² ECHANO, J.I.: «Mediación penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción», en Subijana, I (dir.), *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Cuadernos en homenaje a José María Lidón 9, Bilbao: Universidad de Deusto, 2013, p. 163.

restaurativos, los círculos, o las conferencias, que podrían resultar adecuados por ser más inclusivos de otros miembros de la comunidad.

De esta forma, además de alcanzar a través del diálogo los fines de la justicia restaurativa, aunque fuera una reparación parcial, se podrían asimismo conseguir otros efectos positivos para el victimario. Así, por medio de la confrontación con quien ha sufrido consecuencias de comportamientos similares, también podría conseguirse la asunción de responsabilidad por el daño y obtener posibles rendimientos positivos en la motivación conductual futura por parte del autor. Y esta cuestión es muy relevante pues, como señala el profesor de la Cuesta, el Derecho Penal funciona «represivamente hacia el pasado y preventivamente hacia el futuro»¹³. De ahí que una adecuada articulación de una intervención penitenciaria efectiva para los drogodependientes constituya «un reto principal» para el sistema penitenciario¹⁴, puesto que debe aspirar a la prevención de los futuros delitos. Y no cabe duda de que la justicia restaurativa puede contribuir de manera muy significativa a responsabilización del victimario por los daños causado por su actuar delictivo.

IV. UN CONTEXTO CUESTIONADO PARA LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS: LA JUSTICIA REPARADORA EN LAS PRISIONES

A pesar de que el ámbito penitenciario podría ser un contexto adecuado para llevar adelante las prácticas restaurativas, es preciso señalar que, en la práctica, la derivación en la fase de ejecución, en general, y en la ejecución penitenciaria, en particular, es excepcional¹⁵. De hecho, se considera que «este tipo de prácticas restaurativas son difíciles de llevar a cabo en el ámbito carcelario»¹⁶.

En todo caso, es importante señalar que, en la ejecución penitenciaria, las prácticas restaurativas, tendrán efectos muy relevantes tanto para las víctimas como para los victimarios. En cuanto a las víctimas, explica Johnstone¹⁷, pue-

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Presupuestos fundamentales del Derecho Penal», en *Eguzkilo-re. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 3, 1989, pp. 55-78. p. 61.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Retos principales del sistema penitenciario hoy», en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, Ministerio del Interior- Secretaría General técnica, DGIIPP, 2005, pp. 119-137. p. 133.

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./GERMÁN MANCEBO, I.: *La justicia restaurativa en España*, Madrid: Iustel, 2022.

¹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V.: «Elementos restaurativos del cumplimiento penitenciario». *E-Eguzkilo-re, Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2022, n.º 7, 4.

¹⁷ JOHNSTONE, G.: *Restorative Justice in Prisons: Methods, Approaches and Effectiveness*, Strasbourg: European Committee on Crime Problems, Strasbourg: Council of Europe, 2014, p. 8-9.

den obtener respuestas, expresarse, recuperar el control de sus vidas y alcanzar una mayor sensación de seguridad.

Pero, estos procesos, además de contribuir a la reparación de la víctima, pueden producir otros efectos para la persona penada, ya sea respecto del periodo de seguridad, la clasificación y progresión en grado, las salidas de prisión y la libertad condicional, así como para la revocación o reducción de las sanciones disciplinarias¹⁸.

Ahora bien, lo fundamental para el victimario es que dichas prácticas serán relevantes dentro del tratamiento penitenciario, al redundar en su resocialización a través de la responsabilización que conllevan estos procesos. La asunción de la responsabilidad por el delito cometido, señala Cervelló¹⁹, «es un criterio de larga tradición en el ámbito penitenciario por los efectos que despliega sobre la evolución del penado». La justicia restaurativa en el ámbito penitenciario, en definitiva, es compatible con los fines de la pena y refuerza su objetivo constitucional de reinserción social²⁰.

Pero, como advierte Johnstone²¹, la efectividad de la justicia restaurativa en prisión está condicionada por diversos límites estructurales. Entre ellos destaca la cuestión de la voluntariedad, especialmente cuando, como ya se ha señalado, pueden existir incentivos implícitos asociados a la participación. Asimismo, la cultura penitenciaria y las dinámicas institucionales pueden dificultar la internalización genuina del *ethos* restaurativo²².

En cualquier caso, aunque la justicia reparadora en el ámbito penitenciario posee un potencial significativo, su eficacia depende de una implementación muy cuidadosa y de una rigurosa evaluación de sus resultados, lo que permitirá solventar los problemas que se detecten y optimizar las prácticas que se lleven adelante.

V. LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: EQUIDAD Y JUSTICIA EPISTÉMICAS EN EL PROCESO DE COMUNICACIÓN

El proceso de justicia restaurativa, a pesar de las oportunidades que presenta, no está exento de situaciones de desigualdad e injusticia epistémicas susceptibles de aparecer en la interacción comunicativa entre víctima y victi-

¹⁸ ORTIZ, A.L.: «La justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario», en Subijana (dir.), *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Cuadernos Penales José María Lidón 9, Bilbao: Universidad de Deusto, 2013, pp. 237-256. p. 242-243.

¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, *op. cit.*, p. 14.

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

²¹ JOHNSTONE, *op. cit.* p. 8-9.

²² *Ibid.*, p. 14.

mario. De manera que el abordaje de dichos obstáculos epistémicos es de esperar que permita el desarrollo de un proceso restaurativo en condiciones de equidad y justicia epistémicas.

1. De la inequidad a la equidad epistémica

La inequidad epistémica hace referencia al acceso desigual al conocimiento como consecuencia de mecanismos no perceptibles de obtención, transmisión, procesamiento y gestión de la información²³ en una interacción entre dos o más personas. La desigualdad epistémica implica que determinados sesgos puedan influir en la forma en que se produce el conocimiento o la información, lo que puede derivar en la marginación de perspectivas diversas. De manera que estos supuestos de desigualdad se traducen en una inferioridad epistémica de una persona frente a otra y, consecuentemente, en la superioridad epistémica de una respecto de la otra.

a) LA INEQUIDAD EPISTÉMICA

Por lo que se refiere al riesgo de que un proceso restaurativo se vea afectado por una situación de inequidad epistémica, hay que señalar que una de las críticas a este modelo de justicia apunta a la inviabilidad de llevar adelante un proceso de estas características cuando entre víctima y victimario exista una situación de desigualdad que dificulte, o incluso impida, un diálogo libre entre ambos. Esto conlleva, por tanto, la necesidad de valorar y modular las disparidades de partida entre las partes susceptibles de producir desequilibrios, lo que es fundamental ya que el proceso de comunicación entre las partes es el núcleo del proceso restaurativo.

Y es que, el problema en los procesos restaurativos aparece «cuando la parte más poderosa consigue sus objetivos frente a la otra utilizando su ventaja de poder»²⁴. Y no hay que olvidar que el proceso de comunicación restaura-

²³ ZUBOFF, S.: «Caveat Usor: Surveillance Capitalism as Epistemic Inequality», en K. Werbach (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity* (pp. 174-214). Cambridge: Cambridge University Press., 2020, p. 175.

²⁴ MERINO ORTIZ, C.: *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*. Madrid: Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 2013, p. 103.

tivo debe ser libre, llevándose a cabo, como afirma Béal²⁵, con la posibilidad de actuar sin sufrir interferencias u obstáculos exteriores.

En los procesos restaurativos las situaciones de dominación pueden tener lugar por causas muy diversas. Así, y por lo que respecta a la víctima, esta puede ser especialmente vulnerable, lo que podría dar lugar a un proceso de revictimización al enfrentar a su victimario y reproducirse situaciones de dominación y/o desventaja. En el caso del victimario cabe señalar, por ejemplo, que el infractor presente un trastorno adictivo²⁶, algo que sucede frecuentemente en los traficantes-consumidores. Los motivos de la desigualdad también pueden deberse a diferencias en el conocimiento y la educación²⁷. Pero también la discriminación y el prejuicio, basado en determinadas características personales –como el género, la raza, la orientación sexual, etc., o, como aquí interesa, el hecho de ser alguien que ha cometido un delito y está en prisión–, pueden influir en la percepción del conocimiento y la credibilidad de una persona en una conversación, y esto puede llevar a que una persona sea subestimada o ignorada.

En todo caso, en la comunicación es necesaria la disposición a la escucha, como señala Dotson²⁸, y esta puede no estar presente en el diálogo restaurativo cuando, por ejemplo, una de las partes considera que la motivación de la otra para participar en el proceso esconde un interés espurio. Así, en el caso de la víctima, puede considerar que el victimario participa movido por su interés en obtener un beneficio penitenciario. Y, por lo que se refiere al victimario, este podría sospechar que la víctima esconde un deseo vindicativo o busca una mayor indemnización.

b) LA EQUIDAD EPISTÉMICA

Frente a un escenario presidido por un proceso comunicativo al que se ha llegado en una situación de poder desigual, debe aspirarse a lograr una situación con la suficiente equidad epistémica para que el diálogo no se vea determinado y/o distorsionado. Será fundamental, por tanto, valorar y modular los desequilibrios de partida entre las partes, susceptibles de producir situaciones de desigualdad epistémica para que el diálogo entre las partes se desarrolle con

²⁵ BEAL, C.: «Justice restaurative et justice pénale», *Revue Rue Descartes*, n.º 93, 2017, 58-71.

²⁶ Antequera Jiménez, P.J.: «Aportaciones de las neurociencias a la justicia restaurativa», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 12, 2023, p. 7.

²⁷ HERNÁNDEZ-FLORES, G.E.: «La investigación educativa como encuentro epistémico: una experiencia desde el campo escolar y la juventud», *Revista Construyendo Paz Latinoamericana*, n.º 10, 2020, p. 3.

²⁸ DOTSON, K.: «Tracking epistemic violence, Tracking Practices of Silencing», en *Hypatia*, n.º 26(2), 2011, p. 238.

la suficiente equidad epistémica para que la interacción comunicativa no se vea condicionada y/o distorsionada. Ahora bien, es preciso advertir que no toda asimetría va a invalidar necesariamente un proceso de comunicación. La cuestión no es considerar que en todos los supuestos en los que exista una asimetría la interacción comunicativa no va a ser eficaz, sino que habrá que valorar cuánta asimetría es admisible para que el diálogo no quede invalidado.

Y para superar las posibles desigualdades epistémicas derivadas de situaciones de dominación, y corregir las asimetrías excesivamente relevantes, será necesaria una correcta preparación del escenario restaurativo. El facilitador del proceso tendrá aquí un papel fundamental. A este respecto, Baylis y Carrol²⁹ consideran que en la fase previa al inicio del proceso restaurativo el facilitador puede anticipar problemas de desigualdad de poder entre las partes. En este momento podrá realizar la oportuna preparación con los participantes, de manera que, a través del empoderamiento de la parte que sufre la desigualdad, la asimetría se reduzca hasta conseguir un contexto en el que el diálogo sea viable. Se trata de reforzar los puntos fuertes de la persona, sus competencias, explica Olalde³⁰, buscando la manera en que pueda asumir su rol en este proceso, descubriendo sus propias capacidades y conocimientos. Merino³¹ destaca la importancia de esta etapa, que es clave para generar confianza, no solo en el propio proceso restaurativo y en la persona mediadora, sino en los protagonistas, mostrándoles su potencial, ofreciendo además asesoramiento sobre la manera de afrontar el intercambio comunicativo.

2. De la injusticia a la justicia epistémica

La injusticia epistémica se relaciona con la forma de transmitir, de comunicar el conocimiento, o de interpretar la información o experiencias y perspectivas diversas. Dicha definición comprende las dos formas de injusticia proporcionadas por Fricker³²: la injusticia testimonial y la injusticia hermenéutica. Ambas formas de injusticia producen un daño a alguien en su condición de sujeto de conocimiento, un agravio, que afecta a la capacidad de com-

²⁹ BAYLIS, C. & CARROL, R.: «Power issues in mediation», en *ADR Bulletin*, n.º 7(8), 2005, p. 3.

³⁰ OLALDE ALTAREJOS, A.J.: «Restorative Encounters in Terrorist Victimization in Spain: Theoretical Reflections and Practical Insights from Social Work», en *Oñati Socio-legal Series*, n.º 4(3), 2014 p. 419.

³¹ MERINO ORTIZ, C.: «Intervenciones en situaciones complejas», en Castillejo Manzanares, R. (dir.), *Manual de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 170.

³² FRICKER, M.: *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press., 2007, p. 5.

partir información con otros, suministrar conocimiento a los demás o interpretar las propias experiencias sociales. La injusticia testimonial³³ tiene lugar cuando un oyente niega la credibilidad a las palabras del hablante o, por lo menos, otorga a su relato una credibilidad disminuida, debido a prejuicios identitarios, como el género, la raza, o la clase social, entre otros. De manera que las personas pueden ser ignoradas o consideradas menos creíbles simplemente debido a unas características que no están relacionadas con la calidad de su testimonio. La injusticia hermenéutica³⁴ se refiere a la dificultad, o incluso a la imposibilidad, de comprender la experiencia y perspectivas de otras personas debido a la carencia de recursos hermenéuticos colectivos, de las herramientas de interpretación social que compartimos. La injusticia hermenéutica, por tanto, se relaciona con problemas en la interpretación y comprensión de las experiencias, perspectivas y contextos de otras personas.

a) LA INJUSTICIA TESTIMONIAL Y HERMENÉUTICA

Una consecuencia de la injusticia testimonial es que se niega al hablante el estatus de persona con capacidad de conocimiento³⁵. Por eso, incluso las injusticias testimoniales más intrascendentes pueden tener un peso simbólico importante, pues se niega a la persona su condición de agente epistémico pleno: este tipo de injusticia envía el mensaje de que una persona no es apta para participar en la práctica comunicativa, lo que puede causar un daño muy profundo³⁶.

Además, aunque una persona esté libre de prejuicios, en el contexto social en el que se juzga la credibilidad del hablante sí pueden existir estos prejuicios identitarios que influirían asimismo en el oyente³⁷. Y es que las percepciones sociales de un determinado atributo –como, por ejemplo, ser una persona penada en prisión–, distorsionan el juicio de credibilidad del oyente. Pues bien, en la justicia restaurativa penitenciaria pueden producirse situaciones de injusticia epistémica en su vertiente testimonial, al otorgar a las partes unas determinadas posiciones: por un lado, una persona condenada judicialmente que está sometida a una pena privativa de prisión por haber cometido un delito,

³³ *Ibid.*, p. 4.

³⁴ *Ibid.*, p. 6.

³⁵ POHLHAUS, JR., G.: «Varieties of Epistemic Injustice», en Kidd J./Medina, J./Pohlhaus, Jr., G. (eds.) *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York: Routledge., 2017, p. 14.

³⁶ FRICKER, *op. cit.*, p. 145.

³⁷ *Ibid.*, p. 5.

por otro, una víctima, ya sea directa o indirecta, que ha recibido un daño como consecuencia de un delito.

En cuanto a las situaciones de injusticia hermenéutica, como explica Fricker, en determinados contextos sociales puede significar que alguien sea considerado socialmente como algo que no es e, incluso, que se vea convertido en algo que es contrario a sus intereses. Este potencial de reconstrucción de la identidad es común a las dos formas de injusticia epistémica, testimonial y hermenéutica, y es una característica de la lesividad de ambas³⁸. Aquí será importante tener en cuenta el posible prejuicio hacia el victimario, quien puede ser percibido por la víctima como un «monstruo»³⁹.

b) HACIA LA JUSTICIA TESTIMONIAL Y HERMENÉUTICA

Para superar las situaciones de injusticia epistémica Fricker⁴⁰ plantea las virtudes de la justicia testimonial y hermenéutica. Y en un proceso restaurativo las partes, al igual que el facilitador, deberán poner en práctica estas virtudes. De lo que se trata es de adoptar una posición reflexiva crítica, y aunque esto no permitiera erradicar el prejuicio, sí facilitará el poder corregirlo, de manera que la asunción de esta conciencia crítica conllevará una suerte de despertar epistémico. En relación con esta cuestión, Gadamer⁴¹ ya argumentaba que los prejuicios son inevitables y constituyen la condición previa para cualquier acto de comprensión, de manera que una persona no puede librarse completamente de sus prejuicios, ya que son parte de su experiencia y perspectiva únicas. Así, para abordar el prejuicio identitario que afecta el juicio de credibilidad que realiza el oyente, Fricker apela a la virtud de la justicia testimonial con la finalidad de detectar y corregir la influencia de dicho prejuicio. Se trata, por tanto, de una virtud correctora contra los prejuicios, que se caracteriza por su carácter reflexivo.

Cuando se aprecie la posibilidad de realizar un proceso restaurativo, la labor del facilitador será necesaria para minorizar las injusticias epistémicas susceptibles de aparecer en el proceso restaurativo, ayudando a modificar al imaginario socialmente compartido que puede estar presente en alguna de las partes en conflicto, y que se vincularían, por ejemplo, a la idea que pueda tener el victimario sobre las víctimas, o con la idea preconcebida que la víctima

³⁸ *Ibid.*, p. 168.

³⁹ CARIO, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁰ FRICKER, *op. cit.*, pp. 86 ss y 169 ss.

⁴¹ GADAMER, H.G.: *Verdad y método I* (8.ª ed.), Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999, p. 344.

podría tener sobre lo que es un infractor. A este respecto, además de la propia labor del facilitador, la misma interacción comunicativa puede ser en cierta medida transformadora de dichas imágenes distorsionadas. Y también esta manera de trabajar, de las partes y con las partes en conflicto, contribuiría al empoderamiento hermenéutico en aquellos casos en los que sea necesario facilitar y/o potenciar los recursos interpretativos de alguna de los participantes en la práctica restaurativa, debido a una posición más o menos vulnerable desde un punto de vista epistémico en la que pueda encontrarse.

3. Equidad y justicia epistémicas como condiciones necesarias en las prácticas restaurativas

A la vista de todo lo anterior, puede afirmarse que la justicia penal restaurativa en el ámbito penitenciario es factible cuando se dan las de igualdad y justicia epistémicas en relación con la interacción comunicativa entre las partes en conflicto, pues esto avalaría un proceso de construcción de la verdad epistémicamente justo y equitativo. Tanto la víctima como el victimario, incluso aunque sus marcos cognitivos (*frames*) individuales no sean coincidentes, pueden llevar adelante de manera exitosa un proceso de estas características, siempre y cuando el mismo esté presidido por estas notas de igualdad y justicia epistémicas.

También es importante señalar que alcanzar un acuerdo no tiene por qué ser el fin último del proceso restaurativo, ya que el diálogo puede ser suficiente para responder a las necesidades de las partes, quienes a través de este intercambio comunicativo pueden alcanzar una mayor comprensión de su experiencia. Y es que, en el modelo de la justicia restaurativa, en el que la construcción de la verdad se concibe como un proceso intersubjetivo, el diálogo deliberativo puede ser suficiente en sí mismo para garantizar el objetivo de la reparación.

Es fundamental insistir, por tanto, en la necesidad de superar los posibles obstáculos relacionados con situaciones de inequidad e injusticia epistémicas en las prácticas restaurativas que se lleven a cabo, también en el ámbito penitenciario. Así, y solo así, el proceso de construcción de la verdad desde las partes en conflicto será considerado válido y, finalmente, eficaz, en el sentido de haber logrado el efecto esperado de un proceso restaurativo, entre otros, la reparación de la víctima, la responsabilización del victimario, y la reconstrucción del impacto en la comunidad, como fines principales.

134. MASACRE DE CARANDIRU: TRES DÉCADAS DE ECOS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO

ISABELLE GIBSON

Abogada penalista en Gibson Advogados y profesora sustituta de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro (UFRJ)

Doctora en Derecho Penal por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ)

Presidenta del Comité Internacional de Jóvenes Penalistas de la AIDP

LUIZA HELENA DUARTE

Abogada penalista en Joyce Roysen Advogados.

Maestranda en Derecho Penal por la PUC-SP, especialista en Derecho Penal y Criminología por la PUC-RS y licenciada en Derecho por la UFMG

Miembro de los Jóvenes Penalistas del Grupo Brasileño de la AIDP

INTRODUCCIÓN

En octubre de 2025 se cumplieron 33 años de la Masacre de Carandiru, que permanece como uno de los mayores símbolos de la violencia institucional en el país, en la cual 111 personas privadas de libertad fueron brutalmente ejecutadas por agentes estatales en la Casa de Detención de Carandiru, en la ciudad de São Paulo.

En este contexto, el objetivo del artículo es analizar el episodio, ocurrido en 1992, como un hito de la violencia institucional en Brasil, reflexionando sobre sus consecuencias y persistencias en el sistema penitenciario brasileño a lo largo de tres décadas.

Inicialmente, se presenta el Caso Carandiru a partir del análisis del informe oficial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el fin de comprender cómo la masacre evidenció la precariedad estructural y la violencia presentes en el sistema carcelario.

A continuación, se investigan las permanencias de la masacre en el sistema penitenciario brasileño, considerando las políticas criminales, el papel del Estado y las violaciones de derechos humanos que persisten hasta hoy. Se propone, así, una reflexión crítica sobre el encarcelamiento masivo, el racismo institucional, el colapso del sistema penitenciario y la urgencia de políticas públicas eficaces. Se concluye que mantener viva la memoria de la Masacre de Carandiru constituye una forma de denuncia y un llamado a la actuación efectiva del Estado.

I. CASO 11.291 (CASO CARANDIRU)

En la época de la Masacre de Carandiru, el pabellón 9 de la Casa de Detención albergaba más del doble de personas privadas de libertad de lo que permitía su capacidad. De las 7.257 personas privadas de libertad en Carandiru, 2.706 se encontraban recluidas en dicho pabellón. A pesar de ello, los internos estaban bajo la vigilancia de apenas 15 guardias penitenciarios ¹.

El episodio, materialización de años de desidia y abandono institucional, expuso ante el gran público la dura realidad del sistema penitenciario brasileño, que ya en aquella época enfrentaba una combinación devastadora de violencia y precariedad estructural, y que aún hoy arrastra dolores similares, cuando no peores.

El 2 de octubre de 1992, por un motivo trivial, dos internos comenzaron a pelear con otros en el segundo piso del pabellón 9. Tras el fin de la pelea, los guardias cerraron el acceso al pasillo, aglomerando a los presos. Estos lograron forzar las cerraduras e iniciaron un motín. Ante las circunstancias, los guardias se retiraron de Carandiru y el director de la prisión solicitó el auxilio de la Policía Militar, que llegó con aproximadamente 350 agentes. También fueron convocados los jueces del Juzgado de Ejecuciones Penales y de la Corregeduría de los Presidios, pero los oficiales de la Policía Militar de São Paulo los desalentaron de intervenir e ingresar al pabellón, alegando que los internos

¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n.º 34/00. Caso 11.291 (Carandiru Brasil). 13 abril 2000. Disponible en: <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/brasil11291.htm> Acceso en: 06 out 2025.

estarían armados. Con la interrupción del breve intento de negociación, el pabellón fue ocupado por los policías.

La actuación de la Policía Militar de São Paulo se llevó a cabo con absoluto desprecio por la vida de los internos, ya que las armas caseras que tenían en su poder fueron depuestas en el momento en que se produjo la entrada masiva de la policía, fuertemente armada². Así, el peritaje declaró que las muertes de los internos fueron ejecuciones sumarias, pues se comprobó la existencia de ráfagas de ametralladora a aproximadamente 60 centímetros del suelo, lo que demostró que los presos fueron asesinados de rodillas. Cuando se permitió a los jueces ingresar al lugar, vieron a muchos detenidos desnudos, sentados en el suelo y con las manos sobre la cabeza. Al final, quedó comprobado que 111 internos fueron ejecutados y 35 resultaron heridos como consecuencia de la brutalidad de la acción policial.

En febrero de 1994, Americas Watch, el CEJIL y la Comisión Teotônio Vilela presentaron una petición contra Brasil ante la CIDH (Caso 11.291). En el Informe n.º 34/2000, de 13 de abril de 2000, se constató que las condiciones carcelarias en Carandiru eran contrarias a la ley, por lo que el Estado brasileño fue considerado responsable por el incumplimiento de las debidas condiciones de detención, así como por la omisión en adoptar estrategias adecuadas para prevenir situaciones de violencia y sofocar posibles motines. La CIDH concluyó que Brasil violó los derechos a la vida y a la integridad personal, en virtud de los homicidios y lesiones ocurridos en Carandiru, cometidos por agentes de la Policía Militar de São Paulo. El Estado brasileño también fue considerado responsable por la violación de las garantías y de la protección judicial, debido a la falta de investigación, procesamiento y juzgamiento de los responsables de la masacre, además de la ausencia de indemnización efectiva a las víctimas de las violaciones y a sus familiares³.

Entre sus recomendaciones finales, la CIDH propuso a Brasil: (i) el desarrollo de políticas destinadas a descongestionar la población de los centros de detención; (ii) el establecimiento de programas de rehabilitación y reinserción social en consonancia con las normas nacionales e internacionales; (iii) la adopción de medidas para prevenir brotes de violencia en estos establecimientos; y (iv) la garantía de indemnización a las víctimas y a sus familiares por las violaciones sufridas. No obstante, hasta 2022, solo un tercio de los familiares de las víctimas que interpusieron acciones ante el Tribunal de Justicia de São

² *Ibidem*.

³ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n.º 34/00. Caso 11.291 (Carandiru Brasil). 13 abril 2000. Disponible en: <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/brasil11291.htm> Acceso en: 06 out 2025.

Paulo recibieron los montos adeudados. En promedio, las familias esperaron más de 20 años para la conclusión de los procesos con solicitudes de indemnización y/o pensión⁴.

Del mismo modo, la recomendación relativa a la descongestión de las unidades penitenciarias no fue efectivamente implementada, como se verá a continuación. Por el contrario, en las décadas posteriores a la masacre se produjo un aumento continuo de la población carcelaria y la permanencia (cuando no el agravamiento) del hacinamiento y de las condiciones degradantes en los establecimientos penales.

II. PERSISTENCIAS DE LA MASACRE DE CARANDIRU EN EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO

Por lo tanto, tras tres décadas de la Masacre, es necesario reflexionar: ¿qué persistencias de Carandiru aún se manifiestan en 2025? Actualmente, el sistema penitenciario brasileño cuenta con 909.067 personas privadas de libertad, de las cuales 674.016 se encuentran recluidas en celdas físicas y distribuidas en 1.382 establecimientos penales en todo el país. Existe, además, un déficit de 175.886 plazas, lo que genera una preocupante situación de hacinamiento carcelario⁵.

En este contexto, se observa que diversos países del mundo occidental presentan una tendencia de expansión del Derecho Penal. Tal fenómeno se manifiesta en la «introducción de nuevos tipos penales, el agravamiento de los ya existentes, la restricción o reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal y del derecho procesal penal, la creación de nuevos bienes jurídicos penales y la ampliación de los espacios jurídicamente relevantes en materia penal (...)»⁶.

Este fenómeno es producto de las sociedades neoliberales, que terminan estructurándose en torno a este Derecho Penal inflado, en lo que Loïc Wacquant denominó Estado penal, en la medida en que cumple la función de simular una supuesta garantía de orden social, asegurando el mantenimiento del orden he-

⁴ MENDONÇA, J. *Famílias de vítimas esperam em média 22 anos por indenização do Massacre do Carandiru*. 23/09/2022. Ponte Jornalismo: Disponible en: <https://ponte.org/familias-de-vitimas-esperam-ate-22-anos-por-indenizacao-do-massacre-do-carandiru/> Acceso en: 06 out 2025

⁵ SISDEPEN. *Levantamento de Informações Penitenciárias*. Disponible en: <https://www.gov.br/se-nappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acceso en: 06/10/2025.

⁶ JAPIASSÚ, C. E. A.; FERREIRA, A. L. T. *Superpopulação Carcerária e Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 44.

gemónico. Según Wacquant, «la expansión del Estado penal, insidioso, expansivo y costoso, no es una desviación del neoliberalismo, sino uno de sus ingredientes constitutivos»⁷.

Por lo tanto, no se trata de una coincidencia que Brasil presente actualmente la tercera mayor población carcelaria del mundo, solo por detrás de Estados Unidos y China⁸.

Sin embargo, el aumento del encarcelamiento no se tradujo en una mayor sensación de seguridad en la sociedad. Por el contrario, «ya se ha vuelto un lugar común afirmar que la seguridad pública es la principal preocupación de la población brasileña en los últimos años, superando a la salud y la educación»⁹. El miedo constituye un elemento central en el debate contemporáneo sobre la criminalidad en el país, y esta preocupación no carece de fundamento. A modo de ilustración, el Anuario Brasileño de Seguridad Pública de 2025 registró cambios significativos en las dinámicas delictivas, especialmente en lo que respecta a los delitos contra el patrimonio, evidenciando la migración del crimen hacia el entorno virtual. Se destaca, por ejemplo, el crecimiento del 408% en el número de estafas desde 2018¹⁰.

En realidad, parece reflejar tan solo una política criminal altamente revanchista e innegablemente marcada por la herencia colonial del racismo, que instrumentaliza el Derecho Penal para producir un efecto simbólico de apaciguamiento social, desplazando, conforme describe Silva Sánchez, «al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) aquello que debería resolverse en el nivel de la instrumentalidad (de la protección efectiva)»¹¹.

Pero, al fin y al cabo, ¿por qué castigamos? ¿Qué se busca realmente con la aplicación de una pena de prisión?

La idea contenida en la máxima «se castiga porque es pecado» estructura lo que se entiende como teoría absoluta de la pena. Para teóricos como Becca-

⁷ WACQUANT, Loïc. «Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social». In: Batista, Vera Malaguti. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 33.

⁸ Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR) World Prison Brief. World Prison Population List. 14th Edition. 2024.

⁹ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 19.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025. Disponible en: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/279>. Acceso en: 10/02/25.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

ria y Pietro Verri, la pena criminal se justifica por la expiación o retribución del «mal» causado por el delito¹².

Partiendo de esta idea, Immanuel Kant sistematizó la necesidad de aplicar la pena como un imperativo categórico o como un deber moral. La «dolor del delito», por lo tanto, sería compensado con el «dolor de la pena»¹³.

Posteriormente, las teorías relativas cuestionaron la idea de que el objetivo de la pena fuera el castigo por sí mismo, estableciendo que, en realidad, la pena también debería cumplir la función de prevenir futuros delitos¹⁴.

En Brasil, el artículo 59 del Código Penal¹⁵ unifica las teorías absoluta y relativa, adoptando una teoría mixta al prever que la pena debe cumplir la finalidad de reprobar, así como de prevenir el delito. Más aún, el artículo 1.º de la Ley de Ejecución Penal¹⁶ incorpora la perspectiva de la resocialización al establecer la necesidad de «proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado».

A pesar de la evolución teórica, la realidad material denuncia la completa ineficacia de las premisas. En lugar de una efectiva resocialización de los individuos, nos encontramos ante un escenario en el que imperan la violencia policial, el encarcelamiento masivo de jóvenes negros y el uso de la pena como instrumento de control social de la población marginada. En vez de prevención, se observa estigmatización. En lugar de la proporcional retribución del mal del delito con el mal de la pena conforme a la culpabilidad, prevalece el constante irrespeto a los derechos humanos y el racismo institucionalizado.

Según José Luis de La Cuesta, se observa que la pena privativa de libertad atraviesa una profunda crisis, evidenciada no solo por el fracaso en concretar el ideal resocializador que la fundamenta en el plano teórico, sino también por el efecto paradójico que produce en la práctica: en lugar de promover la reintegración, tiende a reforzar la identidad criminal del conde-

¹² BALTAZAR JUNIOR, J. P. Sentença Penal. 2.ª E. P. Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

¹³ JAKOBS, G. *La pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 99.

¹⁴ FEUERBACH, P. J. A. R. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 1989.

¹⁵ BRASIL. Decreto - Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acceso en 06/10/2025.

¹⁶ BRASIL. Decreto - Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm Acceso en 06/10/2025.

nado, comprometiendo sus posibilidades reales de retorno a la convivencia social¹⁷.

En efecto, aunque en teoría la pena privativa de libertad debería producir únicamente los efectos legalmente establecidos, en la práctica se evidencia la aparición de consecuencias no previstas que se manifiestan durante el curso de la ejecución penal o como resultado de ella, muchas de las cuales pueden acompañar al individuo a lo largo de toda su vida¹⁸.

De acuerdo con datos del Observatorio Nacional de los Derechos Humanos, solo en el año 2023 se registraron 5.007 denuncias de violaciones de derechos humanos de personas privadas de libertad en Brasil, lo que equivale a aproximadamente 14 denuncias por día. Ya en el primer semestre de 2024, el promedio aumentó a 17 denuncias por día, con 3.100 registros, siendo la mayor parte de las denuncias provenientes de los estados de São Paulo y Minas Gerais¹⁹. Según el mismo informe, también en 2023 se registraron 3.091 muertes en el sistema penitenciario, de las cuales 703 fueron homicidios. Esto significa que 1 de cada 4 fallecimientos tuvo origen criminal.

En este contexto, es imposible ignorar el papel crucial que la Masacre de Carandiru tuvo en el surgimiento de la organización criminal de mayor resonancia en Brasil, el Primeiro Comando da Capital. Nacido inicialmente de un pacto entre los presos para protegerse de las violencias experimentadas en el sistema penitenciario y con el fin de evitar que lo ocurrido el 2 de octubre de 1992 volviera a suceder, el PCC sigue siendo uno de los peores ecos del silencio del Estado frente a la situación carcelaria en el país²⁰.

Declarando la inequívoca quiebra del sistema penitenciario brasileño, el Supremo Tribunal Federal declaró, en la ADPF 347, su caracterización como un Estado de Cosas Inconstitucional, debido a la violación masiva y persistente de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. El STF reconoció que la mayoría de las personas privadas de libertad en el país está

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*. 1982, p. 25.

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español». *Revista Penal*, n.º 50 - Julio 2022, p. 61.

¹⁹ ObservaDH. Disponible en: <https://observadh.mdh.gov.br/>. Acceso en: 06/10/2025.

²⁰ «O Massacre do Carandiru – ocorrido em outubro de 1992, menos de um ano antes da criação do PCC, por oito presos no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté – foi o episódio mais dramático de uma cena criminal que desde o final dos anos 1960 vinha se caracterizando pela violência por parte das autoridades de segurança e estabelecendo novos arranjos e contornos sociais em São Paulo. O homicídio de 111 presos por policiais militares chamados para acabar com uma rebelião no Pavilhão 9 seria constantemente lembrado pela facção, tendo ajudado a fortalecer a ideia da necessidade de união dos detentos contra «o sistema», que caracteriza o lema e o discurso da facção ao longo dos anos.» MANSO, B. P.; DIAS, C. N. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. São Paulo v. 11, n. 2, 10-29, Ago/Set 2017.

sujeta a penas crueles e inhumanas, prohibidas por la Constitución Federal de 1988²¹.

En su voto, el Ministro Marco Aurélio sostuvo la situación vergonzosa del sistema penitenciario brasileño, pues la mayoría de los detenidos está sujeta a las siguientes condiciones:

«hacinamiento en las prisiones, torturas, homicidios, violencia sexual, celdas inmundas e insalubres, proliferación de enfermedades infectocontagiosas, comida en mal estado, falta de agua potable, de productos básicos de higiene, de acceso a la asistencia jurídica, a la educación, a la salud y al trabajo, así como amplio dominio de las cárceles por organizaciones criminales, insuficiencia de control en cuanto al cumplimiento de las penas, discriminación social, racial, de género y de orientación sexual»²².

En consecuencia, existe una conexión esencial entre el hacinamiento carcelario y la violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en el país. La incapacidad del sistema penitenciario brasileño para alcanzar sus objetivos declarados es incontestable. «La prisión constituye una realidad violenta, expresión de un sistema de justicia desigual y opresivo, que funciona como retroalimentador»²³. Así, el modelo de justicia penal funciona exclusivamente como una «máquina de triturar personas (...) un violento engranaje de control de cuerpos que opera de manera tal que inflige dolor y sufrimiento»²⁴.

En un intento de proponer una nueva mirada sobre la cuestión criminal en América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni fue el responsable de la sistematización de la idea del Derecho Penal Reductor, una línea teórica que niega la idea de que la punición cumpla fines retributivos y preventivos, destacando lo que ya resulta evidente para los ojos más atentos: el encarcelamiento es, en realidad, un acto de ejercicio de poder político y de control social. En este sentido, sería necesario contener el poder punitivo y el sistema penal, reduciendo la irracionalidad y la violencia del Estado y protegiendo al ciudadano frente a los excesos, lo que parece ser un buen punto de partida para la viabilización del Estado de Derecho²⁵.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - DF. Relator: Ministro Marco Aurélio.

²² *Ibidem*.

²³ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 357.

²⁴ MORGADO, H. «30 Anos do Massacre do Carandiru: Propostas para a redução da superpopulação carcerária brasileira». In: Ferraz, H. G. *Os 30 anos do Massacre do Carandiru e o futuro das ciências criminais e dos direitos humanos no Brasil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2023.

²⁵ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. *Direito Penal Brasileiro I*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Transcurridas más de tres décadas desde la Masacre de Carandiru, el episodio no se presenta como un lamentable hecho aislado, sino que se afirma como un paradigma revelador de las dinámicas estructurales del sistema penal brasileño. El hacinamiento carcelario, la selectividad racial, la violencia institucional y la persistente precariedad de las condiciones de custodia indican que las circunstancias que hicieron posible la tragedia de 1992 no solo permanecen, sino que, en muchos aspectos, se han profundizado a lo largo de los años.

En este sentido, el fenómeno de la expansión del Derecho Penal en las sociedades neoliberales, frecuentemente legitimada por discursos de seguridad pública y combate a la criminalidad, parece operar mucho más como una respuesta simbólica a las angustias sociales que como una estrategia eficaz de reducción de la violencia. El endurecimiento legislativo, el aumento del encarcelamiento y la flexibilización de las garantías penales no se han traducido en una mayor protección social, sino que han contribuido a la consolidación de un modelo punitivo marcado por la gestión selectiva de la marginalidad, la reproducción de desigualdades históricas y la normalización de prácticas estatales cada vez más violentas.

La crisis de la pena privativa de libertad, desarrollada en las obras de José Luis de La Cuesta, evidencia precisamente esta contradicción: la prisión, concebida teóricamente como instrumento de prevención, reprobación y resocialización, se revela incapaz de cumplir tales finalidades, produciendo con frecuencia efectos inversos, como el fortalecimiento de organizaciones criminales, la estigmatización social permanente de las personas egresadas y la perpetuación de ciclos de exclusión. Las persistentes violaciones de derechos humanos en el sistema penitenciario brasileño, por lo tanto, solo demuestran la urgente necesidad de repensar los límites y las funciones del poder punitivo en un Estado que se pretende democrático.

De este modo, la evocación de la memoria de la Masacre de Carandiru no debe asumir un carácter meramente alegórico. Se trata de un ejercicio crítico indispensable para evitar la naturalización de la violencia institucional y para evidenciar que las políticas criminales fundadas exclusivamente en la ampliación del encarcelamiento tienden a reproducir exactamente las condiciones que dicen combatir. Recordar Carandiru es reconocer que la seguridad pública no se construye con populismo penal, sino con mecanismos efectivos de control de la actividad estatal, inversión en prevención y un compromiso real con los derechos humanos.

Así, más que rememorar una tragedia pasada, reflexionar sobre la Masacre de Carandiru implica cuestionar los rumbos actuales de la política criminal brasileña. Solo a partir de la contención racional del poder punitivo, de la adopción de estrategias de descarceración y del enfrentamiento de las desigualdades sociales que atraviesan todo el sistema penal será posible romper con la lógica histórica de violencia que aún marca el encarcelamiento en el país.

135. CRIMINOLOGÍA, JUSTICIA JUVENIL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA HISTORIA COMPARTIDA

ESTHER GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER

Síndica de greuges de Catalunya, catedrática emérita de Derecho Penal y
Criminología Universidad Ramon Llull Barcelona

An meinen lieben Freund, nire lagun maiteari, al meu amic,
a mi amigo, Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi

INTRODUCCIÓN

Eran mediados de los ochenta cuando conocí al profesor Antonio Beristain en Donostia. La verdad es que desde el principio me quedé muy impresionada. Yo era una joven profesora que había hecho el doctorado sobre delincuencia juvenil, un tema de criminología que en aquel entonces estaba muy poco desarrollado, pero al que el doctor Beristain había dedicado ya numerosos trabajos. Él fue uno de los primeros en llevar a los jóvenes estudiantes a las cárceles para que conocieran la realidad de la situación, algo que en aquel entonces casi nadie más hacía. Y en la Facultad de Derecho de Donostia conocí también a su discípulo más querido, el doctor José Luis de la Cuesta, con el que, desde el primer momento, nació una corriente de simpatía que nos iba a acompañar todos estos años. No solo nos entendíamos en los mismos idiomas, sino que hablábamos el mismo lenguaje, y hablar, lo que se dice hablar, en aquellos años, lo hicimos con mucha intensidad.

Y así empezaron los viajes a Donostia –especialmente en los cursos de verano de la Universidad, en el palacio Miramar–, las reuniones internacionales

les, los encuentros en el viejo Instituto Vasco de Criminología, las conferencias en el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat, en Barcelona. Más tarde llegaron otras actividades, otros encuentros y un conocimiento más profundo, de manera que se forjó una sólida amistad que las dificultades de la distancia nunca entorpecieron.

Recuerdo muchas de aquellas actividades, así como un gran afecto en el terreno personal, también en los tiempos más difíciles. El doctor José Luis de la Cuesta es un amante de la música y un gran pianista. Aún hoy cierro los ojos y lo veo en Praga, tocando el piano, en una reunión de extrema complejidad; en aquella ocasión, su música nos llegó al corazón y facilitó un acuerdo casi imposible. En definitiva, son muchos los temas relacionados con el profesor De la Cuesta a los que me podría referir, pero finalmente he escogido tres que considero especialmente importantes: la criminología, la justicia juvenil y la justicia restaurativa.

I. LA CRIMINOLOGÍA

El profesor doctor José Luis de la Cuesta ha ocupado muchísimos cargos a nivel nacional e internacional. No los voy a nombrar aquí todos, ya que vendrán descritos al principio, pero sí me gustaría destacar algún aspecto. Fue director del Instituto Vasco de Criminología desde el 2000 hasta el 2023 y recuerdo especialmente los años de discusión sobre la implementación de los estudios oficiales de criminología en nuestro país.

Ahora vemos con toda normalidad el grado de Criminología, pero no siempre fue así. Precisamente, los estudios de criminología tardaron mucho en ser reconocidos oficialmente. De hecho, veníamos de un largo recorrido histórico desde los primeros institutos de criminología, con títulos no oficiales y distintas alternativas según cada universidad, hasta que en 2003 se crea el título universitario oficial de licenciado en Criminología, una enseñanza universitaria de segundo ciclo¹. Por ello, como primer tema, me voy a referir brevemente al «Libro blanco sobre el título de grado en criminología», una publicación en la que, conjuntamente con otros académicos, redactamos lo que sería la base de los estudios de criminología².

¹ Real Decreto 858/2003, de 4 de julio, por el que se establece el título universitario oficial de licenciado en Criminología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a su obtención.

² GIMÉNEZ-SALINAS, E. (coord.): «Libro blanco sobre el título de Grado en Criminología, 2009». <https://criminologiacy.files.wordpress.com/2017/08/libro-blanco-sobre-el-tc3adtulo-de-grado-en-criminologc3ada.pdf>.

Es en la Segunda República cuando se crea por primera vez el Instituto de Estudios Penales, que naturalmente no continuó. Tras la llegada del franquismo, habrá que esperar hasta los años cincuenta para que el interés por la criminología vuelva a resurgir en España. Influido por las nuevas ideas europeas, el profesor Octavio Pérez Victoria, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona, fue el que se inspiró en el modelo americano de escuela de justicia criminal para crear, el 21 de enero de 1955, la Escuela de Criminología que sería la precursora en dicha universidad del Instituto de Estudios Penales.

El profesor Cobo del Rosal es el primer director del Instituto de Criminología de Madrid, que se funda en 1964. El tercer instituto que se crea es el de Valencia. A partir de ese momento, se va a asistir a la creación de un sinnúmero de institutos, centros y estudios. Casi todos surgen al amparo de facultades, departamentos o cátedras de derecho, mayoritariamente de Derecho Penal, si bien existen algunas excepciones en los últimos años. Esa influencia jurídica va a marcar el carácter de los estudios en España³.

Finalmente, como apuntábamos antes, no es hasta el año 2003 que se crea la primera titulación oficial de criminología. Hay que reconocer que era ya muy tarde, pues la mayoría de las universidades tenían estudios, aunque ninguno oficial. Posteriormente, y a través de los cambios en la educación superior y el llamado Plan Bolonia, las licenciaturas se convierten en grados con una duración de 240 créditos⁴.

El Libro blanco mencionado plantea un análisis del espacio europeo de educación superior y la adaptación de los nuevos títulos. En él se hace un profundo análisis del cambio, también de los estudios de criminología en España y en diferentes países europeos y su necesidad de adaptación. Se plantea asimismo el análisis de la oferta y la demanda de las titulaciones en las diferentes universidades españolas, lo que permitirá conocer la aceptación actual de dichos estudios. Se definen también los perfiles profesionales de los futuros titulados y su relación con las competencias transversales (genéricas) y específicas que deben adquirirse. Finalmente, se hace un diseño de los contenidos generales del título, indicando en cada caso el nivel y profundidad de los conocimientos, así como las competencias mencionadas anteriormente.

Destaco este tema porque, aunque hoy el grado de Criminología está en casi todas las universidades españolas, tanto públicas como privadas, sigue sien-

³ Libro blanco, *op. cit.*

⁴ Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

do todavía una carrera relativamente novedosa. A partir de aquí, las diferentes universidades optaron por implementar el grado en Criminología con un importante éxito, pues es una profesión que despierta un gran interés. Cabe destacar que las salidas profesionales todavía son difíciles y queda aún mucho camino por recorrer. Donde la Criminología siempre tuvo su espacio fue en prisiones y en ese sentido me gustaría destacar el primer libro publicado por el profesor De la Cuesta, en 1982, titulado *El trabajo penitenciario resocializador*⁵.

A los estudiantes, en cualquier caso, les gusta la criminología. Siempre les ha gustado. En este sentido, son unos estudios agradecidos. Cuando en la pandemia tuvimos que dar las clases *online*, en una clase programada que a mí personalmente me costaba bastante organizar, descubrí un mensaje de una alumna que le decía a otra: «No te pierdas la clase, es mejor que *Crims*»⁶. Y fue, creo, la alabanza más importante que me pudieron hacer en aquel momento.

II. LA JUSTICIA JUVENIL

Un segundo tema en común con el profesor De la Cuesta fue siempre la justicia juvenil. Juntos colaboramos con el profesor Frieder Dünkel, de la Universidad de Greifswald, en numerosas ocasiones, y juntos o por separado publicamos varios artículos⁷ en la monografía sobre el Derecho Penal para jóvenes que reunía a diversos profesores de las universidades europeas especialistas en la materia. Las reuniones en la Universidad de Greifswald fueron míticas porque nos permitieron poner sobre la mesa numerosos temas⁸.

Se había aprobado hacía muy poco la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España^{9, 10, 11},

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982.

⁶ *Crims* es un programa de radio y televisión que relata crímenes reales (<https://www.3cat.cat/3cat/crims>).

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 1, 1998, pp. 539-567.

⁸ DÜNKEL, F./GRZYWA, J./HORSFIELD, P./PRUIN, I. (ed.): *Juvenile Justice Systems in Europe. Current situation and reform developments*, Forum Verlag Godesberg, 2011.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «Spanien», en Dünkel, F./Van Kalmthout, A./Schüler-Springorum, H. (ed.), *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich*, Forum Bad Godesberg, 1997, pp. 327-352.

¹⁰ GIMÉNEZ-SALINAS, E./DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./CASTANY, B./BLANCO, I.: «Spain», en Dünkel, F./Grzywa, J./Horsfield, P./Pruin, I. (ed.), *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, Forum Verlag Godesberg, vol. 3, 2011, pp. 1313-1354.

¹¹ DÜNKEL, F.: «Youth Justice in Germany», en *Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*, 2016. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.013.68>.

que, en parte, se inspiraba en el Derecho Penal alemán, salvo por una particularidad muy importante: desde un principio se incluyó el concepto de educación. En la exposición de motivos se establece de forma clara y contundente que, aun siendo de naturaleza penal –pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica– responde a una filosofía bien distinta¹². Y así se dice que, al pretender ser una reacción jurídica dirigida al menor infractor, será principalmente de naturaleza educativa de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho Penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma. No se utiliza en los jóvenes el concepto de resocialización, sino que la Ley fue considerada desde un principio como sancionadora/educativa¹³.

La experiencia de los periodos anteriores de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y la falta de garantías en los jóvenes influyó en que se elaborara una ley que tuvo un especial cuidado en el tema de las garantías, pues no por ser menores las iban a tener disminuidas. Recuerdo bien las discusiones previas cuando, por ejemplo, el criterio de presunción de inocencia parecía que ponía en cuestión la parte educativa. Si hoy comparamos el sistema de protección de niños y adolescentes en España con una absoluta falta de garantías y la legislación penal juvenil, las diferencias son muy importantes y los efectos también.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, ha supuesto en la práctica una clara limitación de la medida de internamiento. En Cataluña, por ejemplo, en estos veinticinco años, esta medida no ha supuesto nunca más del 10 % de los internamientos, siendo aplicadas de forma generalizada las medidas en medio abierto y la justicia restaurativa. Por el contrario, en el ámbito de protección de niños y adolescentes, también en Cataluña, los menores que están en centros residenciales suponen casi el 60 % del total, por lo que la institucionalización es la medida que se impone mayoritariamente. Resulta, a mi entender, muy difícil responder racionalmente a esta situación y más aún encontrar una explicación científicamente asumible.

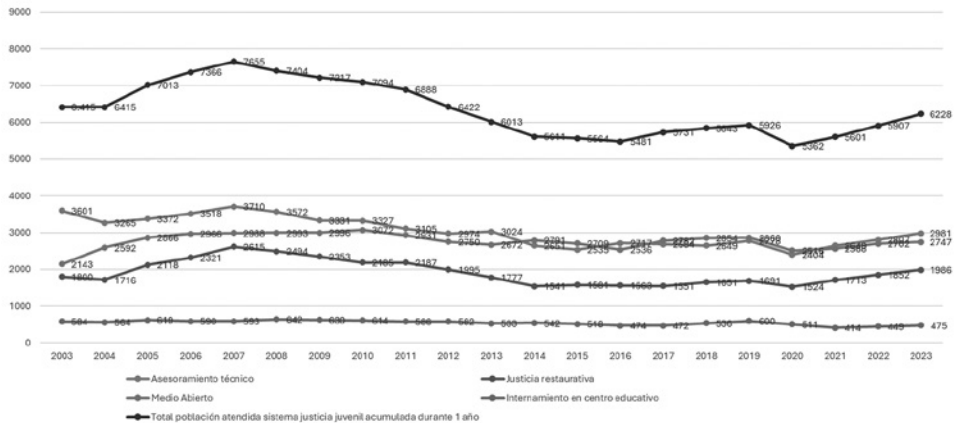
¹² GIMÉNEZ-SALINAS, E. (coord.): *Justicia de menores: una justicia mayor*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 33.

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «The Spanish Juvenile Penal System-National Legislation, Regional Policies and Practice», en *Kriminologie und Kriminalpolitik im Dienste der Menschenwürde*, Mönchengladbach, 2020, pp. 567 y ss.

■ UN SISTEMA PENAL HUMANISTA Y RESOCIALIZADOR: AL SERVICIO...

Los dos gráficos siguientes nos muestran la evolución de las medidas en justicia juvenil en Cataluña:

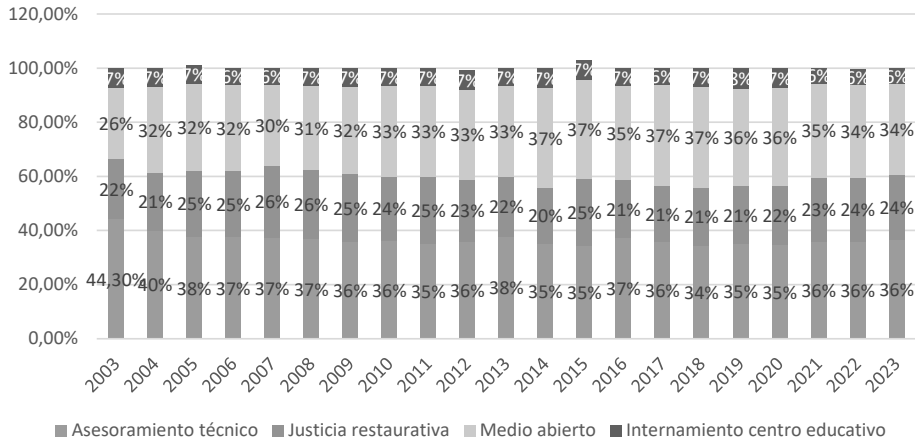
Gráfico 1. Tipo de intervención con la población juvenil institucionalizada (total año)



Nota: Hay personas dadas de alta en más de un tipo de intervención.

Fuente: Informe anual de infancia 2024. Barcelona: Síndic de Greuges, 2025.

Gráfico 2. Tipo de intervención con la población juvenil institucionalizada (%)

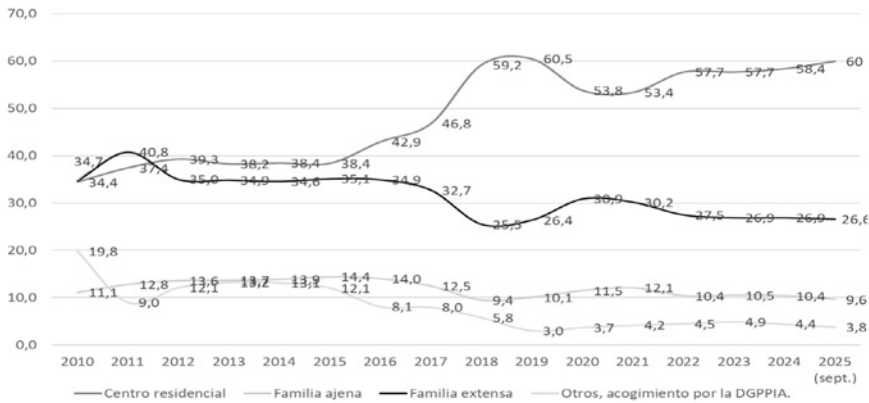


Nota: Hay personas dadas de alta en más de un tipo de intervención.

Fuente: Informe anual de infancia 2024. Barcelona: Síndic de Greuges, 2025.

Y las figuras siguientes nos muestran la intervención en materia de protección de niños y adolescentes en Cataluña.

Gráfico 3. Niños y adolescentes según medida protectora



Nota: La sigla DGPPIA se refiere a la Dirección General de Prevención y Protección de la Infancia y la Adolescencia, de la Generalitat de Cataluña.

Fuente: Informe anual de infancia 2024. Barcelona: Síndic de Greuges, 2025.

Tabla 1. Evolución del porcentaje de niños y adolescentes con medida de protección en Cataluña (2010-2023)

Con medida protectora	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023 (abril)
Acogidos en centros residenciales.....	2.749	2.701	2.764	2.706	2.685	2.672	2.975	3.487	5.681	5.677	4.246	4.168	5.004	4.859
Acogidos en familia ajena.....	885	924	958	966	969	1.004	972	928	906	945	911	947	902	925
Acogidos en familia extensa.....	2.773	2.944	2.464	2.467	2.415	2.446	2.420	2.439	2.447	2.480	2.441	2.354	2.385	2.359
Otros acogidos por la DGAIA.....	1.578	648	854	937	916	840	560	595	556	285	295	329	387	405
Total.....	7.985	7.217	7.040	7.076	6.985	6.962	6.927	7.449	9.590	9.387	7.893	7.798	8.678	8.548
Niños y adolescentes con expediente abierto en el sistema de protección.....							13.796	15.340	18.262	18.338	16.484	16.579	17.982	17.990

Fuente: Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia.

Llama poderosamente la atención la diferencia entre la justicia juvenil y el sistema de protección de niños y adolescentes. Mientras que, en el primer caso, la medida de internamiento es muy baja, como se ha expuesto, en el segundo, el recurso residencial en el sistema de protección llega casi al 60 % de los casos. Puede argumentarse que este aumento se debe, en parte, a la llegada de menores extranjeros no acompañados, y aun siendo verdad que un importante aumento se debe a esta cuestión, no se puede decir que sea así por completo, ya que, aunque la descontamos, la cifra de acogimiento residencial sigue siendo la mayoritaria.

A mi entender, esta gran diferencia se debe a que, desde un principio, en el sistema de justicia juvenil se tuvieron muy presentes las garantías legales para los jóvenes, y se implementó el principio de que el internamiento debía ser el último recurso. En el sistema protector para niños y adolescentes, el procedimiento de desamparo carece, por un lado, de todas las garantías jurídicas y, por el otro, el acogimiento residencial es una medida que apenas se presta a contestación. De hecho, más bien supone una cierta tranquilidad para el propio sistema y una escasa implementación de las políticas de prevención y ayuda a las familias más vulnerables y con mayores dificultades. A su vez, el acogimiento en familia ajena apenas ha aumentado en diez años.

Tabla 2. Menores y jóvenes atendidos por la DGEPCJJ por delitos contra la libertad sexual (2016-2023)

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Atendidos	5.481	5.731	5.843	5.926	5.362	5.594	5.910	6.218
Atendidos por delitos contra la libertad sexual	196 (3,6 %)	232 (4,0 %)	288 (4,9 %)	382 (6,4 %)	341 (6,4 %)	373 (6,6 %)	435 (3 %)	443 (7,1 %)

Fuente: Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia. Nota: La sigla DGEPCJJ se refiere a Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña.

En estos tiempos en que los temas de seguridad han pasado a un primer plano, creo que es muy importante recordar el camino recorrido. Concretamente, en Cataluña, puede verse en los gráficos anteriores la estabilidad de las sanciones y la limitación de la medida de internamiento que no supera el 7 %. Contrariamente a lo que suele afirmarse, la delincuencia de los jóvenes permanece bastante estable, lo que demuestra que «castigando menos» y «educando más «se recogen los mismos o incluso mejores resultados. El único delito que ha aumentado

de forma importante es el de agresión sexual, tanto en España como en Europa. Aquí, de nuevo, la pregunta es si realmente han aumentado los casos o finalmente las víctimas ahora se atreven a denunciarlos. Esta cuestión es de gran relevancia y, salvo que podamos investigar a fondo la realidad, no sirven determinadas manifestaciones. Por mi propia experiencia en el pasado, en un centro del Patronato de Protección de la Mujer, para «proteger» teóricamente a las niñas, muchas de ellas habían sido abusadas por sus padres o familiares, pero las encerraban a ellas, no a los abusadores. Estos datos no se conocían.

En lo que se refiere a justicia juvenil también hemos de ser conscientes que en veinticinco años han cambiado mucho las cosas. A partir del comienzo del 2000 empezó una emigración en nuestro país hasta entonces poco conocida¹⁴. Primero, de Latinoamérica; después, de África (especialmente de África septentrional), y también de los países del este de Europa. La Ley Penal Juvenil, estaba pensada para una sociedad más homogénea y, lógicamente, para jóvenes nacidos en España. En este sentido cuando se producía la comisión de un delito se tenía muy presente la situación familiar, personal y social del joven, de manera que, para adoptar una u otra medida, era fundamental que tuviera estos apoyos. Así, por ejemplo, medidas como la mediación, la justicia restaurativa o simplemente el tratamiento en medio abierto se tenían por más justas¹⁵. Con la llegada de jóvenes emigrantes no acompañados, sin familia, sin recursos y sin arraigo, la aplicación de medidas alternativas es mucho más difícil. Ello explica en parte que la medida de internamiento se aplica con más frecuencia a estos jóvenes. Pero no debería ser así porque contradice claramente el espíritu de la Ley a la vez que supone una respuesta más basada en las circunstancias que en los propios hechos¹⁶.

III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Entro ya en el tercer punto que nos ha unido al profesor De la Cuesta y a mí, y vuelvo al terreno personal y a la criminología o el Derecho Penal de menores. A veces digo que la justicia restaurativa no es solo una corriente dentro del Derecho Penal, sino que acaba convirtiéndose en una militancia, creencia

¹⁴ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «Un pasado con futuro», en Olalde Altarejos, J. (dir.): *La praxis del programa de justicia restaurativa en Cataluña: narrativas, reflexiones y aprendizajes desde la facilitación*, Navarra: Aranzadi, 2024, p. 37.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Las estadísticas demuestran una proporción mucho más alta de extranjeros; en parte, por la ausencia de familia, domicilio, etc.

o convicción. A todos aquellos que hemos trabajado a fondo la cuestión se nos ha impregnado también en lo personal.

Hace muchos años que José Luis De la Cuesta y yo trabajamos la justicia restaurativa, pero aquí citaré tan solo su reciente libro *La justicia restaurativa en España* (2022). Lo escribió con Isabel Germán y su dedicatoria dice así: «A Esther Giménez-Salinas, punta de lanza de la justicia restaurativa en España». ¹⁷ Esta dedicatoria me emocionó de tal manera que hoy que escribo en su libro de homenaje vuelvo a sentir un inmenso y profundo agradecimiento. No siempre sabemos transmitirlo y hoy aprovecho este artículo para hacerlo.

Mi primer contacto con la justicia restaurativa se produjo en Alemania, en los años noventa, cuando, gracias a una beca del Consejo de Europa, pude estudiar el tema y conocer su práctica con los jóvenes. Al volver a Barcelona, la idea fue muy clara: «si lo hacen los alemanes, ¿por qué no lo podemos hacer nosotros?». En aquella época yo dirigía el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat y fue posible su implementación en justicia juvenil. ¹⁸ Pero era una idea muy innovadora, y no aceptada por todo el mundo, especialmente por la judicatura y los colegios de abogados. Se trataba, sin duda, de una profunda transformación del sistema adversarial. Suelo explicar que, en mi primera conferencia sobre el tema, en el Consejo general del Poder Judicial, un juez me dijo que yo era «una pastorcita bucólica» y que esto nunca se implementaría en España. Unos años después, yo estaba en el Consejo General del Poder Judicial y, como explicaba en el apartado anterior, su implementación en la justicia juvenil fue todo un éxito ¹⁹.

De forma muy resumida, apuntaré a continuación los valores y los principios de la justicia restaurativa. De los valores, destacaría el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la responsabilidad mutua, así como la justicia y rendición de cuentas, y la verdad a través del diálogo. De los principios, destacaría las ideas principalmente aceptadas, como la voluntariedad, la inclusión social, la participación, el compromiso, la confidencialidad y la reparación del daño ²⁰. Quisiera destacar, asimismo, y tal como lo define el profesor

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./GERMÁN, I.: *La Justicia restaurativa en España*, Madrid: Iustel, 2022.

¹⁸ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador», en *La mediación penal*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999, pp. 69-85.

¹⁹ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «La mediación penal juvenil en Cataluña», en *La mediación penal*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999.

²⁰ Los valores de la justicia restaurativa son en realidad los valores humanos clásicos; en esta línea, José Luis de la Cuesta, Gemma Varona, José Maria Tamarit, entre otros.

De la Cuesta²¹, la emergencia progresiva del enfoque victimológico, que se inicia tímidamente con la Constitución, pero que no se convierte en realidad hasta el Estatuto de la Víctima (2015)²², donde por primera vez en nuestro país se hace una referencia explícita a la justicia restaurativa.

Pero entrando ya en el terreno estrictamente penal, añadiría algunos puntos más: el reconocimiento de la responsabilidad por parte de los infractores; la necesidad de que se escuche a la víctima y de que la respuesta repare el daño causado; el papel de la comunidad y su responsabilidad en involucrarse en todo el proceso; el reconocimiento del dolor que causa la impunidad y, finalmente, la contribución a la cultura de la paz^{23, 24}. Y recordando a nuestro inestimable amigo y maestro, el profesor Antonio Beristain, añadiría, también, el aprender a perdonar. De él aprendí también que la «propiedad» del perdón no es de quien lo pide sino de quien lo otorga^{25, 26}. Esto está explicado en un maravilloso libro, *El regreso del hijo pródigo: Meditaciones ante un cuadro de Rembrandt*, de Henri Newman, que describe cada uno de los papeles ante el perdón.

En cuanto a los delitos a los que se podría aplicar la justicia restaurativa, creo que no se debería excluir ninguno, en principio, ya que la propia dinámica del proceso marca sus propias posibilidades. No se trata de una justicia más *light*, ni de una puerta giratoria, sino que es otra manera de entender la respuesta al delito. Esta es una posición compartida por muchos autores. En mi propia experiencia en el campo de la justicia juvenil, apuntaría que, muchas veces, resulta muy duro para los ofensores conocer directamente a la víctima y asumir el daño que han hecho, pero los resultados en prácticamente todos los estudios son altamente satisfactorios^{27, 28, 29}.

²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *La Justicia restaurativa en España*, op. cit., p. 27 y ss.

²² Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

²³ GIMÉNEZ-SALINAS, E./RODRÍGUEZ, A.: «Justicia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva i transformadora», en *Debats Catalunya Social*, n.º 59, 2020.

²⁴ VARONA, G. *Justicia restaurativa desde la criminología*, Madrid: Dykinson, 2018.

²⁵ BERISTAIN IPIÑA, A.: «¿La justicia penal fuente de victimaciones y de satisfacciones?», en *La mediación penal*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999, pp. 123 y ss.

²⁶ BERISTAIN IPIÑA, A.: «Justicia restaurativo-agápica, no vindicativa: Palabras de agradecimiento al recibir la Gran Cruz de S. Raimundo de Peñafort. Proyección», en *Teología y Mundo Actual*, n.º 208, 2003, pp. 79-82.

²⁷ TAMARIT, J. M.: *La reparación y el apoyo a las víctimas*, en Tamarit Sumalla, J. M. (coord.): *El estatuto de las víctimas del delito: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

²⁸ VARONA, G., op. cit.

²⁹ Tamarit, J. M. (ed.): *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Comares, 2012.

Si bien los inicios de la justicia restaurativa en España fueron en el campo penal, unos años después se trasladó a otros ámbitos y a continuación me referiré a la universidad y a las defensorías de pueblo³⁰.

1. La justicia restaurativa en las universidades³¹

Las universidades españolas no son en principio lugares de alta conflictividad, lo que no quiere decir que no existan problemas en el ámbito de la convivencia. Hasta el año 2022, el régimen disciplinario en el ámbito universitario en España estaba regulado por un reglamento de disciplina académica aprobado el 8 de septiembre de 1954. Ese documento, a pesar de su inconstitucionalidad, continuó vigente hasta que se aprobó la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de Convivencia Universitaria, una ley que sienta las bases de la convivencia en el ámbito universitario, fomentando el uso preferente de medidas alternativas para la solución de conflictos.

Una vez más, pienso que, si fue posible aplicarlo a la justicia penal –que es sin duda donde se resuelven los conflictos de mayor gravedad–, cómo no va a ser posible ampliarlo a otros ámbitos, como es el caso de las universidades. Y así podemos tomar el ejemplo de muchas universidades que ya lo están practicando. No es una quimera, no es una realidad imposible, sino que cada vez más, son las universidades las que, a nivel internacional, lo están implementando³². La idea fundamental es abandonar el sistema sancionador retributivo: ¿por qué castigar más, pudiendo castigar menos?, ¿por qué utilizar la sanción si con otros métodos podemos llegar a soluciones mucho más satisfactorias para todas las partes?³³

De hecho, la Ley de Convivencia Universitaria opta por apartarse principalmente del sistema sancionador. Su artículo 20 establece que las sanciones establecidas por faltas graves podrán ser sustituidas por medidas de carácter educativo y recuperador, unas medidas que siguen una serie de principios alineados con los del enfoque restaurativo. Una cuestión relevante del reconocimiento de la responsabilidad es si ha de ser un requisito pre-

³⁰ También se ha extendido al ámbito de la educación en las escuelas e Institutos.

³¹ GIMÉNEZ-SALINAS, E./OLALDE ALTAREJOS, J./ALBERTÍ, M./RUIZ SÁNCHEZ, A.: «Universidades restaurativas: guía básica para su desarrollo en España». *Plataforma Pacto de Convivencia*, 2024. <https://pactodeconvivencia.org/>

³² KARP, D.: «Becoming a restorative university: The role of restorative justice in higher education», en *The International Journal of Restorative Justice*, 6, 2023. <https://doi.org/10.5553/TIJRJ.000175>

³³ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: «Justicia restaurativa en la universidad: otra manera de solucionar los conflictos», en *Revista RUED@*, n.º 9, 2024, pp. 31-46.

vio por parte de la persona infractora para poder acogerse al proceso restaurativo.

Existe un amplio sector que considera que, precisamente, el reconocimiento de la responsabilidad es una de las cuestiones que se trabajan durante este proceso³⁴. Pero también pensamos y compartimos que se puede dar la circunstancia de que la persona infractora pueda no reconocer su responsabilidad porque no ha podido aún asimilar su error o pensar que durante el proceso va a ser juzgada y criticada. Por ello, se recomienda no descartar inicialmente un proceso restaurativo o una medida sustitutiva de la sanción cuando no hay a priori aceptación de la responsabilidad por parte de la persona infractora.

Los principios de voluntariedad y participación tienen que ver con el reconocimiento de la capacidad de los participantes para valorar cuál es la mejor opción para tratar su conflicto. Por ello, la decisión sobre si procede o no la mediación –o en su caso, otras prácticas de justicia restaurativa– la toman las partes implicadas. El proceso de mediación y de resolución de conflictos deberá ser regulado en la normativa de la universidad. Las personas encargadas del proceso de mediación, justicia restaurativa u otro método alternativo de resolución de conflictos han de tener la formación necesaria y los recursos para desarrollar las intervenciones pertinentes. Esta formación es clave y a su vez es uno de los aspectos más difíciles para las propias universidades^{35, 36}.

Las medidas sustitutivas podrán consistir en la participación o colaboración en actividades formativas, culturales, de salud pública, deportivas, de extensión universitaria y de relaciones institucionales o similares. En ningún caso podrán consistir en el desempeño de tareas asignadas al personal de la universidad en las relaciones de puestos de trabajo (art. 20). Las universidades determinarán la duración de estas medidas y el acuerdo deberá recogerse por escrito y ser conservado por la Comisión de Convivencia.

La decisión de este texto legislativo de potenciar las medidas sustitutivas a la sanción, así como la justicia restaurativa en la resolución de conflictos, es inequívoca. Sin embargo, como todos sabemos, la normativa puede ser excelente, pero su práctica, un fracaso, si no se instauran los medios necesarios. Sin duda, es un cambio muy importante pasar de un sistema sancionador a un sis-

³⁴ OLALDE ALTAREJOS, J. (dir.): *La praxis del programa de justicia restaurativa en Cataluña: narrativas, reflexiones y aprendizajes desde la facilitación*, Navarra: Aranzadi, 2024.

³⁵ GIMÉNEZ-SALINAS, E. et al.: «Universidades restaurativas», *op. cit.*

³⁶ ALBERTÍ, M./PEDROL, M.: «L'enfocament restauratiu en l'àmbit educatiu. Quan innovar l'escola és humanitzar-la», en *Educació social. Revista d'intervenció socioeducativa*, n.º 67, 2017.

tema responsabilizador y reparador. Supone, por así decirlo, abandonar el sistema tradicional de castigo y buscar la conciliación y solución pacífica de conflictos con la implicación de todas las partes. Y naturalmente, la pregunta que nos hacemos es si la sociedad está preparada para ello y si nosotros mismos seremos capaces de articular estos cambios. Así las cosas, estoy convencida de que la vida universitaria no va a dar la espalda a este cambio, pero especialmente debemos tener no solo la convicción, sino también la esperanza de que es posible una nueva cultura que además contribuya a consolidar la tan necesaria cultura de paz³⁷.

2. La justicia restaurativa en las defensorías del pueblo

En el año 2025 cinco defensorías del pueblo en España, firmamos un acuerdo en Barcelona sobre la cultura de la justicia restaurativa, el diálogo, la conciliación, el acuerdo y la reparación. Los firmantes: el ararteko-Defensoría del Pueblo del País Vasco, el defensor del pueblo de Navarra-Nafarroako Arartekoa, el defensor del pueblo andaluz, la defensora del pueblo de Canarias y, yo misma, síndica de greuges de Cataluña. Las defensorías del pueblo asumían los valores, los principios, las regulaciones y las prácticas recogidas por los estándares internacionales anteriormente detallados, vinculados a la cultura del diálogo, la mediación y la conciliación, así como otros métodos adecuados de solución de conflictos y la cultura de la justicia restaurativa³⁸.

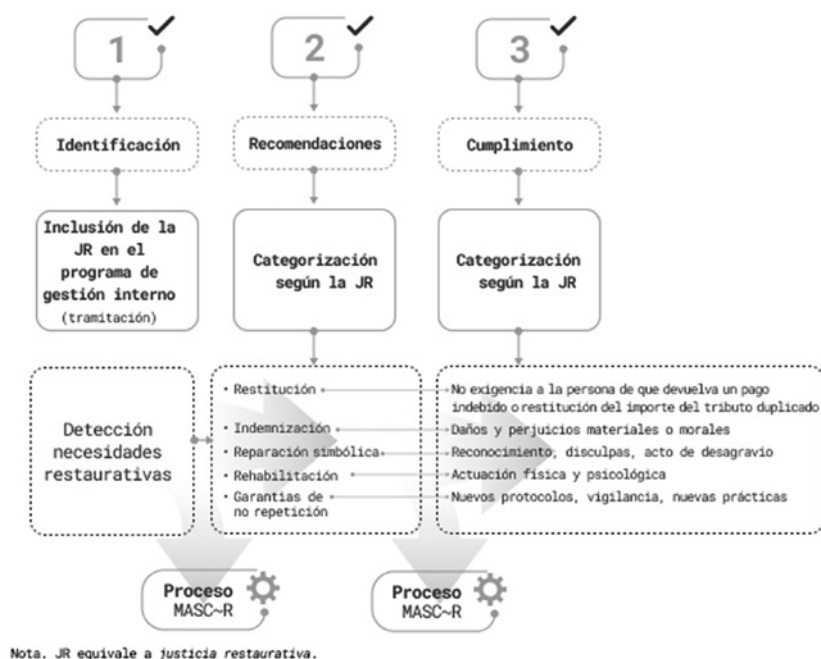
En el caso concreto de la institución del Síndic de Greuges de Cataluña, ya se había comenzado a aplicar la justicia restaurativa desde hacía ya algún tiempo. El primer paso fue identificar las posibilidades de aplicar la justicia restaurativa en la tramitación ordinaria, de las quejas, las consultas y las actuaciones de oficio. A partir de ahí, se incorporó en el circuito ordinario una nueva pestaña en la que se incluía la posibilidad de la justicia restaurativa en procesos de supervisión de la Administración.

³⁷ DÜNKEL, F./GRZYWA, J./HORSFIELD, P. (ed.): *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A Stock-Taking of Legal Issues, Implementation Strategies and Outcomes in 36 European Countries*, Forum Verlag Godesberg, vol. 2, 2015, pp. 875-916.

³⁸ Acuerdo de las defensorías del pueblo sobre la cultura de la justicia restaurativa, el diálogo, la conciliación, el acuerdo y la reparación. Barcelona, 5 de febrero de 2025.

Gráfico 4. Circuito para la aplicación de la justicia restaurativa en el Síndic de Greuges

Quejas, consultas y actuaciones de oficio
Facultades de supervisión del Síndic de Greuges



Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

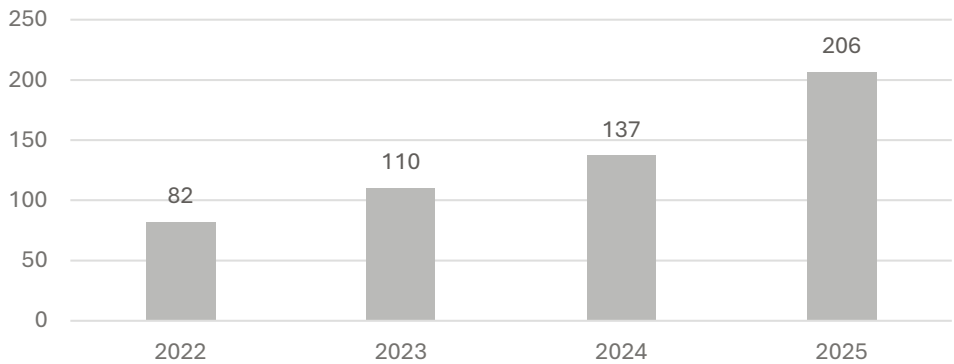
El circuito para su aplicación sería el siguiente:

1. Se identifican los posibles casos y a continuación se plantea la posibilidad de aplicar la justicia restaurativa en la tramitación de los casos.
2. Se establecen una serie de recomendaciones: restitución, indemnización, reparación simbólica, rehabilitación y garantía de no repetición.
3. Se contabiliza el cumplimiento de la propuesta restaurativa que se concreta en los siguientes supuestos: no exigencia de retorno de los pagos indebidos y su restitución, daños y perjuicios materiales o morales; reconocimiento de los hechos, petición de disculpas y actos de reparación; petición de

determinadas actuaciones físicas o psicológicas y nuevos protocolos, vigilancia y nuevas prácticas.

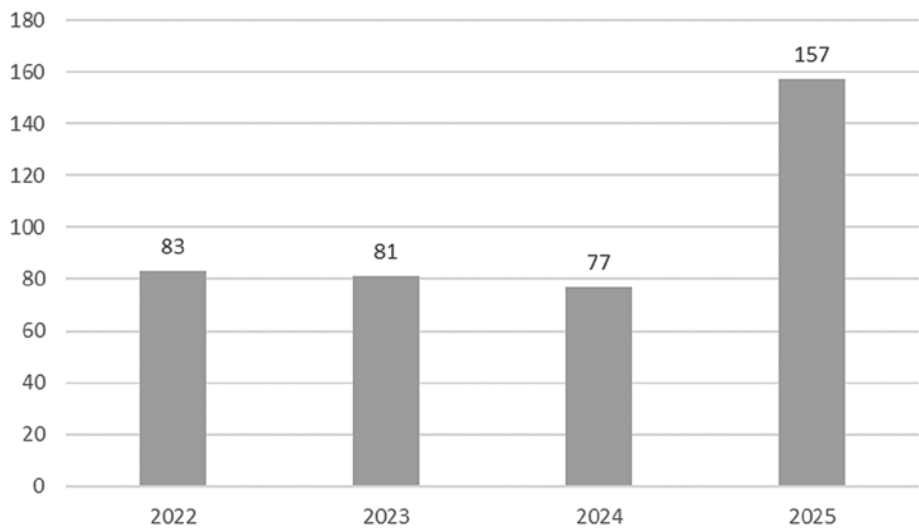
Datos relativos a la justicia restaurativa en el Síndic de Greuges de Cataluña:

Gráfico 5. Expedientes potencialmente restaurativos por año de inicio



Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

Gráfico 6. Recomendaciones restaurativas por año de inicio



Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

Tabla 3. Recomendaciones restaurativas

Tipo de recomendación	Número	%
Restitución.	93	23,4
Reparación simbólica.	159	39,9
Rehabilitación.	19	4,8
Indemnización.	12	3,0
Garantías de no repetición.	115	28,9
Total.	398	100

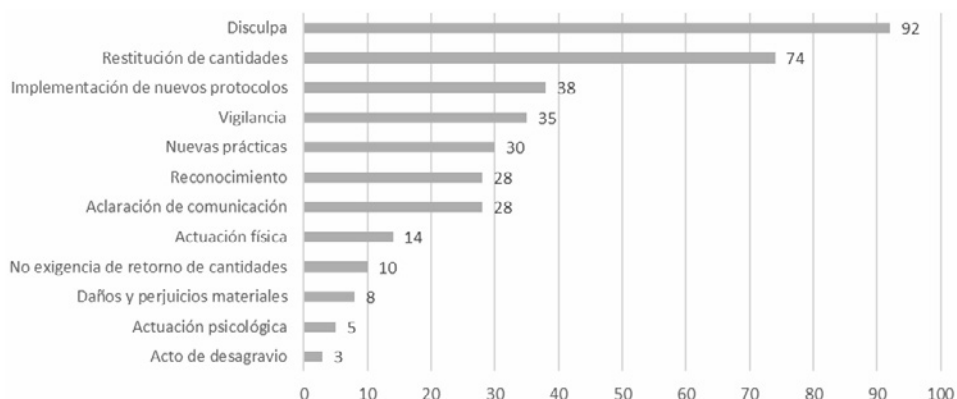
Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

Tabla 4. Recomendaciones restaurativas por cumplimiento

Recomend./cumplimiento	Número	%
Restitución.	84	23,0
Restitución de cantidades.	74	20,3
No exigencia de retorno de pagos.	10	2,7
Reparación simbólica.	151	41,4
Reconocimiento.	28	7,7
Disculpa.	92	25,2
Acto de desagravio.	3	0,8
Aclaramiento de comunicación.	28	7,7
Rehabilitación.	19	5,2
Actuación psicológica.	5	1,4
Actuación física.	14	3,8
Indemnización.	8	2,2
Daños y perjuicios materiales.	8	2,2
Garantías de no repetición.	103	28,2
Vigilancia.	35	9,6
Nuevas prácticas.	30	8,2
Implementación de nuevos protocolos.	38	10,4
Total.	365	100

Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

Gráfico 7. Recomendaciones restaurativas más habituales



Fuente: Síndic de Greuges de Cataluña, 2025.

En cuanto a su aplicación, en el primer gráfico se muestran los potenciales expedientes restaurativos desde 2022 y su evolución hasta 2025. A continuación, en la tabla 3, puede verse el número de recomendaciones restaurativas que ha hecho la institución del Síndic de Greuges (en total, 398) y, finalmente, en la tabla 4, se puede ver el nivel de cumplimiento de estas recomendaciones y sus diferentes formas.

Al tratarse de una experiencia novedosa, el número alcanzado en un período de tiempo relativamente corto es bastante elevado: 365 recomendaciones restaurativas cumplidas. Como se ve en el gráfico 7, destaca especialmente la petición de disculpas, seguido de la restitución de cantidades. Como en otras áreas, el tema de políticas sociales ocupa el 70 % de los casos. En cualquier caso, la interpretación resulta relativamente sencilla, ya que con una breve mirada pueden entenderse las distintas opciones y resultados.

En este sentido, algo que en principio no se había desarrollado en profundidad, poco a poco se ha ido convirtiendo en realidad. Y ciertamente lo podemos ver como un punto de esperanza que nos anima a pensar, que a pesar de las dificultades que supone un cambio de estas características, sí es posible la transformación de nuestras instituciones. Nadie nos dijo que era imposible, y por eso lo hicimos.

136. REVISIÓN DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE A LA LUZ DE LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN MEDICINA

M.^a DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

Resultaría ocioso recordar la intensidad con que los sistemas propios de la Inteligencia Artificial (IA) han impactado en nuestro modo de vida en los más variados ámbitos, desde los relativos a la vida cotidiana hasta los que encuentran aplicación en sectores específicos del mercado, pasando por lo que interesa a esta contribución; a saber, su aplicación en el ámbito de la salud. Las reflexiones que siguen, que forman parte de un trabajo más amplio, pretenden servir como testimonio del reconocimiento y admiración al homenajeado maestro, el Prof. José Luis de la Cuesta.

Con carácter previo al análisis de los retos y dificultades de la IA en el específico ámbito de la sanidad, conviene realizar algunas acotaciones conceptuales que delimiten el alcance del término como presupuesto de su uso en el orden jurídico. Sin desconocer las definiciones formuladas en la abundante literatura al respecto¹, una noción precisa la ofrece el legislador europeo en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024² (Reglamento IA). Su art. 3.1 la define como «un sistema basado en

¹ Sobre el origen del concepto y su significado actual, véase VALLS PRIETO, Javier, *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 17 ss.

² Por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales»³.

La aplicación de estos sistemas al ámbito de la salud no se ha hecho esperar, generalizándose su uso de modo paulatino hasta el punto de poder decirse que en la situación actual suponen la puesta en manos de los sanitarios de un revolucionario instrumento para la realización de buena parte de sus funciones, y prometen aún más en el futuro una innovación integral de la práctica médica. Su rumbo se desvía de los derroteros propios de la medicina clásica, basada en exclusiva en el método de la evidencia científica como técnica para obtener diagnósticos, diseñar tratamientos y en general pautas de actuación. Como subraya la ya referida definición europea de la IA, en lugar de ello, la obtención de los resultados parte de la incorporación y posterior procesamiento de ingentes cantidades de datos, cuya interrelación se sitúa en condiciones de ofrecer un panorama completo tanto sobre las condiciones médicas en general como sobre su aplicación a un paciente concreto⁴.

Los prometedores rendimientos de los sistemas inteligentes en medicina aspiran a proyectarse en un doble plano, que no necesariamente tienen que comprenderse de un modo secuencial o lineal. Por una parte, alcanzar resultados equiparables en precisión a la actuación humana. Por otra, superar las posibilidades de ésta, lo que habría de traducirse en un diagnóstico, así como en unas decisiones que ofrecieran mayor fiabilidad de la hasta ahora conseguida por la vieja metodología basada en la evidencia científica. En este sentido es abundante la literatura médica especializada que da cuenta del importante cambio de paradigma que en el ámbito de la sanidad supone la llegada de aquella tecnología, que parece traer consigo una renovación en prácticamente todos los aspectos relacionados con la salud⁵. Sin desconocer

³ Las Directrices interpretativas formuladas por la UE con fecha de 29 de julio de 2025 para facilitar la aplicación del Reglamento, aclaran los siete elementos básicos de la definición *Communication from the commission Commission Guidelines on the definition of an artificial intelligence system established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act)*, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-guidelines-ai-system-definition-facilitate-first-ai-acts-rules-application> (última consulta: 25 de mayo de 2025).

⁴ Véase en este sentido el Considerando 157 del Reglamento General de Protección de Datos.

⁵ Interesante es la consulta de la Declaración del Comité Ejecutivo de la Asociación Médica alemana, adoptada en su reunión de 14 de enero de 2025, que ofrece un recorrido por las distintas aplicaciones de la IA en medicina, «Stellungnahme kunstliche Intelligenz in der Medizin», en *Deutsches Ärzteblatt* 4/2025, pp. 33 ss. Disponible en: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/stellungnahme-kuenstliche-intelligenz-in-der-medizin-1581a074-7da3-4724-875e-09f2be35a9a3> (última consulta: 20 de mayo de 2025).

su gama de aplicaciones⁶, las consideraciones que siguen se centran en las relacionadas con la práctica clínica, entendiendo por tal la prestación asistencial en cada una de las fases en que se desarrolla la relación médico-paciente: la de prevención, diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la enfermedad⁷.

En relación con la prevención, singularmente atractivas se presentan las posibilidades de la IA de cara a la predicción de patologías sobre la base de una serie de algoritmos que no sólo toman en cuenta la predisposición genética del individuo, sino patrones de repetición, e incluso la interpretación de los registros de la actividad del sujeto⁸, patrones y predicciones que impulsan el avance de la llamada medicina personalizada⁹. Por su parte, en la fase de diagnóstico la IA se revela como una herramienta extraordinariamente útil a la vista de su capacidad para analizar una ingente cantidad de información de los historiales clínicos ordenados a la detección de enfermedades, importancia paralela a la que también en esta fase cobran los algoritmos diseñados para interpretar imágenes médicas (radiografías, electrocardiogra-

⁶ Entre ellas, el ámbito de la docencia, la investigación, gestión de recursos materiales y humanos o la de la calidad asistencial en los centros hospitalarios y, en general, en unidades asistenciales.

Sobre las distintas aplicaciones de la IA al ámbito sanitario puede verse, por ejemplo, ÁVILA-TOMÁS, José Francisco/MAYER-PUJADAS, Miguel Ángel/QUESADA VARELA Víctor Julio, *Atención Primaria*, núm. 52, 2020, pp. 83 ss.

⁷ El Informe del Parlamento Europeo «Artificial intelligence in healthcare Applications, risks, and ethical and societal impacts», 2022, identifica cuatro grandes campos en los que es esperable que la IA biomédica realice las aportaciones más significativas: el primero es la práctica clínica, al que se ciñen las consideraciones de esta contribución; el segundo la investigación biomédica, comprensiva del descubrimiento de nuevos fármacos, ensayos clínicos y diseño de medicina personalizada, entendiendo por tal la que pronostica el efecto del medicamento en un individuo a la vista de sus características, inclusive las genéticas; el tercero, el de la salud pública, que a partir de grandes magnitudes de datos ofrece resultados sobre la predicción y el tratamiento de pandemias o evolución del comportamiento de determinadas enfermedades; y el cuarto la administración sanitaria o gestión del sistema sanitario. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU\(2022\)729512_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU(2022)729512_EN.pdf) (última consulta: 2 de mayo de 2025).

⁸ De ello dan cuenta ÁVILA-TOMÁS, José Francisco/MAYER-PUJADAS, Miguel Ángel/QUESADA VARELA, Víctor Julio, destacando, entre otras, la posibilidad de generar algoritmos que predicen el riesgo de psicopatologías a partir del análisis del contenido de mensajes publicados en redes sociales, o de identificar patrones que pudieran sugerir una progresión del Parkinson a través de la interpretación de datos que registran nuestros movimientos (sensores en el teléfono móvil o reloj inteligente), «La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina II: Importancia actual y aplicaciones prácticas», *op. cit.*, p. 83.

⁹ A ello se refiere el Informe del Parlamento Europeo «Artificial intelligence in healthcare Applications, risks, and ethical and societal impacts», *op. cit.*, p. 12. Señala el documento cómo la medicina personalizada se basa en gran medida en la comprensión científica del modo en que las características únicas de un paciente individual, así como los perfiles moleculares y genéticos lo hacen vulnerable a una determinada enfermedad y sensible a un específico tratamiento terapéutico. Concluye del siguiente modo: «Las herramientas de IA pueden mejorar los avances en medicina personalizada evaluando el beneficio clínico de diferentes métodos de investigación y múltiples tipos de datos», p. 12.

mas, encefalocardiogramas, etc)¹⁰. Es más, en el caso del diagnóstico, las ventajas del uso de estas herramientas no se agotan en su precisión, sino también en la rapidez de sus resultados, algo crucial en determinados escenarios que reclaman una actuación inmediata¹¹. Sugerente es también su empleo para elegir el tratamiento más adecuado, fase en que los sistemas de IA pueden marcar pautas de actuación tomando en cuenta la predicción de la respuesta del paciente en función de sus características. No menos importante es el valor de aquellas herramientas en la fase de ejecución del tratamiento, a la vista del avance que ya supone y que se potenciará en el futuro de la mano de la intervención de los llamados robot cirujanos, cuyo desarrollo aspira a alcanzar plenos niveles de autonomía¹².

El entusiasmo puesto en la aplicación de la IA al ámbito sanitario contrasta, sin embargo, con diversos temores, que básicamente se proyectan en una doble dirección. La primera, la atención a los posibles daños causados por el empleo de aquellos sistemas, con la consiguiente cuestión en torno a los parámetros conforme a los cuales derivar, en su caso, responsabilidad, en su caso en el orden penal. La segunda cifra el foco de preocupación en el hecho de que el empleo de aquellos sistemas pueda suponer una quiebra de alguno de los derechos clásicamente reconocidos a los pacientes. Por razones de espacio, a esta última cuestión se ciñen las consideraciones que siguen.

¹⁰ Sobre sus posibilidades, así como sobre algunos ensayos realizados hasta la fecha, puede verse GRUBE, Karl, «Is the future of medical diagnosis in computer algorithms?», *The Lancet Digital Health*, vol. 1, mayo 2019, pp. 15 s.

¹¹ Paradigma al respecto es la situación que se plantea allí donde en el curso de una intervención quirúrgica urge el conocimiento del diagnóstico, para conocer la necesidad, en su caso, de extirpar un tumor o la zona potencialmente afectada. Un modelo de IA diseñado precisamente para proporcionar al cirujano información rápida es el conocido como *Sturgeon*. Utilizado en el caso de intervenciones de tumores cerebrales proporciona información al sanitario para decidir sobre la zona a extirpar. El sistema escanea segmentos del ADN del paciente, de modo que atendiendo a determinadas modificaciones ofrece información relevante sobre la agresividad del tumor y, con ello, sobre el modo de actuar en tal caso. Sus ventajas no se agotan en la precisión de la información, sino en la capacidad de suministrarla durante el tiempo de la intervención. Información disponible al respecto en: https://www.clarin.com/new-york-times-international-weekly/nueva-herramienta-ia-diagnostica-tumores-cerebrales-quirufano_0_6vgqyHc2XO.html?srsltid=AfmBOoqKzQ0GNX6Nd5P6pchoDb2r (última consulta: 2 de agosto de 2025).

¹² Todas esas aplicaciones se han agrupado conforme a cuatro áreas básicas: las de relación, ordenadas a la relación del ser humano con el sistema, las de decisión, que ayudan a los profesionales a la toma de decisiones, las de descubrimiento, que se orientan a la interpretación de las enfermedades, y las de operaciones, que procuran mejorar la eficiencia del sistema. Véase al respecto Díez, Juan José, «Aplicaciones médico-sanitarias de la inteligencia artificial: una visión desde la práctica clínica», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 8, núm. 4, 2023, pp. 877 ss. Disponible en: https://www.rade.es/imageslib/PUBLICACIONES/ARTICULOS/V8N4%20-%2012%20-%20CON%20-%20DIEZ_IA%20medicina.pdf (última consulta: 12 de mayo de 2025).

II. LA INCIDENCIA DE LA IA EN LOS DERECHOS DEL PACIENTE

1. El derecho a la información y autonomía del paciente

El actual modelo de relación médico-paciente que inspira nuestro sistema se basa decididamente en la comprensión de éste como un sujeto portador de una serie de derechos que vertebran su relación con los distintos agentes implicados en el proceso asistencial. El más básico de todos ellos es el de estar informado sobre su estado de salud, la terapia que en su caso precise, las distintas opciones de las que disponga, los riesgos de cada acto médico, así como los asociados a la ausencia de tratamiento. Son, en definitiva, aspectos que se vinculan con el conocimiento del proceso decisorio del médico y que, aun expresados en un lenguaje no científico, tienen extraordinario valor de cara al ejercicio del derecho del paciente a decidir someterse o no al acto médico en cuestión, con la consiguiente facultad de rechazarlo y, en su caso, de revocar el consentimiento previamente prestado. Este haz de facultades es reconducible de forma genérica al derecho a la autonomía del paciente, cuya plasmación normativa se encuentra en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que contempla todo un catálogo de derechos y obligaciones del paciente directamente aplicables al específico ámbito que ahora se trata¹³.

El respeto de este derecho básico pudiera resultar comprometido en el ejercicio de la medicina asistida por IA por una serie de aspectos que, básicamente, se reconducen a la incapacidad de estos sistemas para tener en cuenta la gama de componentes subjetivos que están presentes en una decisión médica. Esta, en efecto, no consiste solo en un aséptico resultado fruto de la atención a datos objetivos, sino que también ha de tener en cuenta las circunstancias que rodean al paciente, incluso de sus preferencias vitales. También sobre ellas habrá de ser oído para que encuentren reflejo en la tera-

¹³ En su artículo 2, bajo la rúbrica *Principios generales*, reconoce a lo largo de sus distintos apartados, entre otros, el derecho al respeto a la autonomía de la voluntad, que reclama el consentimiento del paciente o usuario una vez cuente con la información adecuada para prestarlo, el derecho a decidir libremente después de contar con la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles, así como el derecho a negarse al tratamiento. Por su parte, conforme al art. 4.1., «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». Sobre el alcance de estos derechos tuve ocasión de ocuparme en *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª ed., Valencia 2008, pp. 19 ss.

pia que recibe, lo que mal se concilia con decisiones basadas en un arsenal de datos objetivos.

Con ser fundada esta amenaza denunciada por la literatura¹⁴, lo cierto es que la tantas veces repetida irrenunciabilidad de la intervención humana relativiza en buena medida su alcance, en tanto que habrá de ser el profesional quien en última instancia valide o no los resultados del sistema, decisión en la habrá de tener en cuenta no sólo las características personales del paciente, sino también sus preferencias y singularidades, tanto físicas como psicológicas. Por ello, en realidad, lo que reclama la garantía de la autonomía del paciente en el ámbito que interesa es la adaptación a este nuevo escenario de los clásicos aspectos sobre los que debe recaer la información como presupuesto del ejercicio de aquel derecho. En concreto, el paciente ha de ser informado ante todo del empleo de tales herramientas, del papel que desempeña el profesional en su uso, de las razones que aconsejan el recurso a dichos sistemas en el caso concreto, así como de las ventajas e inconvenientes asociadas a su empleo en comparación con los métodos tradicionales¹⁵. Más allá de estos extremos básicos, un aspecto importante sobre el que igualmente habrá de extenderse la información será el alcance de los posibles resultados que arroje la herramienta empleada con función de diagnóstico, especialmente cuando se nutra de datos genéticos. Los hallazgos inesperados a que puede dar paso motivan la conveniencia de extender la información a tal posibilidad, a efectos de recabar el consiguiente consentimiento del paciente, tanto respecto a su averiguación como, en su caso, a la comunicación de sus resultados.

Con todo, la adaptación de las exigencias del deber de información a las peculiaridades de la IA no despeja las dudas en torno a si su empleo permite ofrecer al paciente un grado de información equiparable al que recibe en el marco del ejercicio de la medicina tradicional. El germen del principal obstáculo para ese reconocimiento se encuentra ya en una de las características in-

¹⁴ De ella da cuenta, por ejemplo, ISLA GÓMEZ, Julián, «Aplicaciones de la inteligencia artificial en salud», *Inteligencia artificial y Bioética*, (ed. Amo Usanos, Rafael), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2023, pp. 37 s.

¹⁵ En relación con el empleo de los llamados robots quirúrgicos, sobre este aspecto insisten distintos documentos, entre ellos el conocido como proyecto *RoboLaw*, cuyos resultados se publicaron en la «Guidelines for Regulating Robotics». Sobre él habrá ocasión de volver más adelante. Interesa de momento tan solo dar cuenta de que el documento subraya la importancia de que el consentimiento del paciente se emita desde el conocimiento del empleo de este tipo de técnicas, debiéndose garantizar la explicación del papel del robot, sus limitaciones y riesgos, así como las alternativas disponibles. Expresamente el paciente deberá conocer que el uso de la tecnología avanzada no elimina los riesgos de la intervención, y todo ello en un lenguaje asequible para él. Señala para ello la conveniencia de establecer protocolos estandarizados que garanticen todos estos aspectos, pp. 74 ss. Disponible en: http://www.robolaw.eu/Robo-Law_files/documents/robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf, (última consulta: 1 de agosto de 2025).

herentes al funcionamiento del sistema; a saber, la que se ha dado en llamar como la opacidad del proceso por medio del cual llega a emitir un determinado resultado. En efecto, la falta de transparencia es en la actualidad un rasgo inevitable de las herramientas de IA, definida usualmente como una *black box* o caja negra¹⁶, en la que resulta imposible identificar los factores de entrada tomados en consideración y el modo en que son relacionados y procesados para llegar al resultado. De hecho, el proceso de razonamiento resulta inaccesible incluso para los programadores del sistema, entre otras razones, porque los algoritmos iniciales van creando a su vez otros de mayor complejidad hasta dar paso a una cadena en la que tan solo es posible leer una secuencia de algoritmos y operaciones algebraicas, sin traducción directa en los esquemas del razonamiento humano.

Así, por ejemplo, si aquel expresara la conveniencia de un ingreso hospitalario al paciente aquejado de una infección renal, resultaría imposible conocer si la decisión está basada en un cálculo probabilístico de la evolución de la enfermedad conforme a los datos obrantes en el sistema sobre su comportamiento estándar, si tiene en cuenta la previsible interacción de otros factores o complicaciones que pudiera influir en ella, si se asienta en exclusiva en las características del paciente o grupo de pacientes, o incluso si el resultado se basa en la predisposición genética de aquél. La emisión en tales condiciones del consentimiento descansaría entonces necesariamente en una información previa incompleta, lo que a su vez comprometería seriamente la validez del consentimiento así prestado¹⁷. Las dudas se diversifican en varias preguntas que sugieren a su vez las distintas opciones posibles. Son las que, en un extremo, plantean si la aceptación de estas limitaciones de información debiera llevar a invalidar el recurso a aquellos sistemas; las que en el lado opuesto

¹⁶ Entre otros, WATSON, David/KRUTZINNA, Jenny/BRUCE, Ian/GRIFFITHS, Christopher /MCINNES, Iain/ BARNES, Michael/FLORIDI, Luciano, «Clinical applications of machine learning algorithms: beyond the black box», disponible en: <https://www.bmj.com/content/364/bmj.l886.long>, (última consulta: 17 de junio de 2025). Destacan los autores las distorsiones a que pueden conducir sus resultados sin una adecuada explicación del proceso por el que se llega al resultado. Ejemplifican con el caso del algoritmo que predice el riesgo de morir de una neumonía, que arroja resultados más bajos en el caso de los pacientes asmáticos, sin ofrecer la explicación de que ello no es debido a la envergadura de la enfermedad, sino al tratamiento intensivo que reciben estos pacientes, p. 4.

¹⁷ Sólo en este sentido comparto la crítica que se ha formulado en la doctrina relativa a la eventual afectación de la IA a la autonomía del paciente. De modo más amplio véase ROMEO CASABONA, Carlos María/ LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 52/2020, pp. 152 ss., quienes alertan del riesgo de que pueda llegar «a imponerse el imperativo tecnológico sobre la libertad del paciente de aceptar o de rechazar un tratamiento», p. 153, planteándolo como un riesgo asociado a la elaboración de perfiles de los pacientes y su consiguiente clasificación o estratificación, arrojando decisiones rutinarias o automatizadas. Véase también GALVIN GORDILLO, M., «Análisis legal del uso de los robots en medicina», *Ius et Scientia*, vol. 9, núm. 1, 2023, marg. 133.

cuestionan la conciliación del clásico reconocimiento del derecho a la información con el nuevo modelo y, por último, las que en una vía intermedia pudieran plantear la conveniencia de una reformulación de aquellos derechos para armonizarlos con el nuevo modelo.

Precisamente en la línea de reformular las exigencias del derecho a la información se presenta el debate en torno a la existencia de un supuesto derecho a la *explicación* del paciente, no necesariamente coincidente con el derecho a la información. Se hace referencia con él a la hipotética pretensión del interesado de conocer, no sólo las características de su enfermedad y el tratamiento que reclama, así como las opciones o alternativas y, en general, los riesgos asociados a cada uno de estos extremos. Se reclamaría con él adicionalmente el conocimiento de las razones por las cuales el sistema alcanza la decisión médica de que se trate¹⁸, por mucho que ese derecho se presente necesariamente adaptado a la capacidad de comprensión del paciente. El asidero para su reconocimiento bien pudiera encontrarse en una serie de documentos¹⁹, entre los que destaca el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Aun carente de valor vinculante, su Considerando 71 re-

¹⁸ Cuestionan tal derecho WACHTER S./MITTELSTADL B./FLORIDI, I, «Why a right to explanation of automater decisionmaking does not exist in the general data protection regulation», *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss., disponible en: <https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/7/2/76/3860948?r=edirectedFrom=fulltext>, (última consulta: 28 de mayo de 2025). Sostienen que el RGPD en su forma actual, no implementa un derecho a la explicación, sino un «derecho a ser informado» limitado, planteando la mayor protección que otorga la comprensión de una prohibición de decisiones opacas en lugar de la plasmación de un derecho a la explicación. Véase también FERRETI, A.M./SCHEIDER, M./BLASIMME, A., «Machine Learning in Medicine. Opening the new data protection Black Box», *European Data Protection Law Review*, núm. 4, vol. 3, 2018, pp. 320 ss. Tras detectar los distintos tipos de opacidad de los sistemas (falta de divulgación, opacidad epistémica y opacidad explicativa, pp. 325 ss.), considera que, si bien el RGPD contiene disposiciones ordenadas a la transparencia y la comunicación de información significativa sobre el procedimiento automatizado de datos, no consagra como tal un derecho a la explicación (pp. 330 ss).

¹⁹ Las bases del reconocimiento del eventual derecho a la explicación pudieran igualmente fundamentarse en el apartado 1 del artículo 86 del Reglamento IA, que consagra el derecho del interesado a conocer el papel que ha tenido el sistema de IA en la toma de decisiones: «Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada». Con el carácter de Recomendaciones, puede verse el documento de Directrices éticas para una IA confiable, disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (última consulta: 8 de julio 2025). Se trata de un documento elaborado por un grupo independiente de expertos de alto nivel en IA, creado por la Comisión Europea en 2018 para ofrecer unas guías éticas del uso de la IA. Entre los cuatro principios básicos para una IA fiable contempla la *explicabilidad*. Reconociendo la imposibilidad de explicar siempre por qué un modelo ha arrojado un determinado resultado, presenta aquel principio como esencial para mantener la confianza en el sistema y para poder impugnar adecuadamente una decisión (punto 53). Su garantía se contempla esencial «cuando un sistema de IA tenga un impacto significativo en la vida de las personas» (punto 77).

calca el derecho de todo individuo a no ser objeto de una decisión que incida, entre otros aspectos, en la salud, y que se haya basado exclusivamente en el tratamiento automatizado. A partir de tal premisa contempla el derecho del interesado a «recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación».

Sin desconocer el valor de tales previsiones en orden a fundamentar las bases para un supuesto derecho a la explicación, lo cierto es que la repetida comprensión de la IA como mera herramienta al servicio del médico, nunca como modelo sustitutivo de éste, hace decaer en buena medida la intensidad del debate en el específico ámbito que interesa. Así resulta, en efecto, en tanto que aquellas previsiones toman como referente las decisiones basadas exclusivamente en procesos completamente automatizados, excluidos del ámbito de la salud²⁰. Por ello, sin necesidad siquiera de entrar a buscar modelos de solución basados en paralelismos entre la oscuridad del sistema y las propias del razonamiento humano²¹, el espacio que viene a cubrir el supuesto reconocimiento del derecho a la explicación queda ya satisfecha con la debida información al paciente de las razones por las cuales el profesional, como centro último de decisión, se acoge o se aparta de los criterios o resultados que arroja el sistema. Dicho de otro modo, el cumplimiento del derecho a la información se garantiza en tanto se ponga directamente en relación con la explicación que ofrezca el profesional sobre las razones de su decisión apoyadas en el sistema, nunca en relación directa con el modo de razonar de éste, por definición ininteligible en la actualidad²².

Cuestión distinta será, obviamente, la carga y la consiguiente fuente de responsabilidad que en potencia puede suponer para el sanitario fundamentar un criterio distinto al que arrojen los algoritmos. Como habrá ocasión de tratar

²⁰ Salvo las excepciones contempladas en las letras a y g del art. 9.2 (consentimiento explícito o interés público importante). De acuerdo con las previsiones del art. 14, entre los aspectos sobre los que debe recaer la información cuando los datos personales no se han obtenido del interesado se cuenta la existencia de las decisiones automatizadas a que se refieren los apartados 1 y 4 del art. 22, relativos a las decisiones basadas *exclusivamente* en un proceso automatizado. En tal caso el citado art. 14 incluye el deber de facilitar la «información significativa sobre la lógica aplicada».

²¹ No es infrecuente llamar la atención sobre el hecho de que la opacidad propia de los mecanismos de decisión de la IA no debiera verse como algo distinto a la que en general es propia de la decisión médica en la práctica tradicional, donde también las razones que llevan al profesional a adoptar la medida de que se trate sólo son relevantes para el paciente en tanto puedan incidir en la toma de una decisión, no desde luego a modo de una suerte de «información científica». Por todos, ROMEO CASABONA C.M., /LAZCOZ MORATINOS G., «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?, *op. cit.*, pp. 149 s.

²² Si bien es cierto que se han desarrollado distintos sistemas de IA explicables, los conocidos como sistemas XAI. Es el caso, por ejemplo, del sistema *Merative*, (IBM Watson Health) que ofrece explicación de las decisiones. Así, en relación con el diagnóstico por imagen, ofrece explicación sobre las razones o características que llevaron al sistema a identificar la zona.

al abordar el diseño de los esquemas de responsabilidad del sanitario por un resultado lesivo en este nuevo marco de la IA, la conformidad o no a Derecho de su actuación requiere en última instancia el cotejo de los resultados del sistema con las reglas de experiencia propias de la medicina tradicional. Serán exclusivamente las razones que han motivado al médico a la toma de decisión conforme a aquellas reglas las que integren el ámbito del derecho a la información del paciente.

2. La eventual afectación de otros derechos del paciente

Con ser importante, no es el derecho a la autonomía del paciente el único que reclama una atención singular en el marco de la medicina asistida por la IA. Otro de los aspectos que merece alguna reflexión por el riesgo de suponer una quiebra de los derechos básicos de aquél encuentra su origen en el punto de partida del funcionamiento de los sistemas de IA; a saber, el llamado *big data* o el almacenamiento de grandes volúmenes de datos de los que se nutren aquellas herramientas²³ y a partir de cuyo procesamiento pueden arrojar sus resultados: desde los indicadores de frecuencia de determinadas patologías hasta su patrón de evolución o posibilidades de supervivencia, presentándose en la actualidad como una herramienta irrenunciable con los más variados fines²⁴.

La recogida de esa información masiva permite a su vez el funcionamiento del llamado sistema de aprendizaje automático o *machine learning*, un método inductivo concebido como una forma de aprendizaje de la máquina, de modo que a partir de la información (datos) que recibe puede arrojar el trazo de patrones y, en definitiva, de nuevas reglas conforme a las que ofrecer ulteriores predicciones²⁵. Las amenazas a los derechos del titular que

²³ Definidos como «el tratamiento de grandes volúmenes de datos mediante algoritmos matemáticos con el fin de establecer correlaciones entre ellos, predecir tendencias y tomar decisiones». Es la definición que ofrece el Observatorio de Bioética y Derecho, *Documento sobre bioética y Big Data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*, Universidad de Barcelona, 2015, p. 33, disponible en: <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104585/1/08209cc.pdf>, (última consulta: 30 de mayo de 2025).

²⁴ Sobre ellos puede verse OLIVÁN MUZÁS, A./ALBUNDIO ESCALONA, S./ARIAS BASTO, Y.C./JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, S., «El uso de Big Data en la investigación médica», *Revista Ocrono*, 2024, disponible en <https://revistamedica.com/uso-big-data-investigacion-medica/> (última consulta: 10 de abril de 2025), donde ofrecen un recorrido por el uso de la herramienta con fines de investigación farmacológica, en la medicina personalizada, en epidemiología y vigilancia de enfermedades, y la optimización de recursos y gestión de salud.

²⁵ Quizá la rama más avanzada del aprendizaje automático sea el llamado aprendizaje profundo, *Deep learning*, inspirado en el modo de funcionamiento del cerebro humano. Al respecto y en relación

plantea este modo de operar del sistema se proyectan, al menos, en tres frentes denunciados ampliamente en la literatura sobre la materia. El primero, el riesgo de que el manejo de esos datos suponga un trato discriminatorio para el paciente en la atención médica que recibe; el segundo, la eventual quiebra de la privacidad del titular, en tanto que los datos incorporados no sólo podrían permitir la asociación a su identidad, sino también inferir a partir de ellos información adicional sobre el sujeto de que se trate; el tercero, incidir en el riesgo ya referido de practicar una medicina por completo deshumanizada. Sobre este último potencial efecto perverso del sistema han advertido, entre otros autores²⁶, Romeo Casabona y Nicolás Jiménez quienes atendiendo específicamente a las predicciones basadas en datos de carácter genético se plantean si el uso de herramientas basadas en el manejo de datos llevarían a justificar la exclusión de un paciente de un determinado tratamiento allí donde el sistema arroja una predicción de ineficacia de la terapia en cuestión, efecto que a su vez derivaría en última instancia en el riesgo de discriminación del sujeto de que se trate²⁷.

Precisamente enlazando con el peligro de que el uso de tales sistemas lleve a aceptar actuaciones discriminatorias, hay que reconocer que aquél se asocia en esencia a la fase de introducción o almacenamiento de datos, que de realizarse de forma sesgada, pone en entredicho la prohibición de cualquier práctica discriminatoria²⁸. Sobre ella alerta no sólo una abundante doctrina

con el ámbito médico que aquí interesa, véase por ejemplo, ROMEO CASABONA, Carlos María/LACÓZ MORATINOS, Guillermo, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 52/2020, pp. 142 ss; NÚÑEZ REIZ, Antonio/ARMENGOL DE LA HOZ, Miguel Ángel/SÁNCHEZ GARCÍA, Miguel, «Big Data Analysis y Machine Learning en medicina intensiva», *Medicina Intensiva*, 2028, disponible en: <http://www.medicinaintensiva.org>, (última consulta: 1 de junio de 2025).

²⁶ CÁRCAR BENITO, Jesús Esteban, «La asistencia sanitaria dentro del ámbito de la inteligencia artificial (IA): el problema de los derechos de los pacientes», *El tiempo de los Derechos*, vol.1, 2020, p. 2018.

²⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María /NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, quienes denuncian «la posible utilización de la información genética para limitar el acceso a tratamientos médicos que se consideren muy probablemente fútiles en el caso de un paciente concreto. Imaginemos que un algoritmo de predicción augura (con un alto índice de certeza, pero no con certeza absoluta) que una terapia concreta será ineficaz en el caso de un paciente concreto. ¿Estaríamos legitimados para negarle ese tratamiento sobre la base de las conclusiones extraídas del uso de sus datos genéticos? ¿O hemos de entender que ello supondría una forma de exclusión o de discriminación?», *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial en medicina personalizada*, op. cit., p. 71.

²⁸ La prohibición de cualquier práctica discriminatoria en la prestación sanitaria encuentra ya su reconocimiento normativo en el apartado 2 del art. 3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad cuando dispone: «La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva».

especializada²⁹, sino distintos documentos³⁰ que advierten del importante foco discriminatorio que puede suponer que los operadores del sistema lo nutran con datos que no sean inclusivos, esto es, representativos de todos los sectores de población.

Como se anunciaba, no son, desde luego, los anteriores los únicos riesgos asociados al almacenamiento de una ingente cantidad de datos. La misma preocupación se plantea en relación con la eventual quiebra de la privacidad del paciente, que puede ser comprometida no sólo desde el punto de vista de su clásica dimensión individual, sino también, como se ha advertido en la literatura, de su dimensión grupal³¹. Esta última sería, en realidad, una reinterpretación de aquella, desde el momento en que el almacenamiento masivo de datos que identifican a un grupo da paso a una nueva dimensión del clásico derecho a la privacidad, que tomaría entonces por base las características del colectivo. Bastaría pensar, por ejemplo, en el caso de que el desarrollo de una determinada enfermedad se asociara a un grupo de población, con su consiguiente exposición a las consecuencias que se derivasen del conocimiento del dato. Como sea, y dejando a un lado esta faceta, que en la actualidad no pasa de ser un concepto emergente sin respaldo normativo, resulta incuestionable la

²⁹ La existencia de sesgos en este tipo de sistemas se presenta como uno de sus mayores hándicaps, habiéndose detectado tres tipos en atención a su origen: los preexistentes, los técnicos y los emergentes. Sobre ellos puede verse LACÓZ MORATINOS, Guillermo, «Inteligencia artificial, sesgos y salud: dilemas en torno a la propuesta de Reglamento AIA», *Inteligencia artificial y Bioética* (ed. Lit. Amo Usanos, Rafael) Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2023, p. 184. Entre otros, sobre el riesgo de discriminación, DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, MURSULI YANES, Yenifer, «Sesgos, IA y Biomedicina: un comentario desde la ética y el Derecho», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 59, julio-diciembre 2023, pp. 129 ss; 134 ss.

³⁰ Es el caso de las Directrices éticas para una IA confiable, disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (última consulta: 8 de julio de 2025). Conforme a su punto 44: «En el contexto de la IA, la igualdad implica que el funcionamiento de este tipo de sistemas no debe generar resultados injustamente sesgados (por ejemplo, los datos utilizados para la formación de los sistemas de IA deben ser lo más inclusivos posibles, de forma que estén representados los diferentes grupos de población). Esto también requiere un adecuado respeto de las personas y grupos potencialmente vulnerables, como los trabajadores, las mujeres, las personas con discapacidad, las minorías étnicas, los niños, los consumidores u otras personas en riesgo de exclusión». Véanse también al respecto las Recomendaciones Sectoriales sobre Inteligencia Artificial (IA) presentadas el 23 de julio de 2020 por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (GEAB IA), disponible en: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document/ai-hleg-sectoral-considerations-policy-and-investment-recommendations-trustworthy-ai> (última consulta: 20 de agosto de 2025).

Véase también el Considerando 94 del Reglamento 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre, relativo a un mercado único en Servicios Digitales, así como el *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial: un enfoque europeo de la excelencia y la confianza*, publicado el 19 de febrero de 2019.

³¹ Sobre los aspectos de esta nueva dimensión véase, entre otros, LAUKYTE, Mígla, «Privacidad e inteligencia artificial: cambios e incertidumbres», *Inteligencia artificial y Bioética* (ed. lit. Amo Usanos, Rafael), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2023, pp. 138 ss; COTINO HUESO, Lorenzo, «Nuevo paradigma en la garantía de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial», *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas* (dir. Cotino Hueso, Lorenzo), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2022, pp. 86 ss.

eventual vulnerabilidad en este ámbito del clásico derecho a la privacidad. Esta encuentra su germen en el riesgo de la identificación del paciente cuyos datos ha sido introducidos en el sistema a partir de un proceso de asociación. Ciertamente es que se trata de información tratada con garantías iniciales de preservación de la identidad del titular, destacando entre ellas la seudonimización, contemplada como medida garantizadora del anonimato en el RGPD, que permite una disociación reversible de los datos y su titular. Definida en su art. 4.5 como «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable», el Reglamento la contempla como medio de protección de datos en la fase de diseño (art. 25), así como en lo relativo al tratamiento de los datos personales almacenados (art. 32).

No obstante, pese a que el uso de tal técnica se presenta como una importante garantía de anonimato frente a la fragilidad del simple almacenamiento de datos³², la doctrina así como distintos documentos³³ han puesto sobre el tapete el riesgo nada despreciable que para la preservación de la privacidad supone el carácter potencialmente reversible de la disociación de los datos, esto es, la posibilidad de volver a identificar a su titular conforme a la referida técnica de *seudonimización*³⁴, con la consecuencia adicional de que a él se asocie no sólo la información explícitamente contenida en los datos de que dispone el sistema, sino también otros deducibles de modo implícito de aque-

³² Un ejemplo práctico lo ofrece la plataforma de análisis genético *23andMe*, que en 2007 inició la venta de kits para análisis genéticos. Mediante una simple muestra de saliva es capaz de ofrecer información, entre otros aspectos, sobre los riesgos genéticos de padecer determinadas enfermedades. En 2023 fue objeto de un ataque informático que dejó al descubierto una importante brecha de seguridad del sistema. Los hackers accedieron a la información genética de los usuarios y en general a todos sus datos personales. Sobre las carencias detectadas en la seguridad del sistema, puede verse el Informe conjunto de los Comisionados de Privacidad de Canadá y Reino Unido sobre *23andMe*, disponible en: <https://www.dlapiper.com/en-us/insights/publications/2025/06/compliance-recommendations-from-privacy-commissioners-report-on-23andme-data-breach> (última consulta: 12 de agosto de 2025).

³³ Entre ellos se cuenta el aprobado por la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) en marzo de 2022 *La adopción de técnicas de seudonimización. El caso del sector sanitario*, disponible en: <https://www.enisa.europa.eu/publications/deploying-pseudonymisation-techniques> (última consulta: 30 de julio de 2025).

³⁴ Sobre las diferencias con la anonimización, en la que no existen datos adicionales del interesado de modo que es un procedimiento «razonablemente irreversible», se ocupa el considerando 26 del Reglamento, ciñendo el ámbito de aplicación del Reglamento a aquellos otros datos. Un estudio de estas previsiones puede verse en ROMEO CASABONA, Carlos María, quien se ocupa ampliamente de las posibilidades de reversibilidad conforme a una y otra técnica, «Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del *big data* aplicada a la salud», *op. cit.*, pp. 108 ss. Sobre el riesgo de reidentificación véase también ROMEO CASABONA, Carlos María, /NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial en medicina personalizada*, *op. cit.*, pp. 33 ss.

lla información de partida³⁵. De hecho, la Disposición Adicional Decimoséptima de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, relativa al tratamiento de datos personales en el ámbito de la investigación en salud pública y biomédica, contempla la posibilidad de que pueda «procederse a la reidentificación de los datos en su origen, cuando con motivo de una investigación que utilice datos seudonimizados, se aprecie la existencia de un peligro real y concreto para la seguridad o salud de una persona o grupo de personas, o una amenaza grave para sus derechos o sea necesaria para garantizar una adecuada asistencia sanitaria».

Se trata, en definitiva, de un riesgo que, al igual que sucede con los anteriormente descritos, representa un desafío consustancial al empleo de estos sistemas. No es por ello de extrañar que las únicas medidas que puedan proponerse no se orienten, por su imposibilidad, a la eliminación de tales focos de peligro como tal, sino al trazo de las condiciones bajo las cuales pueda considerarse admisible. Básicamente, se trata, además de garantizar la adopción de una serie de medidas organizativas y técnicas para garantizar la seguridad de los datos³⁶, de la exigencia de contar con un consentimiento reforzado del paciente, comprensivo no sólo del asentimiento en el riesgo de la reidentificación, sino también de la eventual obtención de información adicional a la contenida en los datos³⁷. Sólo rodeado de tales garantías, los riesgos descritos podrán considerarse permitidos.

³⁵ De este riesgo advierten ROMEO CASABONA, Carlos María/LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, en tanto que el titular de los datos pudiera quedar identificado a partir del cruce de datos anónimos o seudonimizados con otros personales, «Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?, *op. cit.*, pp. 146 ss.

³⁶ A la adopción de estas y otras medidas adicionales se refiere ya el Considerando 28 RGPD, cuando señala que la seudonimización es solo una medida para reducir los riesgos de quiebra de la privacidad, sin excluir la adopción de otras. Ya en el articulado del texto, la adopción de medidas técnicas y organizativas adicionales a la seudonimización se contempla en el art. 25. Entre las medidas técnicas pueden incluirse, entre otras, las relativas al control de acceso, el cifrado de extremo a extremo, o la adopción de técnicas de auditorías que evalúen el nivel de riesgo para garantizar la privacidad del sistema en cuestión. Entre las medidas organizativas podría mencionarse la creación de comités de ética y protección de la privacidad con funciones de supervisión del uso de datos almacenados con fines de IA aplicada a la salud o el diseño de auditorías externas e internas que identifiquen posibles riesgos o quiebras de la privacidad. Véase al respecto la Guía para profesionales del sector sanitario de la Agencia Española de Protección de Datos, revisión de 2024, disponible en: www.aepd.es (última consulta: 1 de septiembre de 2025), pp. 14 ss.

³⁷ Entre otros, BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, «Riesgos para la privacidad en la aplicación de la inteligencia artificial al ámbito biosanitario. Implicaciones éticas y legales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 56, 2022, pp. 253 ss.

137. SANAR LA HERIDA DIGITAL: CAMINOS RESTAURATIVOS FRENTE A LA MISERIA MORAL EN REDES ¹

ÍÑIGO GORDON BENITO ²

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Euskal Herriko Unibertsitatea-Universidad del País Vasco (EHU/UPV)

I. INTRODUCCIÓN

El odio con base prejuiciosa hacia características identitarias esenciales o inalterables de una persona constituye una manifestación persistente y transversal en múltiples capas de la vida social. El ciberespacio, lejos de ser un entorno neutral o ajeno a las estructuras sociales, actúa como un microcosmos donde se reproducen –y en ocasiones se intensifican– las formas de violencia simbólica, exclusión y hostilidad que caracterizan a la sociedad con-

¹ Esta publicación se incardina en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i «*Prisión y derechos fundamentales: hacia un modelo para el siglo XXI*» (PID2024-156089NB-I00) del Plan Nacional, siendo financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Euskal Herriko Unibertsitatea-Universidad del País Vasco (EHU/UPV). Véase, con mayor amplitud, GORDON BENITO, I., «El conflicto digital como pretexto para abrazar una forma de vida restaurativa. El poder transformador del encuentro para prevenir y resignificar el odio en internet», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 44 (en prensa).

² Quisiera dejar constancia de mi más sincero agradecimiento al aquí homenajeado, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Luis de la Cuesta Arzamendi, quien, con la generosidad y el rigor que siempre lo han caracterizado, presidió la comisión evaluadora que emitió el acta de propuesta de provisión de la plaza que actualmente ocupo en esta universidad. El concurso-oposición tuvo lugar el 30 de enero de 2024 en Donostia (Gipuzkoa), y su presencia en ese momento tan decisivo para mi trayectoria profesional fue, y sigue siendo, motivo de gratitud y admiración profunda. Me honra poder rendirle homenaje en estas páginas, con el mismo respeto y afecto con que él ha acompañado tantas vocaciones académicas a lo largo de los años.

temporánea. A este respecto, son fundamentalmente dos las tensiones estructurales más importantes que explican los grandes desafíos del presente. Por un lado, la invisibilización que supone la infradenuncia. Por otro lado, el riesgo de la sobrereacción penal ante el discurso extremo, tanto en clave extensiva (castigando un abanico cada vez más amplio de conductas) como intensiva (endureciendo las penas). No obstante, este estudio opta por no abordar la problemática de la infradenuncia³, a fin de enfocarse en el segundo eje de tensión apuntado.

Ahora bien, frente al riesgo de la sobrereacción penal, resulta de especial interés considerar aquellas iniciativas antididio que complementan o se plantean como alternativas a las penas tradicionales. El castigo y el encarcelamiento pueden ser métodos no solo ineficaces, sino carentes de sentido o incluso contraproducentes para corregir las raíces profundas de los prejuicios arraigados en una sociedad. En los albores del s. XXI, autoras como Shenk propusieron la mediación entre víctima y agresor como método complementario –que no sustitutivo– para la resolución de casos de odio, reconociendo la gravedad intrínseca de los mismos⁴. Hoy por hoy, soluciones como la mediación pueden tener más y mejores razones para inmiscuirse en un conflicto que nace o toma cuerpo en el ciberespacio (violencia digital), sin necesidad de tener que complementar un proceso judicial ya incoado. No es casual que, en el año 2015, dentro del marco regional europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobara un informe⁵ y una resolución⁶ posterior abogando abiertamente por la mediación como método eficaz para la resolución de conflictos relacionados con el odio en Internet. Según se dice, la mediación es una técnica de resolución de conflictos que pondría punto final a una agresión verbal en la red, muchas veces «gratuita». Curiosamente, estas agresiones verbales podrían resolverse fácilmente acu-

³ Aun así, es fundamental que las víctimas de delitos cibernéticos presenten denuncia, ya que al hacerlo se activan mecanismos legales y judiciales que permiten investigar, sancionar y prevenir delitos. Además, el aumento en el número de denuncias permite visibilizar el problema, lo que facilita una comprensión más profunda del mismo por parte de la sociedad y de la Administración de Justicia. En definitiva, denunciar no solo protege a la víctima, sino que también refuerza la capacidad de respuesta institucional y eleva la conciencia colectiva sobre los riesgos asociados al cibercrimen. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./PÉREZ MACHÍO, A.I., «Ciberdelinquentes y cibervíctimas», en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.), *Derecho Penal informático*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 118.

⁴ SHENK, A.H., «Victim-offender mediation: the road to repairing hate crime injustice», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 17(1), 2001, *passim*.

⁵ Consejo de Europa, *Report. Recognising and preventing neo-racism (Committee on Equality and Non-Discrimination Rapporteur: Ms Milena SANTERINI, Italy, Socialist Group). Parliamentary Assembly (Doc. 13809)*, 2015, apdos. 40-41.

⁶ Consejo de Europa, *Resolution 2069. Recognising and preventing neo-racism. Text adopted by the Assembly on 26 June 2015 (27th Sitting)*, 2015, apdo. 6.6.2.

diendo al mismo recurso: el diálogo (restaurativo). Allí donde no ha habido contacto directo entre autor y agraviado es donde cobra más sentido e interés este tipo de encuentros, bajo la batuta de un tercero que medie entre partes (mediador). Se ofrece la oportunidad al autor de comprender el alcance y el impacto de su acción, haciendo evidente y reconocible la entidad corpórea de la víctima detrás de cada ordenador o dispositivo móvil. La deshumanización del individuo muchas veces acaba cuando se conoce de cerca ese componente humano⁷. En resumen, el reconocimiento mutuo de la corporeidad y humanidad del otro resulta liberador al permitir deshacernos del corsé de los prejuicios sociales infundados.

Del mismo modo, preguntas del estilo «¿por qué yo?» de la víctima al agresor suelen ser recurrentes en encuentros restaurativos. Según señalan Sherman *et al.* las víctimas aparentemente encuentran tranquilidad o alivio «casi siempre» cuando su agresor admite que no las seleccionó a ellas en concreto por una causa específica, sino más bien como una mera coincidencia entre agresor y víctima en el espacio-tiempo⁸. El problema del ciberespacio es que no hay un único espacio o tiempo, sino que puede haber infinitud de ellos, lo que lleva a que las posibilidades de coincidencia entre agresor y víctima aleatoria sean muchas y ocurran constantemente. Además, lo que ocurre en la criminalidad por odio es que, si bien muchas veces la víctima es azarosa (con la notable excepción de los delitos de odio por razón de género, que muchas veces ocurren en el marco de una relación de pareja), es una víctima que responde a unas características identitarias particulares. Ello no evita que podamos seguir hablando de víctima aleatoria, ya que cualquiera que presentara (o pareciera presentar a ojos de autor) ciertos rasgos –por ejemplo, fenotípicos– pudiera haber sido la próxima, pero sin duda estamos ante una problemática más compleja que la que nos trasladan los autores recién mencionados, que ni estaban refiriéndose a la cibercriminalidad ni a los delitos de odio en particular.

La implementación de encuentros restaurativos en este ámbito enfrenta ciertas reticencias⁹, principalmente debido a la sensibilidad que requiere ma-

⁷ En esta línea, véase también MILITELLO, E., «Restorative Justice and social conflicts: a focus on the issue of hate incidents», en Grandi, G./Grigoletto, S. (eds.), *Restorative approach and social innovation: from theoretical grounds to sustainable practices*, Padova University Press, Padua, 2019, p. 91.

⁸ SHERMAN, L.W. *et al.*, «Effects of face-to-face restorative justice on victims of crime in four randomized, controlled trials», *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 1, 2005, p. 369.

⁹ Por ejemplo, en el Reino Unido, las directrices u orientaciones prácticas generales para la fase previa a la determinación de la pena (*pre-sentence guidelines*) señalan que la justicia restaurativa resulta adecuada para cualquier delito. No obstante, por regla general, no debe emplearse en casos de delitos de odio, a menos que la víctima lo solicite y se cuente con facilitadores con la experiencia y las habilidades pertinentes. Ministry of Justice, *Pre-sentence restorative justice (RJ)*, UK Government, 2014, p. 7.

nejas las diferencias de poder percibidas entre las partes involucradas (grupo social mayoritario [agresor] vs. colectivo vulnerable [víctima]) y a la presencia de pensamientos polarizados que perpetúan la lógica del nosotros-ellos¹⁰.

En lo sucesivo, nos valdremos de un estudio de caso con una doble finalidad. En primer lugar, avanzar en la delimitación del umbral penal del discurso de odio en entornos digitales. En segundo lugar, hacerlo desde la convicción de que la perspectiva restaurativa ofrece valiosas posibilidades para abordar y transformar las representaciones culturales que subyacen a este tipo de conductas cargadas de miseria moral y odio simbólico en la red.

II. EL CASO LORCA DESDE UN ENFOQUE PUNITIVO

1. Relato de los hechos y derivación a la justicia ordinaria

El acusado, natural de Asturias, mayor de edad y sin antecedentes penales, publicó en su cuenta personal de la red social Twitter (hoy conocida como X), bajo el seudónimo *@DiegoCeltibero*, un mensaje con tintes homófobos. En concreto, el acusado fue denunciado únicamente por un tuit del 30 de octubre de 2014 que rezaba lo siguiente: «El asesinato de Federico García Lorca está justificado desde el minuto 1 por maricón. He dicho!!».

El *Front d'Alliberament Gai de Catalunya* (FAGC) advirtió a la Generalitat sobre el contenido de este mensaje mediante un correo electrónico amparándose en la nueva Ley contra la LGTBFobia (2014)¹¹. A través de un escrito procedente del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat de Catalunya, se puso este caso en conocimiento de la Fiscalía Provincial de Barcelona. El fiscal especial para delitos de odio y discriminación en Catalunya acordó la apertura de diligencias de investigación. El autor del tuit podría estar defendiendo que todos los homosexuales merecerían ser asesinados (o fusilados, como lo fue el poeta) por el mero hecho de serlo. Al parecer, el resto de expresiones provenientes de la misma cuenta de Twitter fueron halladas «fortuitamente» durante el transcurso de la investigación abierta. En este caso,

¹⁰ Cabe aclarar que, en la justicia restaurativa, no suele haber ni se busca la igualdad de poder entre víctima y agresor. La mediación, como técnica específica dentro del enfoque restaurativo, procura facilitar el diálogo respetando los roles de cada parte y la bilateralidad, sin que ello implique igualdad de poder. Esto la distingue de otros procedimientos de mediación fuera de ese enfoque, donde sí rige el principio de igualdad entre partes.

¹¹ Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

se trataba de mensajes sobre supremacismo racial blanco y nacionalismo español extremo¹².

La Fiscalía del Principado de Asturias, tomando el control de las actuaciones, solicitó en marzo de 2018 dos años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses a razón de 10 euros diarios (2.700 euros). En concreto, la Fiscalía consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de discurso de odio del art. 510.1 CP (redacción anterior a 2015) del Código Penal, por la difusión de mensajes de carácter homófobo, racista y xenófobo a través de Twitter. La defensa del acusado, disconforme con lo anterior, alegó en su escrito de defensa que su cliente no habría incurrido en infracción penal alguna, toda vez que, al momento de los hechos, la conducta no sería constitutiva de un delito del art. 510 CP, interesando así su libre absolución. La vista oral se señaló para el 17 de septiembre de 2018, en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Avilés.

2. Del fallo condenatorio a la sentencia absolutoria

El juez de primera instancia entendió que no cabía la menor duda de que estábamos ante una conducta que tendría fácil encaje en el tipo penal que es objeto de acusación (art. 510 CP): «Nos encontramos ya aquí con una verdadera provocación o incitación directa, no solo a la discriminación o al odio (...), sino a la violencia física contra un grupo determinado –los homosexuales–, y ello únicamente por razón de su orientación sexual. Y es que es evidente que la conducta del acusado al publicar dicho texto tenía como única finalidad crear en otros la voluntad de realizar actos de violencia, discriminación, odio u hostiles hacia los homosexuales, como grupo social víctima de tales conductas» (Sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 2 de Avilés 110/2018, de 20 de septiembre, FJ 6). El juez resuelve condenar al acusado porque su tuit «(...) está implícitamente defendiendo que todos los homosexuales merecen ser asesinados (o fusilados, como lo fue García Lorca) por el mero hecho de serlo» (FJ 6).

¹² El 4 de noviembre de 2014, bajo la imagen de la película *La naranja mecánica* (1971), de Stanley Kubrick, publicó el siguiente texto: «*guarro que veo, guarro que apaleo*». El 7 de octubre de 2014 publicó una imagen de Adolf Hitler con unos niños con el texto: «*Veis eso niños? Es un guarro!*». El 13 de septiembre de 2014 publicó la frase «*mi pasado, mi presente, mi futuro, MI RAZA*», con una fotografía de una pareja con un niño en brazos en donde puede leerse la palabra «ARYANISM» y el texto «AMA A TU RAZA». El 12 de septiembre de 2014 publicó la frase «*LOS ESPAÑOLES PRIMERO. ROJOS NO, GRACIAS. ¡VIVA ESPAÑA!*».

Sin que se pretenda entrar al detalle sobre la diferente redacción del art. 510 CP previa (aplicable al caso Lorca) y posterior a la LO 1/2015¹³, está claro que el autor del tuit no actuó contra Lorca por el mero hecho de serlo, sino por su condición de homosexual. Por tanto, podría hablarse de un potencial teórico de afectación supraindividual; es decir, se utiliza a una persona como «representante» de un colectivo. En realidad, lo que hace decaer la posibilidad de que ese tuit sea penalmente relevante es la (nula) peligrosidad del discurso.

Para corroborar este extremo, es necesario recurrir al test de la peligrosidad del discurso (o Plan de Acción de Rabat) de la ONU¹⁴, un instrumento interpretativo útil que insta a los Estados a interpretar el discurso de odio en un contexto determinado. No es suficiente con aplicar la ley de forma mecánica, sino que hay que analizar cada caso en su contexto específico y aplicar una serie de criterios o parámetros de manera rigurosa para determinar si un discurso de odio puede llegar a ser penalmente relevante; es decir, si realmente representa un riesgo grave para los derechos de otras personas o para la convivencia democrática. Para ello, se deben analizar diversos factores o parámetros: 1) contexto en el que se emite el discurso; 2) influencia de la persona que lo emite; 3) tono y contenido del lenguaje utilizado; 4) contexto de los comentarios concretos; 5) medio o canal por el que se difunde; y 6) perfil del público receptor (la audiencia).

A la luz de los parámetros expuestos, resulta evidente que la conducta del acusado en el caso Lorca no debiere ser calificada como un discurso de odio penalmente relevante. Que se sepa, sus comentarios no se enmarcan en un contexto de tensiones sociales significativas, carece de capacidad de influencia sobre terceros, no es una figura pública o referente social y, además, contaba con escasos seguidores en Twitter. Asimismo, no concurre en nuestra sociedad circunstancias que permitan considerar que las personas homosexuales se encuentran en una situación de riesgo serio e inminente¹⁵. En consecuencia, incluso aunque no fuera un episodio aislado, lo cierto es que dichos mensajes carecen de peligrosidad o riesgo suficiente, ni tienen la capacidad de mover voluntades hacia una la agresión colectiva.

¹³ La redacción del art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015, delito por el cual se formula acusación, era la siguiente: «*Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*».

¹⁴ Naciones Unidas, *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Addendum. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred (A/HRC/22/17/Add.4)*, 2013.

¹⁵ Entiéndase esto no como una realidad que ha de existir previamente, sino como un elemento contextual más para valorar la aptitud del discurso para generar peligro.

Todo parece indicar que el juez interpretó que el mero rechazo social amplio y generalizado que merecía el tuit era suficiente para subsumir la conducta en el tipo penal. Sin embargo, tal valoración, en ausencia de otros elementos que acrediten la peligrosidad del discurso, debería haber conducido a la absolución del acusado. Precisamente eso fue lo que ocurrió tras estimarse el recurso de apelación interpuesto. La SAP de Oviedo núm. 495/2018, de 26 de noviembre, entiende que, por repulsivo que sea el tuit y por más rechazo social que genere, no puede acudirse al art. 510 CP como solución¹⁶. La resolución corrige el sentido del fallo inicial.

No obstante, quizás se corrija solo en parte el hecho de haber puesto en el centro de la diana judicial al autor del tuit. En nuestra opinión, conviene poner sobre la mesa una reflexión adicional sobre el hecho de adoptar un enfoque estrictamente punitivo frente al autor de un tuit homófobo. El mensaje de rechazo social de ciertos discursos en forma de castigo puede percibirse como una forma de censura legal que humilla o avergüenza públicamente al infractor por lo que es o piensa, pudiendo ser una estrategia contraproducente. El sentimiento de vergüenza puede provocar el efecto contrario al deseado, ya que lejos de invitar a la reflexión o al arrepentimiento puede actuar como catalizador de una reafirmación ideológica aún más radical. El castigo o la amenaza de castigo no desarticula un ideario extremista, sino que puede reforzar tales convicciones. El condenado, quien también ha sufrido la pena de banquillo, puede ver reforzada su percepción de persecución o martirio.

III. EL CASO LORCA DESDE UN ENFOQUE RESTAURATIVO

1. Vivir con ello o el desafío de integrar la huella del odio en la propia identidad

Partiendo de que la experiencia de cada víctima es única e intransferible, resulta necesario comprender el trasfondo de la victimización por odio, procurando que el lector se acerque a captar, aunque sea mínimamente, la experien-

¹⁶ El razonamiento de la AP de Oviedo es el que sigue: «*El hecho probado no refiere ninguna acción ejecutada susceptible de ser considerada como una incitación directa a la comisión de actos concretados en el ataque al colectivo, no pasando de ser una opinión condescendiente con comportamientos violentos antecedentes pero aparentemente indiferente respecto a iniciativas de esa jaez que pudieran estimularse reactivamente con la publicación del tuit. Una cosa es que la opinión exteriorizada sugiera que el autor odia al grupo y otra diferente que, para el fin de la respuesta penal, incite, estimule o instigue directamente la ejecución contra el grupo de conductas delictivas, agresivas o peligrosas, y esto no se observa con la publicación criminalizada*» (SAP de Oviedo núm. 495/2018, de 26 de noviembre, FJ 2).

cia de vida que subyace. Al emplear el término «vida», nos referimos a dejar una marca que se convierte en un componente inescindible de la identidad de una persona, modificando su esencia de manera permanente. Esta idea puede ser bien aprehendida a través de unas breves palabras de Manzoor-Khan, quien habla desde la experiencia propia: «La islamofobia altera nuestras fisiologías a través del trauma, vive en nuestro sistema nervioso, nos vuelve hipervigilantes y temerosos. No puedo escribir (...) «fuera» de la islamofobia porque vivo dentro de ella»¹⁷. Procedamos a realizar ahora un ejercicio de sustitución de la palabra *islamofobia* por racismo, homofobia o transfobia. El trasfondo de la experiencia humana descrita no experimenta variación alguna, por lo que la nueva frase mantiene su validez. Cuando se menoscaba una o varias de las características intrínsecas al núcleo identitario de un individuo (etnia, raza, religión, orientación sexual, entre otras), se genera un impacto significativo en la autopercepción, llevando a una definición de sí mismo fundamentada en prejuicios profundamente arraigados. Esta experiencia deja una huella perdurable en la víctima, condicionando su percepción del mundo. La única alternativa parece ser la de «vivir con ello». No obstante, para poder mitigar los aspectos negativos de esa expresión recién referida y potenciar los positivos, adquiere protagonismo la conocida como dimensión terapéutica de los procesos restaurativos¹⁸. La idea detrás de esta dimensión no es la de ocultar el daño causado, sino la de promover un cambio en el que se minimice y pueda la víctima encajar el daño en su vida, de tal forma que resignifique lo sucedido y no sea limitante. No se trata de «pasar página», sino más bien de paliar su impacto psicológico y emocional para sobrellevarlo. Una vez más, nos referimos a «vivir con ello», pero desde una perspectiva menos dolorosa, en la que el dolor no anule la oportunidad de reconstruirse desde lo sucedido.

Volviendo al relato de Manzoor-Khan, se señala acertadamente que los crímenes de odio no son tanto la causa, sino más bien un síntoma de la islamofobia¹⁹. Según entendemos, debemos centrar la atención en las experiencias cotidianas²⁰ e invisibles que afectan a las personas pertenecientes a determina-

¹⁷ MANZOOR-KHAN, S., *Enredados en el terror. Cómo acabar con la islamofobia*, Bellaterra Edicions, Manresa, 2024, p. 35.

¹⁸ En detalle, véase VARONA MARTÍNEZ, G., «Conversaciones emancipadoras tras el fuego: voces de esperanza en tiempos de odio», en Vinagre González, A.M./Aguilar Cárceles, M.M./Soto Castro, J.E. (dirs.), *Delitos de odio. Un abordaje multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 345-349.

¹⁹ MANZOOR-KHAN, S., *Enredados... op. cit.*, p. 38.

²⁰ El término *cotidianeidad* alude aquí a experiencias ordinarias y recurrentes de la vida diaria. No obstante, DEL RÍO PEREDA destaca una forma particular de cotidianeidad en la que víctimas y agresores mantienen vínculos previos o se conocen de vista, ya sea por vecindad o por relaciones cotidianas como la atención dispensada en un pequeño comercio local. En estos entornos, es común que los conflictos adopten formas de baja intensidad –como el abuso verbal denigratorio reiterado– que, aunque sutiles,

dos colectivos (dificultad para acceder a la vivienda, gestos o expresiones de rechazo social, etc.). Si se nos permite el símil bélico, el combate está precisamente ahí, esa es la batalla que hay que librar y que no se está librando lo suficiente. La solución pasa por la prevención, y busca evitar una escalada de tensiones intergrupales (disputas o conflictos de mayor calado). Según la autora, lo cual suscribimos plenamente, «la única manera en que podemos acabar con la islamofobia es sembrando las semillas de otro mundo»²¹. A nuestro juicio, las leyes penales resultan altamente ineficaces para lograr mayores cotas de igualdad, justicia social y convivencia cívica. La fórmula adecuada pasa por el reconocimiento del daño causado y establecer un diálogo que involucre no solo a las partes que dieron origen al microconflicto, sino también a comunidades más amplias, tanto entre los agresores como entre las víctimas. En otro orden de ideas, la escalada de intolerancia y agresiones verbales puede prevenirse eficazmente mediante acciones que tengan lugar en los mismos márgenes –si no directamente fuera– del sistema de justicia penal, a través de prácticas restaurativas²².

La justicia restaurativa, desde la «excusa» del incidente de odio, debe ir sentando las bases que permitan un cambio profundo y duradero en la forma de ser y de estar en el mundo. La apuesta de la vía restaurativa debe ser la de un cambio que impregne todos los aspectos de la vida del agresor. A ello apunta Militello cuando se refiere a abrazar una forma de vida restaurativa (*restorative living*). En efecto, un enfoque restaurativo podrá aplicarse ante situaciones cotidianas mínimamente conflictivas en las que un individuo se debata ante varias opciones alternativas. La elección que se tome, a veces reprimiendo los impulsos más primarios, será un factor que influya en su comportamiento y que afecte a la manera de enfrentar los obstáculos de la vida²³.

De hecho, los procesos restaurativos se sustentan en la consecución de una mentalidad orientada al crecimiento personal y al aprendizaje²⁴. Suponen una esperanza de cambio capaz de establecer anclajes o vínculos más sólidos con valores sociales y humanistas, basados en el compromiso tanto individual

impactan de forma significativa en la convivencia. Es precisamente en ese entramado cotidiano donde la justicia restaurativa despliega todo su potencial, abriendo posibilidades reales para incidir en las representaciones culturales que subyacen a la criminalidad por odio. Véase DEL RÍO PEREDA, M., «Justicia restaurativa como modelo de gestión de delitos de odio en el marco de la convivencia», en Izaola Argüeso, A. (coord.), *Euskadi es un refugio. Los derechos humanos y su universalidad ante los retos de acogida*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2022, pp. 249-250.

²¹ MANZOOR-KHAN, S., *Enredados...* op. cit., p. 30.

²² En este sentido, véase MILITELLO, E., «Restorative...», op. cit., p. 89.

²³ MILITELLO, E., «Restorative...», op. cit., p. 90.

²⁴ Sobre esta dimensión pedagógica, educativa o de aprendizaje de los procesos restaurativos, véase VARONA MARTÍNEZ, G., «Conversaciones...», op. cit., pp. 349-350.

como comunitario. Esta perspectiva encierra un potencial de mejora o fortalecimiento de las estrategias de afrontamiento y prevención de futuros incidentes: se busca reducir no solo su frecuencia, sino también su impacto.

2. La ecología invisible del odio

Tratando de plantear alternativas constructivas, el caso Lorca bien podría dirimirse dentro del marco de la justicia restaurativa. Si bien el daño parece ser colectivo, sin una víctima individual identificable, la justicia restaurativa puede adaptarse y considerar a la comunidad como víctima del agravio (víctima innominada, colectiva o simbólica). Ciertamente, habrá personas afectadas indirectamente o representantes del colectivo concernido, como serían los miembros del colectivo LGTBI o aquellos que representen asociaciones como el *Front d'Alliberament Gai de Catalunya* (FAGC), que podrán transmitir al autor del tuit el impacto emocional y simbólico que tuvieron sus palabras. En casos de discursos de odio, Del Río Pereda considera conveniente recurrir a organizaciones defensoras de los derechos del colectivo afectado como forma de representación de las víctimas, especialmente cuando estas no desean –o, cabría añadir, no pueden– participar de forma directa²⁵. Por otro lado, si bien no es imprescindible la presencia de una víctima directa, si es fundamental una intervención humana para recuperar la empatía perdida con la comunicación textual *online*. Dado que en estos casos no existe una víctima individual identificable o con la que el infractor pueda entablar diálogo, el objetivo no es tanto la reparación directa del daño causado, sino el reconocimiento de la responsabilidad por parte del infractor, la eventual atenuación de la pena y, sobre todo, la reafirmación del valor de la norma vulnerada, en consonancia con la función de prevención general positiva de la norma²⁶. En este tipo de supuestos, como sería el caso de los delitos de peligro abstracto (p. ej., delito de discurso de odio), más que una mediación penal en sentido estricto conviene referirnos al encuentro restaurativo²⁷.

²⁵ DEL RÍO PEREDA, M., «Justicia restaurativa...», *op. cit.*, p. 251.

²⁶ BARONA VILAR, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, Núm. 94, 2012, pp. 29-30. De la misma autora, más recientemente, véanse: BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. MASC y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 175-176; BARONA VILAR, S., «Pensar en justicia restaurativa. Estado de la cuestión de la mediación penal y en busca de otros instrumentos restaurativos», en Barona Vilar, S. (ed.), *Diálogos sobre justicia restaurativa. De la mediación penal y otros instrumentos restaurativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 68-70.

²⁷ Entre otros, véase ARANDA JURADO, M., *Justicia restaurativa y mediación penal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 429.

Más allá de que no exista un derecho formal reconocido como tal para que las víctimas colectivas accedan a los servicios de justicia restaurativa²⁸, lo interesante es observar si pueden tener acceso *de facto* a encuentros restaurativos. En este caso la respuesta debe ser afirmativa. De Luis García así lo entiende, y aboga por un concepto amplio de víctima para los delitos medioambientales (víctima ambiental), que en nuestro caso –y salvando las distancias– sería «víctima de odio» su equivalente. Esta autora sostiene incluso que, más allá de su participación en encuentros restaurativos, las víctimas ambientales sí podrían tener legitimación procesal –y actuar entonces como acusación particular– ya que, además de ser personas perjudicadas por el delito en cuestión, también podrían haber sufrido daños personales o patrimoniales individualizables que constituyan otros delitos (p. ej., lesiones imprudentes o daños)²⁹. Haciendo el oportuno paralelismo, en el caso del discurso de odio, y especialmente cuando éste se difunde en abierto y en términos abstractos (p. ej., un tuit homófobo dirigido contra todo un colectivo, aun siendo la figura de Lorca el «vehículo»), ¿no cabría preguntarse si también se está lesionando de forma indirecta el honor, la dignidad o la integridad moral de quienes se sienten aludidos? No se trataría de lesiones físicas o daños materiales, como en el contexto de un delito medioambiental, pero quizás sí de un tipo de afectación simbólica y emocional que, aunque difusa, no por ello le resta un ápice de realidad ni es menos digna de reconocimiento. En suma, se podría estar reproduciendo un patrón similar al de los delitos medioambientales: el daño se torna difuso, el perjuicio colectivo y –en teoría– existe una ausencia de legitimación procesal directa para quienes resultan afectados. Este debate está presente como telón de fondo, pero al objeto de nuestro estudio nos interesa apuntar aquí la posibilidad inequívoca de habilitar mecanismos restaurativos o participativos adecuados: conferencias o círculos restaurativos. El carácter viral y exponencial del odio en Internet lo convierte en un problema estructural, al igual que la degradación ambiental. Tanto el ciberodio como el ecocidio causan daños colectivos, difíciles de individualizar, con efectos duraderos en el tiempo y sobre generaciones futuras.

El odio en Internet degrada el tejido social y la confianza intersubjetiva (victimización difusa). En cierto modo, lo que está en juego es un «bien

²⁸ Nótese que los arts. 2 y 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito restringen el acceso a servicios de justicia restaurativa a las víctimas personas físicas, lo que impide que las víctimas colectivas gocen de este derecho.

²⁹ En detalle, véase DE LUIS GARCÍA, E., «Criminalidad ambiental y justicia restaurativa», en Barona Vilar, S. (ed.), *Diálogos sobre justicia restaurativa. De la mediación penal y otros instrumentos restaurativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 579-583.

medioambiental», entendido aquí como la atmósfera social que respiramos tanto dentro como fuera del ciberespacio. Así como la contaminación ambiental puede degradar el entorno físico y hacerlo tóxico o inhabitable, el discurso de odio tiene la capacidad de deteriorar el entorno social, volviéndolo hostil e inseguro. En esta línea, Waldron propone una poderosa analogía: el discurso de odio debe ser abordado atendiendo a las condiciones que permiten preservar una ecología social de respeto, dignidad y seguridad, y a las dinámicas mediante las cuales esa atmósfera puede contaminarse hasta volverse irrespirable³⁰.

Pues bien, al igual que se defiende para el ecocidio³¹, se trataría aquí de «cubrir las ausencias» dando voz a quienes no pueden (comunidades silenciadas) o prefieren no hacerlo (comunidades vulnerables), o incluso a quienes aún no existen pero les afectará más adelante (generaciones futuras de ciudadanos digitales). Para recomponer el ecosistema comunicativo digital, somos partidarios de ofrecer respuestas que vayan más allá del marco penal clásico y se orienten hacia soluciones colectivas, preventivas y restaurativas.

Por todo lo dicho, en lo que respecta a una eventual participación de familiares de Federico García Lorca, cabe notar que no existen descendientes directos, pero sí parientes del linaje de su hermana. La intervención de los mismos debería ser siempre voluntaria, cuidadosa y ética, evitando cualquier atisbo de instrumentalización. Como herederos simbólicos de su memoria, podrían transmitir el dolor causado. Precisamente, la Fundación Federico García Lorca –creada y gestionada por la familia del poeta– es una institución que también podría asumir un papel activo en representación de su legado, en tanto víctima por subrogación. En este caso, no existe óbice legal que impida la intervención por la vía extraprocesal (es decir, en un encuentro restaurativo) de entidades colectivas que defiendan intereses supraindividuales. Se trata de una vía flexible que no queda condicionada por una supuesta falta de legitimación procesal para actuar en juicio en defensa de tales intereses. Si bien la acusación popular no exige un interés directo ni la condición de víctima –pudiendo ser ejercida por una persona física o jurídica, incluso sin relación con los hechos–, no ocurre lo mismo con la acusación particular, que sí requiere legitimación activa específica. En esta línea, De Luis García sostiene que existiría base legal suficiente incluso para reconocer dicha legitimación activa a este tipo de entidades. Es decir,

³⁰ Sobre la analogía entre la contaminación ambiental (*environmental pollution*) y el discurso de odio (*hate speech*), véase WALDRON, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2012, pp. 96-97 y 117.

³¹ Sobre este particular, véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Ecocidio y justicia restaurativa», en Varona, G. (ed.), *Criminología verde: alternativas a la impunidad y al punitivismo ante los daños bio-socio-ecológicos*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 34-35.

no sólo sería factible su papel en un encuentro restaurativo extrajudicial, sino también su intervención con efectos jurídico-procesales. En particular, la autora propone una lectura flexible y generosa del art. 7.3 LOPJ, que establece que las leyes deben facilitar el acceso a la justicia de este tipo de asociaciones cuando actúan en defensa del interés general³². Siendo así, lo cierto es que la Fundación Federico García Lorca quizás podría llegar a intervenir en calidad de víctima simbólica o por subrogación en una hipotética mediación penal³³.

IV. CONCLUSIONES

Hay quien pudiera tildar de ingenua la idea de que la justicia restaurativa tenga un impacto real más allá de «solucionar» casos individuales de odio en Internet. Y no falta razón al señalar que esta filosofía, por sí sola, no tiene la capacidad real de revertir las profundas desigualdades estructurales que sostienen muchas formas de violencia³⁴. Sin embargo, reconocer esa limitación no debe hacernos perder de vista su potencial transformador a pequeña escala. Un encuentro restaurativo que deriva de un incidente de odio *online*, aunque parezca anecdótico o una solución menor, puede generar efectos duraderos: restituye la dignidad de la víctima, interpela al agresor y ofrece al entorno de este último una narrativa distinta al castigo. En un mundo interconectado en el que el odio se viraliza con pasmosa facilidad, también estas prácticas pueden difundirse, inspirar y generar eco en el ciberespacio. Puede que no cambie la mentalidad de amplios sectores de la población, al menos no de manera inmediata, pero sí podrían iniciarse transiciones culturales –a modo de rupturas simbólicas con el *statu quo*– que, acumuladas en el tiempo, empujen hacia transformaciones más amplias. En otras palabras, apostamos por resignificar el odio en la red, viéndolo como la expresión de un malestar social que, si se aborda adecuadamente (y, sobre todo, en origen), puede abrir la puerta a procesos de diálogo, a la acción ciudadana y a la transformación social. Muchas veces, especialmente cuando la visibilidad mediática acompaña, una pequeña acción puede mover engranajes inesperados que logran recuperar la esencia humana que creemos perdida.

³² DE LUIS GARCÍA, E., «Criminalidad ambiental...», *op. cit.*

³³ Y ello muy a pesar de que el Consejo General del Poder Judicial aclare que «*los delitos sin víctima, es decir, los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales, en principio, no podrían incluirse en la mediación por su propia naturaleza (...)*». CGPJ, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, CGPJ-Gabinete Técnico. Mediación, 2024, p. 158.

³⁴ Así lo hace notar DEL RÍO PEREDA, M., «Justicia restaurativa...», *op. cit.*, p. 251.

138. LA CULTURA COMO EJE TRATAMENTAL EN LOS PROCESOS DE REINSERCIÓN SOCIAL

CRISTINA GUIASOLA LERMA

Catedrática de Derecho Penal (Universidad de Valencia)

«Creemos en el poder de la cultura (en todas sus formas)
para escapar del bucle de delincuencia y el castigo»

(La voz que nadie escucha)

I. EL LEGADO HUMANISTA Y GARANTISTA EN LA EJECUCIÓN PENAL

¿Qué lugar ocupa hoy la cultura en la resocialización penitenciaria? Partiendo de dicho planteamiento, el presente trabajo se inscribe en el presente libro-homenaje al profesor José Luis de La Cuesta Arzamendi con motivo de su jubilación, pretendiendo dialogar de forma expresa con algunas de las líneas maestras de su pensamiento, en particular con su reflexión crítica sobre los fundamentos, límites y transformaciones del ideal resocializador en el Derecho Penal contemporáneo. Su obra ha contribuido de manera decisiva a consolidar una concepción humanista y garantista de la ejecución penal, firmemente anclada en la centralidad de la dignidad de la persona privada de libertad y en la necesidad de dotar de contenido material al mandato constitucional de resocialización. Desde su temprana tesis doctoral, «Confrontación teórico-legislativa del trabajo penitenciario resocializador» (1981), De la Cuesta puso de relieve las tensiones existentes entre los discursos normativos de la reinserción y las condiciones reales de cumplimiento de la pena privativa de libertad, anti-

cipando una mirada crítica que ha atravesado toda su producción científica posterior. En dicha obra, el trabajo penitenciario aparecía ya no solo como instrumento disciplinario o productivo, sino como un espacio potencial de reconstrucción subjetiva y de preparación para el retorno a la vida en libertad, siempre que se desarrollara en condiciones respetuosas con los derechos fundamentales. Esta preocupación por la efectividad real de los fines de la pena conecta con su defensa de modelos de ejecución penal abiertos a la intervención social, a la participación de la comunidad y a la incorporación de enfoques restaurativos. En este sentido, su pensamiento se sitúa en sintonía con las corrientes europeas de criminología crítica y con las recomendaciones emanadas de organismos internacionales, que abogan por superar modelos exclusivamente securitarios y por promover estrategias de reinserción basadas en la inclusión social.

Partiendo de este legado, el presente estudio analiza la progresiva incorporación de la cultura en el tratamiento penitenciario, poniendo de relieve su potencial como herramienta de intervención y de reintegración social. En concreto, se toma como punto de partida un trabajo previo centrado en el tratamiento penitenciario con perspectiva de género¹ para avanzar posteriormente hacia el examen de la cultura como dimensión tratamental emergente. Este enfoque se articula a partir del programa «Transita Cultura», desarrollado mediante la colaboración entre la Fundación Gabeiras, el Ministerio de Cultura e Instituciones Penitenciarias, que integra la cultura tanto en el ámbito intramuros como en las penas y medidas alternativas. El programa comprende, en particular, la incorporación de contenidos culturales en los centros penitenciarios, la formación en mediación y gestión cultural del personal penitenciario y la participación de las personas penadas en instituciones culturales del entorno comunitario.

II. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: FUNDAMENTOS Y NUEVOS HORIZONTES

La aplicación práctica del tratamiento penitenciario ha estado históricamente condicionada por un diseño institucional pensado fundamentalmente

¹ GUIASOLA LERMA, C.: «Una revisión del tratamiento penitenciario como instrumento del proceso de reinserción. La necesaria atención al enfoque de género» en *Cuadernos de Res Pública en derecho y criminología*, 2025.

para una población masculina mayoritaria, lo que ha generado importantes disfunciones en relación con las mujeres privadas de libertad.

En el proceso de evolución hacia la humanización de la pena y del tratamiento penitenciario resulta imprescindible destacar, un siglo después de Lardizábal, la figura de Concepción Arenal, cuyo pensamiento y práctica constituyen uno de los antecedentes más tempranos de la incorporación de una perspectiva de género en el ámbito penitenciario². Su conocida expresión —«la voz que nadie escucha»— sintetiza su sensibilidad hacia quienes permanecían invisibilizados por el sistema penal. En su labor como visitadora de prisiones, Arenal conoció de primera mano las durísimas condiciones en que se encontraban las mujeres privadas de libertad y defendió una reforma del sistema basada en la dignidad humana, atendiendo a las causas estructurales del delito, como la pobreza, la falta de educación o las experiencias de abuso. Esta línea humanizadora encontró una proyección institucional durante la Segunda República en la labor de Victoria Kent, quien, como directora general de Prisiones, impulsó reformas de profundo calado orientadas a mejorar las condiciones penitenciarias, con una atención específica a las mujeres reclusas. Kent situó la educación en el centro del proceso de reinserción, reforzando una concepción del sistema penitenciario que se alejaba de la lógica meramente punitiva para orientarse hacia la transformación personal y social.

En esa misma tradición de compromiso con una ejecución penal humanizada y sensible al género se inscribe, ya en la etapa contemporánea, la trayectoria de Manuela Carmena, quien, en su desempeño como jueza de vigilancia penitenciaria, profundizó en el tratamiento penitenciario desde una perspectiva centrada en los derechos y la dignidad de las personas privadas de libertad. Esta reflexión se recoge de forma especialmente significativa en sus memorias, «Imaginar la vida: cuatro décadas transformando lo público», donde evoca explícitamente la influencia de Arenal y Kent en su decisión de orientar su carrera hacia el ámbito penitenciario y en su propósito de convertir las cárceles en espacios de garantía de derechos y de reconstrucción de proyectos vitales.

La defensa de la igualdad de condiciones de las mujeres privadas de libertad en el acceso al trabajo y a la educación se ha incorporado progresivamente al marco de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok 2010) subrayan esta exigencia, instando a los Estados a desarrollar

² CERVELLÓ DONDERIS, V.: «Mujeres, prisión y no discriminación: del legado de Concepción Arenal a las Reglas de Bangkok» en *Estudios Penales y Criminológicos* 2021, p. 551.

políticas penitenciarias con enfoque de género que eviten la reproducción de estereotipos y favorezcan procesos efectivos de reinserción social.

Sin embargo, pese a estos avances en el ámbito internacional, la legislación penitenciaria española apenas contiene disposiciones específicas dirigidas a las mujeres y, salvo contadas excepciones, la mayoría se orienta a su protección en cuanto madres o a la salvaguarda de los derechos de los hijos que conviven con ellas³. Ello resulta especialmente problemático si se tiene en cuenta que la investigación criminológica ha evidenciado que las trayectorias vitales de muchas mujeres encarceladas se caracterizan por la concurrencia de factores de vulnerabilidad específicos⁴, como bajos niveles formativos, experiencias previas de violencia de género, exclusión social, precariedad económica, responsabilidades familiares no compartidas y una elevada prevalencia de adicciones y trastornos de salud mental, significativamente superior a la de los hombres.

Como desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) aprobó en 2009 el Programa de Acciones para la Igualdad de Mujeres y Hombres en el ámbito penitenciario. Dicho programa incorporó iniciativas específicas y transversales orientadas a afrontar los factores de especial vulnerabilidad que inciden en la criminalización de las mujeres, a erradicar las situaciones de discriminación por razón de género en el contexto penitenciario y a garantizar una atención integral a las mujeres privadas de libertad, con especial atención a la violencia de género y a sus consecuencias psíquicas, sanitarias y adictivas. Las dificultades en la implementación efectiva de estas medidas han tenido reflejo en la posterior evolución de las políticas penitenciarias. En este sentido, la SGIP dictó la Orden de Servicio 6/2021, de 22 de junio, sobre los Fundamentos para la implementación de la perspectiva de género en la ejecución penitenciaria, con el objetivo de reforzar y sistematizar su aplicación, señalando que debe atenderse de forma específica a las necesidades de las mujeres que estén en una situación de especial vulnerabilidad. Adicionalmente en 2022 se creó el Departamento de Igualdad dentro de la propia Secretaría General, al que se atribuye la coordinación y supervisión de las políticas de igualdad en los centros penitenciarios.

³ JUANATEY DORADO, C., «Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas (RECPC)*, 20-10, 2018.

⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Mujeres en prisión. Una población vulnerable», *The Conversation*, noviembre 2022; LAURENZO COPELLO, P., «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», *RECPC*, 2019; ACALE SÁNCHEZ, M., «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers*, n.2, 2017.

En suma, tal como se expone en el estudio elaborado por la SGIP en 2021, *La situación de la mujer privada de libertad en la institución penitenciaria*⁵, la experiencia del encarcelamiento femenino presenta rasgos sustancialmente distintos de la masculina, no solo por las diferentes trayectorias personales y sociales⁶ que caracterizan a ambos colectivos, sino también porque la propia estructura penitenciaria ha sido históricamente concebida desde parámetros masculinos.

Desde una perspectiva cuantitativa, el sistema penitenciario español evidencia un marcado carácter masculinizado: las mujeres representan en torno al 7 % de la población reclusa frente al 93 % de hombres, una proporción incluso superior a la media europea. Esta reducida presencia numérica ha condicionado tradicionalmente la configuración de los centros, los servicios y los itinerarios de tratamiento, existiendo únicamente un número muy limitado de establecimientos penitenciarios específicos para mujeres y de Unidades de Madres, teniendo en cuenta que aproximadamente el 88 % de las mujeres privadas de libertad son madres. Como consecuencia, la mayoría de las reclusas cumple condena en módulos integrados en prisiones masculinas, lo que dificulta una adecuada clasificación penitenciaria, la atención a sus necesidades específicas y el mantenimiento de los vínculos familiares. Desde esta constatación, la introducción de la perspectiva de género en el tratamiento penitenciario no responde únicamente a exigencias de igualdad formal, sino a la necesidad de garantizar una igualdad material en la ejecución de la pena.

En este contexto, la escasez histórica de datos oficiales sobre reincidencia con enfoque de género ha contribuido también a invisibilizar las particularidades del encarcelamiento femenino. No obstante, los estudios disponibles⁷ apuntan a tasas de reincidencia sensiblemente inferiores en mujeres respecto de los hombres, aunque asociadas a factores de riesgo específicos, especialmente el consumo de sustancias. Este dato refuerza la idea de que los itinerarios delictivos femeninos presentan características diferenciadas que exigen respuestas tratamentales adaptadas.

Sin embargo, y pese a este creciente reconocimiento de las especificidades del encarcelamiento femenino, los avances alcanzados no han logrado revertir

⁵ <https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/380742/733380/ESTUDIO+SOBRE+LA+M+UJER+PRIVADA+DE+LIBERTAD.pdf/62878f43-ad5d-ce08-74ef-5cf1b75ffb37>.

⁶ AGUILERA REIJA habla de una triple condena cuando la mujer entra en prisión: personal (porque al cometer el acto delictivo rompe con el rol asignado de esposa obediente y ejemplar) personal (por el desarraigo personal) y penitenciaria en: «Mujeres en prisión españolas» en *Revista de Estudios Penitenciarios* extra 2019, p 39 y ss.

⁷ MOLES-LÓPEZ, E., *Mujeres y reincidencia. Factores de protección y riesgo*, Tesis doctoral, 2021. CARAVACA SÁNCHEZ y GARCÍA-JARILLO: «Factores de riesgo asociados a la reincidencia entre el colectivo femenino penitenciario en España» en *Cuadernos de Medicina Forense*, vol. 23, 2017.

las desigualdades estructurales ya señaladas, derivadas del carácter históricamente masculinizado del sistema penitenciario, que continúa condicionando tanto la oferta de actividades como su adecuación a las necesidades reales de las mujeres internas. Si bien una parte significativa de las internas accede a la formación básica, su participación en talleres formativos y ocupacionales continúa siendo limitada y, en ocasiones, condicionada por estereotipos de género que reproducen roles tradicionales. En relación con los programas de tratamiento, se ha puesto de manifiesto una participación femenina limitada en intervenciones terapéuticas específicas, así como una insuficiente adecuación de muchos programas a las necesidades particulares de las mujeres privadas de libertad, especialmente en ámbitos como las adicciones, donde confluyen elevados niveles de trauma, experiencias previas de violencia y problemas de salud mental. Aunque en 2008 la SGIP diseñó el programa Ser Mujer, dirigido tanto a las mujeres que han vivido situaciones de violencia de género, como al resto, de forma preventiva para disminuir su vulnerabilidad, su implantación y alcance no fueron completos, lo que evidencia la necesidad de reforzar, ampliar y evaluar de forma sistemática este tipo de intervenciones. Asimismo, se ha puesto de relieve que, pese a la existencia de programas específicos ampliamente implantados en el sistema penitenciario dirigidos a agresores de violencia de género –como el PRIA–, las políticas tratamentales continúan orientándose de forma predominante hacia la población masculina, relegando a un segundo plano intervenciones integrales específicamente diseñadas para atender las necesidades de las mujeres privadas de libertad. Estas carencias evidencian la necesidad de ampliar la concepción de la ejecución penal hacia enfoques holísticos, capaces de incorporar dimensiones tradicionalmente secundarizadas, como la cultura y la participación comunitaria, como componentes estructurales del proceso de reeducación y reinserción social.

III. AMPLIANDO LA MIRADA DE LA EJECUCIÓN PENAL HACIA LOS DERECHOS CULTURALES

Como es sabido, el artículo 25.2 de la Constitución configura el tratamiento penitenciario como eje vertebrador del mandato de reeducación y reinserción social. Sin embargo, en la interpretación y aplicación práctica de este precepto suele ponerse el acento casi exclusivamente en los instrumentos clásicos de intervención tratamental, quedando frecuentemente relegada –cuando no directamente obviada– la referencia expresa al «acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad» que el propio texto constitucional recono-

ce. Esta omisión resulta particularmente significativa si se tiene en cuenta que el acceso a la cultura no constituye un elemento accesorio del régimen penitenciario, sino una manifestación directa de la dignidad de la persona privada de libertad y un componente esencial del proceso resocializador. El progresivo reconocimiento de los derechos culturales como parte integrante de los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como en el europeo, refuerza la necesidad de integrar esta dimensión en la ejecución penal de manera estructural y no meramente simbólica. En el contexto penitenciario, este reconocimiento implica concebir el acceso a la cultura no como un beneficio accesorio, sino como un derecho que forma parte del contenido material de la dignidad de la persona privada de libertad. Asimismo el principio resocializador encuentra su base en la exigencia democrática de posibilitar la participación de los ciudadanos en la vida social, mediante el fomento de la comunicación con el exterior, asimilando el régimen penitenciario a la vida normal de afuera, «al tiempo que se promueve la aproximación y contacto entre la prisión y las instituciones del exterior»⁸. Desde la perspectiva del tratamiento penitenciario, las actividades culturales pueden operar como instrumentos de intervención con un notable potencial transformador, favoreciendo procesos de expresión, empoderamiento y reconstrucción identitaria. En el caso de las mujeres privadas de libertad, la cultura permite además generar espacios propios que cuestionan narrativas estigmatizadoras y refuerzan la autoestima y la autonomía personal. En coherencia con lo expuesto, y como concreción práctica del reconocimiento del acceso a la cultura como parte integrante del tratamiento penitenciario, pueden identificarse distintas iniciativas que operan en niveles territoriales diversos. Comenzaré por una experiencia desarrollada en el ámbito autonómico valenciano, que permite observar de manera directa cómo la cultura puede integrarse en el itinerario penitenciario con una clara vocación transformadora. Con dicha base de partida se abordarán proyectos de alcance estatal actualmente en desarrollo.

1. El Proyecto Impresas: creación cultural y empoderamiento en el itinerario penitenciario

Impresas es un taller participativo de creación literaria colectiva, dirigido por la periodista y promotora del proyecto Pilar Almenar, taller que se desarrolla en el módulo de mujeres del Centro Penitenciario Valencia I. La iniciativa

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Vigencia y actualidad del principio de resocialización» en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 299 y ss.

acompaña a las internas a lo largo de todo el proceso de elaboración y edición de una revista, desde la escritura inicial de los textos hasta su publicación final, convirtiendo a las participantes en auténticas redactoras y autoras de sus propios relatos. Más allá de su dimensión creativa, Impresas se inserta en el itinerario tratamental como espacio de expresión, reflexión y reconstrucción identitaria. A través de la palabra escrita, las mujeres pueden reelaborar experiencias vitales, resignificar trayectorias marcadas por la exclusión y cuestionar narrativas estigmatizadoras que las sitúan únicamente en la categoría de «delincuentes». La práctica cultural opera así como instrumento de empoderamiento y de fortalecimiento de la autoestima, facilitando habilidades comunicativas, pensamiento crítico y cohesión grupal. Este tipo de iniciativas pone de manifiesto que la cultura, cuando se integra de forma estructurada en el contexto penitenciario, no constituye un mero complemento recreativo, sino una herramienta con capacidad real de incidir en los procesos de reeducación y reinserción social. Para la realización de los talleres, el equipo cuenta con recursos del propio centro penitenciario, como aulas formativas y la biblioteca. El equipo externo de Impresas está formado por una red de personas y entidades que hacen posible el proyecto. Se compone de un equipo de intervención directa, que lo forman profesionales del ámbito cultural, periodistas y fotoperiodistas, y profesionales del ámbito social, normalmente psicólogas especializadas en el trabajo en prisiones. Este equipo imparte una serie de sesiones en prisión para acompañar a las participantes en todo este proceso creativo, el cual genera un entorno favorable al empoderamiento personal y a la adquisición de nuevas habilidades para la reinserción. También se dispone de una red de colaboradores gráficos se pone al servicio de las redactoras para ilustrar sus textos.

El proyecto concibe el diseño editorial y visual de calidad como una herramienta de intervención con impacto social, articulando colaboraciones estables con profesionales de la fotografía y la ilustración de reconocido recorrido, quienes ponen sus competencias creativas al servicio de las redactoras. Estas personas actúan como mediadoras gráficas entre el interior del espacio penitenciario y el exterior social, traduciendo visualmente las narrativas, experiencias y auto-representaciones que las propias mujeres deciden construir. Las participantes seleccionan, a partir de un catálogo de creadores, con quién desean establecer un tándem creativo y formulan encargos específicos para la elaboración del material gráfico que acompaña a sus textos, lo que refuerza su capacidad de decisión y control sobre la representación de sus propios relatos. Este modelo de co-creación favorece relaciones horizontales entre autoras y profesionales culturales, evitando dinámicas asistencialistas y promoviendo procesos de aprendizaje mutuo.

La publicación de esta revista se realiza en papel para salvar la brecha digital en las prisiones, con el objetivo de que ellas mismas puedan entregar en mano ejemplares a sus familias y demuestren que son capaces de desarrollar un proyecto creativo que visibiliza sus talentos. La revista que lleva por título «Expresas «aspira a ser un puente entre el interior y el exterior, un lugar de empatía que las apoye en el camino hacia la reinserción. Como ellas mismas dicen, «entre los muros hay cultura y ganas de divulgarla».

La primera edición del proyecto (2018–2019) se desarrolló a lo largo de un periodo de tres meses y culminó con la presentación pública de la revista en un acto celebrado en el interior del centro penitenciario en 2019. En una fase inicial, la publicación fue distribuida exclusivamente dentro de la prisión, en módulos tanto femeninos como masculinos, abordando una amplia diversidad temática, entre la que destacaban cuestiones como la maternidad en prisión, el deporte femenino, relatos de experiencias personales, recetas de cocina y creaciones poéticas. Posteriormente, la revista fue reimpresa con el fin de posibilitar su difusión en el exterior. La segunda edición fue el resultado de un proceso creativo prolongado, de más de nueve meses de duración, que logró completarse pese a la suspensión de los talleres presenciales a consecuencia de la pandemia. Durante el confinamiento de 2020, las redactoras continuaron el trabajo mediante el envío de cartas manuscritas, lo que supuso un esfuerzo adicional y evidenció un elevado grado de compromiso con el proyecto. En esta entrega se abordaron temáticas como el feminismo, la transexualidad, la vivencia de ser mujer en prisión, la experiencia del primer ingreso penitenciario y los procesos de salida de situaciones de violencia machista. La tercera edición (2021-2022) también estuvo condicionada por las restricciones sanitarias, que obligaron a interrupciones temporales de los talleres, si bien pudo culminar con la publicación de un nuevo número. Hasta la fecha, el proyecto ha alcanzado cinco ediciones, lo que pone de manifiesto su continuidad y consolidación.

Con el objetivo de facilitar el acceso de la sociedad al trabajo desarrollado por las internas, Impresas impulsó una campaña de micromecenazgo destinada a financiar la distribución exterior de las revistas creadas en el Centro Penitenciario de Picassent, fortaleciendo así su función de puente entre el interior de la prisión y la comunidad. En palabras de la directora del proyecto, resulta esencial fomentar una sociedad permeable a la reinserción, capaz de conocer quiénes son las mujeres privadas de libertad, cuáles son sus talentos, aspiraciones y esfuerzos por reconstruir sus trayectorias vitales, de modo que se favorezca una acogida social efectiva tras el cumplimiento de la pena.

Las primeras ediciones del proyecto fueron desarrolladas por el equipo de Impresas en colaboración con la Asociación Adonar y la Asociación Àmbit, contando con el apoyo de la Fundación «la Caixa», a través de su programa Art for Change, así como de la Unió de Periodistes Valencians. Posteriormente, la iniciativa ha recibido el respaldo de entidades como València World Design Capital 2022, la imprenta Impresum y la Clínica Jurídica de la Universitat de València, colaboraciones que han resultado determinantes para la viabilidad y continuidad del proyecto.

2. El Proyecto «La voz que nadie escucha»

El proyecto «La voz que nadie escucha», diseñado por la Fundación Gabeiras⁹, IIPP y la Asociación Teta &Teta, constituye una iniciativa de mediación cultural y transformación jurídica orientada al desarrollo de alternativas culturales a la privación de libertad. La experiencia se inició en 2020 como un proyecto piloto con una duración prevista de tres años y se articuló con la participación de un grupo jurídico especializado integrado mayoritariamente por mujeres expertas en ejecución penal y perspectiva de género. El proyecto nace por la identificación de una problemática relacionada con el acceso a la cultura en los centros penitenciarios. En el marco de este proyecto se elaboró un informe exhaustivo sobre la situación de las mujeres en el sistema penitenciario en el que se evidenció que el acceso de hombres y mujeres no era igualitario¹⁰, del que partieron proyectos pilotos en los centros de Estremera y Alcalá.

El proyecto «La voz que nadie escucha» acabó escalando en un proyecto a nivel institucional que apoyó la Dirección General de Derechos Culturales del Ministerio de Cultura a través de un Convenio que se firmó en noviembre de 2025 para el desarrollo del «Proyecto de intervención cultural en el ámbito penitenciario», con una vigencia inicial establecida en dos años, en la medida en que abarca actuaciones durante el ejercicio 2027.

⁹ La Fundación Gabeiras es una entidad privada sin ánimo de lucro que trabaja en la investigación, difusión e incidencia en materia de derecho de la cultura, con el objetivo de poner en valor y potencial el poder transformador de la cultura. Agradezco a Candela Sánchez, gestora de la Fundación y María Lorenzo, coordinadora de actividades, su disposición a explicarme la implementación del proyecto y las líneas de futuro, abriendo vías de colaboración en la implantación del proyecto en Valencia.

¹⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las mujeres en prisión. La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de las penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, 2022

3. El programa **Transita Cultura: intervención cultural en el ámbito penitenciario**

En este contexto se inscribe el programa *Transita Cultura*, impulsado mediante la colaboración entre el Ministerio del Interior (a través de IIPP) y el Ministerio de Cultura, y ejecutado por la Fundación Gabeiras. Dicho programa parte del reconocimiento de los derechos culturales como derechos humanos, incluso en contextos penitenciarios.

En concreto la ejecución del proyecto se articula a través de dos programas: de un lado, un Programa Marco, destinado a definir las bases jurídicas, institucionales y operativas para la implementación de intervenciones culturales en centros penitenciarios, como instrumentos de resocialización y de sustitución o modulación de la pena privativa de libertad, con especial atención a la población penitenciaria femenina. De ese modo se incorporará la mediación cultural como herramienta para el tratamiento, articulando en los tres centros penitenciarios seleccionados¹¹ una estructura de gobernanza cultural y un programa de mediación cultural para cada uno de los centros. El objetivo final es que el proyecto se incorpore en el catálogo de IIP como un programa más de cumplimiento.

De forma complementaria, el Programa de Medidas Alternativas con contenido cultural impulsará el cumplimiento de condenas a través de actividades culturales en lugar de penas de prisión. Concretamente se ejecutarán cuatro programas de cumplimiento de Trabajos en Beneficio de la Comunidad (TBC) en cuatro unidades dependientes del Ministerio de Cultural (Centro Dramático Nacional, Compañía Nacional de Teatro Clásico, Museo del Romanticismo y Museo González Martí¹², de modo que las mujeres penadas pueden participar en talleres y proyectos culturales.

Desde una perspectiva jurídico-penitenciaria, *Transita Cultura* resulta especialmente relevante por cuanto introduce una lógica de apertura de la prisión a la comunidad y refuerza la dimensión relacional del tratamiento penitenciario. Estas actividades pueden desarrollarse tanto en el interior de los centros penitenciarios como en el exterior de estos, en función de las condiciones que resulten más adecuadas para la consecución de los fines de la pena, conforme a lo previsto en el artículo 113 del Reglamento Penitenciario (RP). Asimismo,

¹¹ Los primeros centros penitenciarios donde se realizará la intervención serán Madrid VII (Estremera), Picassent (Valencia) y A Lama (Pontevedra).

¹² En el momento de cierre de este capítulo, se mantiene comunicación con la Fundación para la colaboración en el desarrollo del proyecto en el centro penitenciario de Picassent y en el marco de las penas y medidas alternativas, con el Museo Nacional de Cerámica.

se subraya que la Administración penitenciaria debe tener en cuenta los recursos existentes en la comunidad para la ejecución de dichas actividades tratamentales, reforzando así la conexión entre el ámbito penitenciario y el entorno social. Junto a la intervención de las Juntas de Tratamiento y de los Equipos Técnicos, el marco normativo contempla expresamente la participación del tercer sector en la implementación de estos programas, a través de fórmulas de colaboración con entidades sociales y culturales, tal y como establece el artículo 111.3 del RP. Este diseño normativo pone de manifiesto la necesidad de una acción coordinada entre administraciones públicas, operadores jurídicos y entidades del tercer sector. Desde esta perspectiva, se insiste en la conveniencia de superar una concepción reductora de la cultura asociada exclusivamente al ocio, para integrarla de forma efectiva en el tratamiento penitenciario y en los programas de intervención específicos, reconociendo su potencial como herramienta de reeducación, resocialización y reinserción social. En suma, la incorporación de la cultura como dimensión estructural del tratamiento penitenciario pone de manifiesto la centralidad de las sinergias entre la Administración penitenciaria y la sociedad civil en los procesos de reinserción. Esta propuesta, orientada a complementar los instrumentos clásicos de intervención, se alinea de forma coherente con el pensamiento del profesor De La Cuesta, en cuanto concibe la ejecución penal como un espacio de garantía de derechos, de corresponsabilidad institucional y de apertura a la comunidad. Asumir este legado implica reconocer que la reinserción no puede reducirse a la ausencia de reincidencia, sino que debe orientarse a la reconstrucción de vínculos sociales. La cultura como nuevo eje tratamental se presenta, así, no solo como una herramienta útil, sino como una expresión coherente de un modelo de ejecución penal comprometido con los valores que han guiado la trayectoria académica y humana del profesor homenajeado.

139. UNA APROXIMACIÓN A LA CRIMINALIDAD FEMENINA DESDE LA CRIMINOLOGÍA FEMINISTA: EXCLUSIÓN Y SELECTIVIDAD PENAL

LEYRE HERNÁNDEZ DÍAZ

Profesora Agregada de Derecho Penal y Criminología, UPV/EHU
Investigadora IVAC-KREI

LEIRE BERASALUZE GERRIKAGOITIA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal y Criminología, UPV/EHU
Investigadora IVAC-KREI

I. INTRODUCCIÓN

Participar en este volumen de homenaje a José Luis de la Cuesta supone para nosotras una oportunidad especialmente importante. No solo por el reconocimiento a una trayectoria académica excepcional, sino por la posibilidad de sumarnos, desde nuestro propio trabajo, a una reflexión colectiva que da cuenta de la huella intelectual y humana que José Luis de la Cuesta ha dejado en varias generaciones de juristas y criminólogos.

La elección del tema que abordamos en este capítulo no es casual. Se sitúa entre líneas de análisis que han sido una constante en la obra del profesor de la Cuesta, obra que continúa ofreciendo herramientas críticas fundamentales para pensar el sistema penal desde una perspectiva atenta a los derechos humanos, a la selectividad del castigo y a sus efectos sobre los colectivos más vulnerabilizados. En este sentido, el texto que presentamos dialoga con preocupaciones que han sido centrales en su trayectoria investigadora y que han orientado, de manera directa o indirecta, nuestros propios itinerarios académicos.

Para ambas, José Luis ha sido y sigue siendo un maestro en el sentido más amplio del término: una referencia intelectual y ética cuya forma de entender el Derecho Penal y la criminología ha contribuido decisivamente a configurar una mirada crítica compartida. Para una de nosotras, José Luis ha sido además una referencia cercana en el proceso de formación investigadora, acompañando con gran generosidad, rigor y compromiso el desarrollo de una tesis doctoral; para la otra, ha sido un líder en la investigación excepcional y una presencia académica constante, cuya obra y cuyo magisterio han orientado de manera decisiva su aproximación crítica al sistema penal. Así, este trabajo quiere expresar nuestro agradecimiento y admiración, sumándose con afecto a este merecido homenaje.

El análisis de la criminalidad femenina y de la experiencia penitenciaria de las mujeres ha estado históricamente marcado por una doble marginalidad: la escasa atención prestada a las mujeres como objeto de estudio y la persistencia de marcos teóricos contruidos desde una experiencia masculina erigida en norma. Esta invisibilización no responde únicamente a la menor presencia estadística de mujeres en la delincuencia registrada, sino a una forma específica de producción del saber criminológico que, durante décadas, explicó la transgresión femenina a través de categorías sexistas y patologizantes. Hasta bien entrado el siglo xx, las referencias a las «mujeres delincuentes» se concentraron fundamentalmente en las teorías positivistas del siglo xix y en sus desarrollos posteriores, que recurrieron a argumentos biologicistas o psicologistas para justificar la delincuencia femenina. No será hasta las décadas de los sesenta y setenta¹ cuando comiencen a formularse críticas sistemáticas a estos enfoques, abriendo el camino a una lectura feminista de la criminalidad que cuestiona tanto la neutralidad del conocimiento criminológico como las respuestas penales derivadas de él².

Desde esta perspectiva, las mujeres delincuentes han sido tradicionalmente consideradas como transgresoras en un doble sentido: por la infracción

¹ Entre otras, ADLER, F.: *Sisters in Crime*, McGraw-Hill, Londres, 1975; BERTRAND, M.A.: *La femme et le crime*, Presses de l'Université de Montréal, Montreal, 1969; Giallombardo, R.: «Social Roles in a Prison for Women», *Social Problems*, Volume 13, Issue 3, 1966, 268-288; HEIDENSOHN, F.: «Feminist Perspectives and their Impact on Criminology and Criminal Justice in Britain», en Rafter, N./Heidensohn, F. (eds.), *International Feminist Perspectives in Criminology*, Open University Press, 1995, pp. 63-85; SMART, C., *Women, Crime and Criminology*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1977.

² MAQUEDA ABREU, M. L.: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 33 y ss. También, entre otras, las investigaciones de Romero García, V.: «Convertirse en buenas mujeres. El tratamiento «refeminizador» de las mujeres privadas de la libertad en el penal de Chiconautla», *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México* 8, 2022, pp. 1-39; COBA MEJÍA, L.: *Sitiadas. La criminalización de las pobres en Ecuador durante el neoliberalismo*, FLACSO Ecuador, 2015; Gelsthorpe, L.: «Women, crime and control», *Criminology & Criminal Justice*, 10, 4, 2010, 375-386.

de la norma penal y por la ruptura de los mandatos de género asociados a la feminidad, la maternidad y el cuidado³. Esta concepción ha contribuido a reforzar un tratamiento penal y penitenciario particularmente moralizante, en el que el castigo no se limita a sancionar la conducta, sino que opera también como mecanismo de corrección del rol. Frente a ello, la primera ola de la criminología feminista puso de relieve la necesidad de desplazar el foco desde supuestas disposiciones individuales hacia los factores sociales que influyen en la génesis del delito y en las respuestas institucionales al mismo, cuestionando un sistema penal diseñado a partir de la experiencia masculina y orientado prioritariamente a la delincuencia de los hombres.

En este punto resulta pertinente recordar, desde una perspectiva crítica del Derecho Penal atenta a sus efectos materiales y a su impacto sobre los colectivos más vulnerabilizados, que la pretendida neutralidad del sistema penal puede ocultar dinámicas de desigualdad estructural, una advertencia presente de forma constante en la obra de José Luis de la Cuesta.

Algunas de las primeras autoras feministas sostuvieron que la progresiva incorporación de las mujeres a la esfera pública y al mercado de trabajo podría conllevar una «masculinización» de su comportamiento y, con ello, un incremento de su participación en actividades delictivas y de las tasas de encarcelamiento femenino⁴. Sin embargo, estas predicciones no se han visto confirmadas⁵. Por el contrario, los estudios posteriores han puesto de manifiesto que los mecanismos de control social informal que recaen sobre las mujeres continúan siendo más intensos y restrictivos que los aplicados a los hombres, especialmente en relación con las responsabilidades familiares y de cuidado, limitando así tanto las oportunidades como las trayectorias delictivas femeninas⁶.

En términos empíricos, la delincuencia masculina sigue superando ampliamente a la femenina en todos los países y grupos de edad, con la excepción de determinados delitos estrechamente vinculados a la condición de mujer⁷. No obstante, resulta significativo que las tasas de encarcelamiento femenino

³ ZAFFARONI, E. R.: «El discurso feminista y el poder punitivo», en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 20.

⁴ ADLER, F.: *Sisters in Crime*, McGraw-Hill, Londres, 1975, p. 15 y ss.; SIMON, R.J., *Women and Crime*, Lexington Books, Londres, 1975, pp. 20 y ss.

⁵ Institute for Crime & Justice Policy Research. *World Prison Brief-WPB*. University of London, 2021: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>

⁶ Entre otras autoras, MIRALLES, T.: «La mujer: el control formal», en Bergalli, R. et al., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Península, Barcelona, 1983, pp. 149-178; JULIANO, D.: *Presunción de inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino*, Gakoa, Donostia-San Sebastián, 2011; AÑANOS, F./JIMÉNEZ, F.: «Población y contextos sociales vulnerables: la prisión y el género al descubierto», *Papeles de Población*, 2016, pp. 63-101.

⁷ Institute for Crime & Justice Policy Research: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>

estén aumentando a un ritmo superior al de la delincuencia femenina registrada, fenómeno que se concentra de manera especial en delitos no violentos contra la propiedad y, sobre todo, en aquellos relacionados con el comercio y tráfico de estupefacientes. Esta aparente paradoja pone de relieve la necesidad de analizar críticamente las políticas penales y penitenciarias desde una perspectiva de género, atendiendo a sus efectos reales más que a su formulación formalmente neutra⁸.

II. EL NACIMIENTO DE LA CRIMINOLOGÍA FEMINISTA COMO RESPUESTA A LA TEORIZACIÓN DE LA DELINCUENCIA MÁS INVISIBILIZADA

La criminología feminista surge en la década de los setenta como una respuesta crítica al carácter androcéntrico de la criminología dominante y a la forma en que esta había construido sus explicaciones sobre el delito y el castigo⁹. Hasta ese momento, las mujeres habían sido en gran medida excluidas del análisis criminológico, apareciendo en el discurso académico fundamentalmente a través de teorías sexistas heredadas del positivismo criminológico¹⁰. La criminología feminista no se limitó a incorporar a las mujeres como objeto de estudio, sino que cuestionó los presupuestos con los que debían ser estudiadas.

Un punto de inflexión en este proceso lo constituye la obra de Carol Smart, *Women, Crime and Criminology* (1977), en la que la autora pone de relieve que el problema no radicaba únicamente en la ausencia de estudios sobre mujeres, sino en la utilización de categorías analíticas construidas desde la experiencia masculina y presentadas como universales. Desde esta perspectiva, la criminalidad femenina aparecía como una desviación secundaria respecto del modelo masculino de delincuencia, lo que contribuía a reforzar su estigmatización y a legitimar respuestas penales desproporcionadas.

En los inicios de la criminología feminista se produjeron debates internos relevantes. Autoras como Freda Adler¹¹ y Rita James Simon¹² plantearon que la creciente incorporación de las mujeres al ámbito público podría traducirse en un

⁸ ALMEDA SAMARANCH, E.: «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», *Papers*, 102 (2), 2017, pp. 151 y ss.

⁹ RENCETTI, C.: *Feminist criminology*, Routledge, Londres, 2013, p. 80.

¹⁰ ALMEDA SAMARANCH, E.: «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», p. 152.

¹¹ ADLER, F.: *Sisters in Crime*, p. 15 y ss.; SIMON, R.J., *Women and Crime*, Lexington Books, Londres, 1975.

¹² SIMON, RITA J.: «Women and crime revisited», *Social Science Quarterly*, 1976, p. 661.

aumento de su participación delictiva, tesis que fue posteriormente cuestionada por su insuficiencia para explicar la persistente brecha entre delincuencia masculina y femenina. Frente a estas explicaciones, Meda Chesney-Lind desplazó el foco hacia las estructuras de desigualdad y las condiciones materiales de existencia, vinculando la delincuencia femenina a la marginalidad económica, la precariedad y las estrategias de supervivencia en contextos atravesados por relaciones patriarcales de poder, especialmente en relación con determinadas formas de criminalización como los delitos vinculados a las drogas¹³.

Resulta destacable que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo no supuso necesariamente una mejora sustantiva de sus condiciones de vida ni una reducción de las desigualdades de género, y que determinadas formas de criminalización —especialmente en relación con los delitos vinculados a las drogas— siguen afectando de manera desproporcionada a mujeres situadas en los márgenes sociales¹⁴.

III. LA DELINCUENCIA FEMENINA: EXCLUSIÓN DE LA EXCLUSIÓN

Uno de los aportes más relevantes de la criminología feminista al análisis de la delincuencia femenina ha sido poner de relieve que muchas de las mujeres que entran en contacto con el sistema penal lo hacen tras haber recorrido itinerarios prolongados de exclusión social. Desde esta perspectiva, el delito no aparece como un acontecimiento aislado, sino como un episodio inserto en trayectorias marcadas por la precariedad económica, la ruptura de vínculos, la violencia previa y el control social informal. En este sentido, Pat Carlen ha acuñado la expresión «exclusión de la exclusión» para describir cómo el encarcelamiento de las mujeres opera como una segunda capa de marginación que se superpone a situaciones de vulnerabilidad ya existentes¹⁵.

Esta forma específica de exclusión se ve reforzada por los procesos de etiquetamiento y estigmatización que acompañan a la criminalización femenina. Como ha señalado Weis, las mujeres delincuentes cargan con una «identi-

¹³ CHESNEY-LEND M.: «Women and Crime»: The Female Offender, *The University of Chicago Press*, 1986, pp. 78 y ss.

¹⁴ SIMPSON, S.: *Of Crime & Criminality: The Use of Theory in Everyday Life*, Pine Forge Press, California, 2000, p. 5 y ss.

¹⁵ CARLEN, P.: *Women's imprisonment: A study in Social control* Routledge, Routledge, Londres, 1983, p. 59.

dad deteriorada»¹⁶ derivada no solo de la infracción penal, sino del incumplimiento de las expectativas normativas asociadas al ideal de feminidad¹⁷.

Desde una lectura crítica, el encarcelamiento de las mujeres no puede explicarse únicamente por la naturaleza de las conductas delictivas cometidas. Diversas autoras han subrayado que son precisamente las mujeres que se apartan de las expectativas domésticas y de cuidado las que presentan mayores probabilidades de ser criminalizadas y privadas de libertad, poniendo de relieve la estrecha vinculación entre castigo penal y sanción de la desviación del rol de género¹⁸.

La literatura criminológica ha mostrado, además, que los delitos por los que las mujeres son condenadas con mayor frecuencia se concentran en infracciones no violentas, especialmente delitos contra la propiedad y, de forma creciente, aquellos vinculados al tráfico de drogas¹⁹. No obstante, un número cada vez mayor de investigaciones cuestiona la idea de que la criminalidad femenina se limite a un repertorio reducido de conductas «menores»²⁰. Autoras como Morris han señalado que esta concepción reproduce una visión estereotipada que invisibiliza la participación activa de las mujeres en diversas formas de criminalidad, incluyendo ámbitos tradicionalmente considerados masculinos, como determinadas expresiones de violencia, el crimen organizado o los delitos transnacionales²¹.

En este sentido, algunos estudios han puesto de manifiesto la presencia significativa de mujeres en actividades delictivas complejas, como la trata de personas, donde los datos disponibles muestran una participación femenina superior a la observada en otros tipos de criminalidad²². Estos hallazgos cuestionan las narrativas que presentan a las mujeres exclusivamente como actores secundarios o subordinados dentro de estructuras delictivas lideradas por hom-

¹⁶ WEIS, J. G.: «Liberation and Crime: The Invention of the New Female Criminal», *Crime and Social Justice*, 1976, p. 17.

¹⁷ NAFFINE, N.: *Female Crime. The Construction of Women in Criminology*, Allen & Unwin, Sidney, Wellington, London, Boston, 1987, p. 81; PALOMAR VERA, C.: «Malas madres: la construcción social de la maternidad», *Debate Feminista*, 30, 2004, pp. 12 y ss.

¹⁸ ALMEDA SAMARANCH, E./CAMPS CALVET, C./ORTÍZ MONERA R.: «Mujeres, cárceles y feminismos», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2022, p. 7.

¹⁹ CANTERAS, A.: Delincuencia femenina en España: un análisis sociológico. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, pp. 122 y ss. 414; ROMERO, M./AGUILERA, R. M.: «¿Por qué delinquen las mujeres? Perspectivas teóricas tradicionales», *Parte I. Salud Mental*, vol. 26, n.º 1, DF. México, 2002, pp. 36-37.

²⁰ CERNOVICH, S. A./GIORDANO, P. C.: «A comparative Analysis of Male and Female Delinquency», *The Sociological Quarterly* n.º 20, 1979, p. 133; HEIDENSOHN, F.: «Feminist Perspectives and their Impact on Criminology and Criminal Justice in Britain» en Rafter/Heidensohn (eds.), *International Feminist Perspectives in Criminology*, 1995, p. 14.

²¹ MORRIS, A.: *Women, Crime and Criminal Justice*, Basil Blackwell, Oxford-New York, 1987, p. 102.

²² UNODC: *Global Report on Trafficking in Persons*, Viena, 2022, pp. 150 y ss.

bres, y refuerzan la necesidad de analizar la criminalidad femenina sin recurrir a explicaciones esencialistas o paternalistas.

El análisis de la delincuencia femenina desde la lógica de la exclusión pone de relieve la selectividad del sistema penal y su especial incidencia sobre mujeres en contextos de vulnerabilidad social. No obstante, esta constatación abre un interrogante central para la criminología feminista: cómo explicar las conductas delictivas de las mujeres sin reducirlas a meras consecuencias de la victimización o la precariedad. La necesidad de evitar lecturas deterministas hace necesario cuestionar las razones por las que nos encontramos ante una tasa menor de delincuencia femenina y el papel de la voluntad y la racionalidad en contextos de desigualdad.

IV. ¿DELINQUEN LAS MUJERES POR LAS MISMAS RAZONES QUE LOS HOMBRES? O ¿POR QUÉ DELINQUEN MENOS LAS MUJERES?

La criminología ha dedicado una atención considerable a explicar las causas de la delincuencia femenina, a menudo recurriendo a enfoques que ponen el acento en factores individuales vinculados a la socialización de género, la biografía personal o la experiencia de victimización previa. Desde esta perspectiva, algunas autoras han interpretado la conducta delictiva de las mujeres como una respuesta a trayectorias marcadas por abusos, violencia o situaciones de dependencia, especialmente en el ámbito familiar o de pareja. Sin embargo, estas explicaciones, aun señalando elementos relevantes, plantean importantes problemas teóricos cuando se convierten en lecturas generalizadoras de la criminalidad femenina²³.

En efecto, una parte de la criminología feminista ha advertido que explicar el delito femenino fundamentalmente como resultado de la victimización corre el riesgo de reproducir una imagen paternalista de las mujeres como sujetos carentes de autonomía, cuyas decisiones aparecerían determinadas por circunstancias externas insuperables. Tal y como han señalado autoras como Allen o Juliano, este enfoque no solo invisibiliza la capacidad de agencia y elección de las mujeres, sino que refuerza estereotipos de género que sitúan la transgresión como algo ajeno a la «naturaleza femenina», reprodu-

²³ ROMERO/AGUILERA: *¿Por qué delinquen las mujeres?*, pp. 18-19.

ciendo implícitamente la idea de una superioridad moral de las mujeres frente a los hombres²⁴.

Desde una posición crítica, resulta más adecuado reconocer que, aun cuando las trayectorias vitales de muchas mujeres delinquentes se desarrollan en contextos de desigualdad estructural, precariedad económica y control social informal, ello no elimina su condición de sujetos capaces de tomar decisiones racionales dentro de los márgenes disponibles. En este sentido, diversas autoras han subrayado que los factores sociales que inciden en la delincuencia femenina –desempleo, pobreza, desestructuración familiar o exclusión social– no difieren sustancialmente de aquellos que influyen en la delincuencia masculina, existiendo más similitudes que diferencias en las causas estructurales del delito²⁵.

La persistente menor propensión femenina a delinquir y a reincidir plantea, no obstante, un interrogante específico. Algunas explicaciones han puesto el acento en la socialización diferencial de género, destacando la interiorización de normas de autocontrol, culpa o responsabilidad hacia terceros, así como la intensidad de los mecanismos de control informal que recaen sobre las mujeres. Desde esta óptica, se ha sugerido que las mujeres desarrollan una mayor «resistencia» a la conducta delictiva, requiriendo niveles más elevados de factores de riesgo para participar en ella, lo que explicaría tanto la menor frecuencia de delitos como su menor gravedad media²⁶.

Frente a interpretaciones que tienden a naturalizar estas diferencias, otras autoras han propuesto lecturas que enfatizan la racionalidad y la agencia femenina²⁷. En particular, se ha señalado que muchas mujeres optan por estrategias alternativas al delito –aunque precarias o costosas– como forma de gestionar situaciones de necesidad o exclusión, apoyándose en redes informales de solidaridad o asumiendo trabajos altamente precarizados. Desde esta perspectiva, la menor delincuencia femenina no se explicaría por una supuesta pasivi-

²⁴ ALLEN, H.: «Rendering them Harmless: The Professional Portrayal of Women Charged with Serious Violent Crimes» en Pat Carlen/Anne Worral (eds), *Gender, Crimen and Justice*, Open University, Milton Keynes/ Philadelphia, 1987, pp. 87 y ss. JULIANO, D.: *Presunción de inocencia. Riesgo, delito y pecado en Femenino*, Gakoa, Donosita-San Sebastián, 2011, p. 16.

²⁵ MAQUEDA ABREU: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, pp. 86-87. STEFFENS-MEIER, D. & ALLAN, E.: «Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending», *Annual Review of Sociology*, 2000, pp. 411-412.

²⁶ OGLE, R./MAIER-KATKIN, D./BERNARD, T. J.: «A Theory of Homicidal Behaviour Among Women», *Criminology*, Vol. 33, 1995, pp. 173 y ss. HEIDENSOHN, F.: «Feminist Perspectives and their Impact on Criminology and Criminal Justice in Britain», p. 18.

²⁷ JULIANO, D., *Presunción de inocencia. Riesgo, delito y pecado en Femenino*, p. 16. FEINGOLD, D. A.: «Thing Again: Human Trafficking», *Foreign policy*, 2005, p. 28.

dad o conformidad, sino por decisiones racionales adoptadas en contextos de fuerte restricción de opciones²⁸.

V. CONCLUSIONES

Las ideas apuntadas en las líneas precedentes ponen de manifiesto que la delincuencia femenina no puede comprenderse adecuadamente desde explicaciones simplificadoras que ignoran los condicionantes estructurales de género, ni desde lecturas paternalistas que reducen a las mujeres a sujetos pasivos determinados por la victimización. La criminología feminista ha contribuido de manera decisiva a cuestionar el carácter androcéntrico del saber criminológico y a visibilizar cómo las categorías tradicionales del delito y del castigo han sido construidas a partir de la experiencia masculina, presentada como universal.

Desde esta perspectiva, la noción de «exclusión de la exclusión» permite comprender que muchas mujeres llegan al sistema penal tras trayectorias prolongadas de precariedad, control social informal y estigmatización, de modo que la intervención penal tiende a superponerse a desigualdades preexistentes. Este carácter selectivo del castigo cuestiona la pretendida neutralidad del sistema penal y obliga a interrogarse por los efectos reales de la criminalización sobre mujeres situadas en contextos de vulnerabilidad social.

Al mismo tiempo, el debate en torno a las razones de la menor delincuencia femenina ha puesto de relieve la necesidad de reconocer la agencia y la racionalidad de las mujeres, incluso en contextos de opciones restringidas. Evitar tanto las explicaciones deterministas como las lecturas moralizantes permite comprender que las diferencias observadas entre la delincuencia de hombres y mujeres responden, en gran medida, a condiciones sociales y a formas diferenciales de control, más que a rasgos esenciales o naturales.

Estas reflexiones conectan con una concepción crítica y garantista del Derecho Penal que advierte de los riesgos de recurrir al castigo como respuesta privilegiada frente a problemas sociales complejos. En este sentido, las aportaciones de José Luis de la Cuesta ofrecen un marco especialmente pertinente para pensar los límites del poder punitivo y sus efectos excluyen-

²⁸ SASSEN, S.: «Women's Burden: Counter-Geographies of Globalization and the Feminization of Survival», *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 263.

tes, una preocupación que atraviesa de manera transversal el análisis aquí presentado.

Finalmente, aunque este trabajo se ha centrado en el plano criminológico, no puede obviarse que las dinámicas analizadas se proyectan con especial intensidad en la fase de ejecución penal, donde la prisión tiende a reproducir y profundizar desigualdades de género previamente existentes. Este apunte subraya la necesidad de abordar la criminalidad femenina desde una perspectiva integral que limite el recurso al castigo y priorice respuestas respetuosas con los derechos humanos.

140. LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS BASADAS EN EL HONOR: DIFICULTADES DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN

ESTÍBALIZ JIMÉNEZ

Profesora titular del Departamento de Psicoeducación de la Universidad
de Quebec en TroisRivières (Canadá)¹

I. INTRODUCCIÓN

Mucho debo a mi querido profesor y mentor, el profesor José Luis de la Cuesta, quien no solo me orientó en los años noventa, cuando yo era alumna de la Facultad de Derecho de San Sebastián de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), sino también durante mis programas de intercambio Erasmus en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) y, más tarde, en la Universidad de Burdeos (Francia). A lo largo de ese periodo formativo, él, junto con nuestro admirado profesor Antonio Beristain, fue siempre un referente intelectual y humano, especialmente durante mi Máster en Criminología en el Instituto Vasco de Criminología (IVAC/KREI).

El IVAC/KREI me brindó además la oportunidad de participar en el programa de Intercambio sobre Victimología, Mediación y Justicia Restaurativa en la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal (Canadá). Aquella experiencia marcó profundamente mi trayectoria: en lo personal, supuso convertirme en inmigrante, con todo lo que ello implica en términos de reconstrucción identitaria para una donostiarra, y, en lo profesional, representó una

¹ Este texto se inscribe en el marco de las investigaciones sobre las violencias basadas en el honor, financiadas por el Consejo de Investigación en Ciencias Humanas de Canadá.

transición esencial desde el derecho hacia la criminología y, más concretamente, hacia la victimología.

A lo largo de casi tres décadas como expatriada en Quebec, las invitaciones de mi querido profesor De la Cuesta y de colegas y amigos como Gema Varona y otros muchos profesores, la imprescindible y querida Inmaculada Iraola y estudiantes del IVAC/KREI han mitigado mi morriña y me han permitido sentirme siempre «de vuelta a casa» cada vez que regreso a San Sebastián.

Con esta modesta contribución sobre la problemática que he investigado en los últimos años, me honra profundamente participar en este libro homenaje al profesor José Luis de la Cuesta, a quien profeso mi mayor admiración y agradecimiento.

En el ámbito de la victimología, el enfoque del profesor De la Cuesta ha estado siempre orientado a la protección integral y a la promoción del trato digno de la víctima en el sistema de justicia penal. El reconocimiento de la condición de víctima y su reparación han constituido para él prioridades centrales. Quienes nos dedicamos a la victimología compartimos esta convicción: el principal desafío reside en otorgar efectivamente el estatus de víctima, garantizar su acceso a la justicia y reconocer sus derechos, así como implementar medidas que respondan a sus necesidades para favorecer sus procesos de recuperación. Reconocer este estatuto supone dotarles de un apoyo coherente, servicios eficaces e imparciales y, cuando corresponde, asistencia financiera adecuada.

Cuando este reconocimiento falla, ignorando la herida provocada por el delito o la violencia, muchas víctimas permanecen sin protección ni reparación. Las víctimas de violencia basada en el honor (VBH), debido a su invisibilidad y a las dificultades para detectar y denunciar tales actos, constituyen un claro ejemplo de este vacío de ausencia de mecanismos de protección adecuados.

Desde mi llegada a la Escuela de Criminología de la Universidad de Montreal y, posteriormente, como profesora del Departamento de Psicoeducación de la Universidad de Quebec en TroisRivières, he orientado mis líneas de investigación hacia la violencia de género contra las mujeres (violencia doméstica, trata de personas, entre otras manifestaciones). Más concretamente, mi interés se ha centrado en los procesos de victimización de mujeres y familias inmigrantes o racializadas.

Mi trabajo analiza cómo la experiencia migratoria puede funcionar como indicador de riesgo y vulnerabilidad, así como factor victimógeno; cómo, por el hecho de ser inmigrantes, muchas mujeres encuentran mayores obstáculos para denunciar, acceder a la justicia y obtener reparación efectiva; y, finalmente, cómo intervenir de forma adecuada y culturalmente sensible con mujeres víctimas en contextos migratorios. En el ámbito de la violencia de género, las

víctimas de VBH en Canadá, según las escasas estadísticas no oficiales disponibles, mayoritariamente de origen inmigrante, representan un ejemplo claro de vulnerabilidad ante el sistema de justicia, dificultades de acceso a mecanismos de reparación y riesgo elevado de victimización secundaria.

II. LA CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS VIOLENCIAS BASADAS EN EL HONOR EN QUÉBEC (CANADÁ)

En Quebec y en Canadá, las VBH constituyen un fenómeno que ha suscitado un interés creciente entre investigadoras e investigadores, así como entre instituciones públicas y organismos comunitarios², especialmente desde el tristemente célebre caso Shafia: una tragedia familiar ocurrida en 2009 en la que se produjeron cuatro feminicidios motivados por una infracción percibida del honor familiar. En este caso, el tribunal determinó que el padre, polígamo, su esposa y su hijo mayor asesinaron con premeditación a las tres hijas de la pareja y a la primera esposa del padre, que convivía con la familia. Los tres fueron condenados en Canadá a una pena de prisión a perpetuidad, sin acceso a la libertad condicional antes de los 25 años, y con la posibilidad de ser expulsados a Afganistán posteriormente.

Este fue el primer crimen claramente asociado a las VBH y ampliamente mediatizado en todo el país, y puede considerarse un detonante de la toma de conciencia colectiva sobre la existencia de estas violencias en Canadá. De este modo, los términos «crimen de honor» y «feminicidio» comenzaron a aparecer en el discurso mediático y popular: el primero, por haberse «justificado» la violencia homicida en nombre del honor; el segundo, por tratarse de asesinatos basados en el género, en la medida en que las víctimas fueron asesinadas por el simple hecho de ser mujeres.

Dadas las dificultades inherentes a la identificación de la VBH y la ausencia de un delito específico que la tipifique, las instituciones canadienses no recopilan datos oficiales sobre esta problemática, lo que genera una carencia

² Véanse algunas de las publicaciones científicas y de vulgarización sobre las VBH en Québec en reacción al incomprensible y traumático caso Shafia: Bouclier d'Athéna Services Familiaux (2015). *Violence basée sur l'honneur*. Recuperado de <http://athenalegalinfo.com/fr/violence-basee-sur-lhonneur/violence-basee-sur-lhonneur>; CHOUAKRI, Y. 2016. «Les besoins en matière de violences basées sur l'honneur: aspects communs et différences entre Montréal et les autres régions du Québec». *Les Cahiers de PV - Antenne sur la victimologie*, vol. 10, pp. 63-66; KAMATEROS, M. et NAHABEDIAN, S. 2016. «La violence basée sur l'honneur: mythe ou réalité». *Les Cahiers de PV - Antenne sur la victimologie*, vol. 10, pp. 45-53; HARPER, E.; VALLÉE, C.A. & TOMASSO, L. (2014). *Exploration des besoins et des pratiques prometteuses en lien avec la violence basée sur l'honneur*. Québec: Centre social d'aide aux immigrants.

de estadísticas precisas. No obstante, se han documentado diversos casos de VBH en Canadá. Entre 1991 y 2012, se identificaron 26 víctimas en 17 casos de VBH, recopilados a partir de registros mediáticos y judiciales³. Asimismo, el Gobierno de Canadá informó de 17 feminicidios cometidos en nombre del honor entre 1999 y 2009.

En Quebec, nuestras investigaciones⁴ identificaron que 69 casos notificados a la Dirección de Protección del Menor en Montreal estaban relacionados con la VBH durante un periodo de cinco años, entre 2012 y 2017. Además,

³ Véanse los primeros informes dedicados a la violencia basada en el honor en Canadá, subvencionado por el Consejo del Estatuto de la Mujer de Quebec: GEADAH, Y., MIVILLE-DECHÊNE, J. ET ALI-DIABAC-TE, M. 2013. *Les crimes d'honneur: de l'indignation à l'action*. Gouvernement du Québec. <https://csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/avis-les-crimes-dhonneur-de-lindignation-a-laction.pdf>, por la Table de concertation des organismes au service des personnes réfugiées et immigrantes (TCRI) (2014). Évaluation des besoins et détermination des pratiques prometteuses pour lutter contre les violences basées sur l'honneur (VBH) dans la collectivité. Recuperado de <http://tcri.qc.ca/images/publications/volets/volet-femmes/2014/Rapport.pdf> y por el Ministerio de Justicia de Canadá: Muhammad, A. 2010. *Enquête préliminaire sur les crimes dits «d'honneur» au Canada*. Université Méorial de Terre-Neuve. <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/vf-fv/ch-hk/tmd-toc.html>.

⁴ La presente contribución se basa en los resultados y conclusiones expuestos en diversas publicaciones previas sobre las violencias basadas en el honor (VBH). Véanse: JIMÉNEZ, E. (2022). Le contrôle excessif des filles issues de l'immigration victimes de violences basées sur l'honneur au Québec. *Revue québécoise de psychologie*, 43(3), 87-110. <https://doi.org/10.7202/1094893ar>; JIMÉNEZ, E. (2022). Les conséquences psychologiques du contrôle excessif sur de jeunes filles issues de l'immigration en contexte de violences basées sur l'honneur au Québec. *Revue québécoise de psychologie*, 43(3), 87-110; JIMÉNEZ, E. (2022). Les violences basées sur l'honneur des femmes issues de l'immigration: Dépistage et intervention féministe intersectionnelle dans les maisons d'hébergement du Québec. In A. Heine, E. Jimenez, & C. Bourassa-Dansereau (eds.), *Violences genrées: Enjeux interculturels et féministes* (pp. 73-94). Éditions Academia; JIMÉNEZ, E. (2022d). Le contrôle excessif en contexte de violences basées sur l'honneur au Québec: Analyse juridique et jurisprudentielle d'une violence genrée. *Canadian Journal of Law and Society/La Revue canadienne Droit et Société*, 37(1), 69-89. <https://doi.org/10.1017/cls.2022.3>; JIMÉNEZ, E., LE CORFF, M., DALLAIRE-TELLIER, B. & COUSINEAU, M.-M. (2026). Dynamiques des familles prises avec les violences basées sur l'honneur au Québec: Perception des intervenant-e-s psychosociaux-ales des établissements scolaires de niveau collégial. *Revue internationale Enfances Familles Générations*, 53; JIMÉNEZ, E., LE CORFF, M., DALLAIRE-TELLIER, B., COUSINEAU, M.-M. & BORRI-ANADON, C. (manuscript submitted for publication). Analyse interculturelle et intersectionnelle de l'intervention auprès des femmes et des filles issues de l'immigration victimes des violences basées sur l'honneur au Québec. *Alterstice - Revue internationale de la recherche interculturelle*; JIMÉNEZ, E., ARCAND, J., COUSINEAU, M.-M., & DESSUREAULT, S. (2019). Intervention en situations soupçonnées ou avérées de VBH: Le cas des adolescentes sous la protection de la jeunesse au Québec. In H. El-Hage (ed.), *Les violences basées sur l'honneur. Prévenir et agir efficacement: Actes du colloque* (pp. 13-22). Collège de Rosemont. https://www.crosemont.qc.ca/wp-content/uploads/2019/02/livre_actes_colloque_violence_honneur_version4.pdf; JIMÉNEZ, E., ARCAND, J., RACHÉDI, L., & COUSINEAU, M.-M. (2022). Les violences basées sur l'honneur au Québec des filles issues de l'immigration. In C. BOULBESOL & al. (eds.), *Pratiques et recherches féministes en matière de violence conjugale* (pp. 215-240). Presses de l'Université du Québec; JIMÉNEZ, E., & COUSINEAU, M.-M. (2016). L'état encore embryonnaire de la recherche sur les violences basées sur l'honneur au Québec et le besoin d'une approche interculturelle. *Les Cahiers de PV - Antenne sur la victimologie*, 10, 11-16; JIMÉNEZ, E., & COUSINEAU, M.-M. (2016). Intervention interculturelle auprès des victimes des violences basées sur l'honneur (VBH) et leur famille au Québec. In *Interventions auprès des jeunes en contexte de diversité* (pp. 96-99). Collège de Rosemont; JIMÉNEZ, E., COUSINEAU, M.-M., TANGUAY, È.-M., & ARCAND, J. (2017). Les violences basées sur l'honneur au Canada et au Québec: Renforcement des lois afin de venir en aide aux victimes. *Criminologie*, 50(2), 145-166. <https://doi.org/10.7202/1041702ar>

desde el mediático caso de la familia Shafia, diversos incidentes vinculados a la VBH han salido a la luz en distintas ciudades de la provincia, entre ellos: un caso de matrimonio forzado, una situación de acoso y amenazas de muerte y un caso de agresión y amenazas de muerte⁵.

Aunque esta realidad es relativamente poco frecuente en comparación con otros tipos de violencia doméstica, interpela cada vez más a los actores sociojudiciales de diferentes ámbitos. Resulta por ello esencial comprender mejor estas violencias para actuar de manera eficaz en la prevención, la intervención y la protección de mujeres y niñas vulnerables, procedentes de comunidades de orígenes muy diversos.

Con este objetivo se desarrolló el proyecto de investigación *Comprender las prácticas de intervención intercultural con las niñas, mujeres y sus familias en contextos de violencias basadas en el honor (VBH) en Quebec*, cuyo fin es explorar las percepciones y experiencias de los y las profesionales de la intervención psicosocial y de otros miembros del personal de apoyo frente a las VBH. El propósito es profundizar, desde su perspectiva, en las dinámicas familiares presentes en situaciones de VBH y en sus respectivos impactos. Se trata, en particular, de comprender las experiencias de las familias inmigrantes que viven en contextos de VBH, según la visión de profesionales psicosociales de Quebec (trabajadores sociales, psicoeducadores, psicólogos, sexólogos, técnicos en educación especializada, etc.), así como de otros agentes educativos (orientadores pedagógicos, docentes, ortopedagogos, entre otros) que pueden intervenir con víctimas de VBH.

III. DEFINICIÓN, FORMAS Y MANIFESTACIONES DE LA VBH

Aunque no existe una terminología ni una definición universal doctrinal ni jurídica, parece haber un consenso en el sentido de que las violencias basadas en el honor (VBH) (traducción literal del concepto inglés *honor-based violence*) se refieren al conjunto de violencias de género ejercidas en nombre de códigos tradicionales de honor. Estas pueden ser perpetradas por distintos miembros de la familia o de la comunidad con el fin de prevenir el «deshonor» o «restablecer el honor perdido». Se trata, ante todo, de una forma específica de violencia intrafamiliar, dirigida especialmente a controlar la vida social y se-

⁵ DALLAIRE-TELLIER, B., JIMÉNEZ, E. et COUSINEAU, M.-M. (2025). «Les violences basées sur l'honneur (VBH) au Québec: défis de dépistage et d'intervention pour les intervenant-e-s psychosociaux-ales en milieu collégial». *Revue scientifique éducation et francophonie*, vol. 53, no 1.

xual de las niñas y mujeres, y en particular a preservar su virginidad, su fidelidad y su obediencia hacia los hombres⁶.

Por ello, nuestro equipo de investigación define las VBH como:

«El conjunto de violencias dirigidas principalmente contra niñas, mujeres y miembros de la comunidad 2SLGBTQIA+, que son ejercidas por integrantes de la familia (nuclear o extendida) y de la comunidad en nombre de códigos tradicionales de honor. Estas violencias tienen como objetivo preservar el honor, prevenir el "deshonor" o restablecer el "honor perdido"».

A partir de esta definición, amplia por intención, emergen varias características de las VBH que permiten distinguirlas de otros tipos de violencias domésticas y reconocerlas como una forma específica de violencia familiar. En primer lugar, el uso del término «violencias basadas en el honor» se privilegia frente al de «crímenes basados en el honor», ya que permite designar no solo los asesinatos y otros actos criminales contemplados en el Código Penal canadiense (como agresiones físicas o sexuales), sino también el conjunto de las formas de violencia motivadas por la preservación del honor. Las «violencias basadas en el honor», al igual que otras violencias familiares, implican múltiples formas de violencia: psicológica, verbal, física, económica y religiosa o espiritual. Asimismo, incluyen formas específicas de violencia tales como el matrimonio forzado o precoz en el caso de las menores, el matrimonio polígamico, las mutilaciones genitales femeninas (tanto escisión, como infibulación), la imposición de pruebas de virginidad y la consecuente himenoplastia forzada, el retorno forzado al país de origen impuesto por la familia para «protegerle» de las malas influencias de la cultura occidental, el control reproductivo (imposición, restricción o manipulación de las decisiones reproductivas de una mujer por parte de su pareja o de su familia), etc.

Además de estas formas y manifestaciones de violencia, nuestros resultados de investigación permiten destacar una serie de características que diferencian las VBH de otros tipos de violencia doméstica. En la gran mayoría de las familias que viven una problemática de VBH se observa la presencia de múltiples agresores (varios miembros de la familia y de la comunidad) y de múltiples víctimas (hermanas, madre, primas, entre otras), así como una dinámica de *control coercitivo* ejercida mediante estrategias de poder parental, familiar, conyugal y comunitario. Todo ello nos lleva a definir el control coercitivo como:

⁶ BROWN, R. P., BAUGHMAN, K. et CARVALLO, M. 2018. «Culture, Masculine Honor, and Violence Toward Women», *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 44, no 4, pp. 538-549.

Una dinámica de violencia grave y continua que implica una acumulación de obligaciones, prohibiciones, vigilancia, amenazas y represalias con el objetivo de controlar la vida social y sexual de las personas, en particular de las mujeres y las niñas, mediante la imposición o el restablecimiento de normas y valores familiares o comunitarios.

IV. EL VÍNCULO ENTRE LAS VBH Y LAS FAMILIAS DE ORIGEN INMIGRANTE

El desgraciado caso Shafia de 2009, un caso de VBH perpetrado en el seno de una familia musulmana de origen afgano residente en Montreal (Quebec), tuvo un impacto significativo en el imaginario colectivo. Este doble marcador identitario, cultural y religioso, tanto de los agresores como de las víctimas contribuyó a que la problemática de las VBH se asociara con frecuencia a la inmigración, y en particular a las personas de confesión musulmana. Además, los llamados «crímenes de honor» se vinculan a menudo con «prácticas bárbaras» supuestamente procedentes del exterior.

Sin embargo, no son las familias inmigrantes, por su origen ni religión, quienes practican las VBH, sino aquellas que perpetúan valores y tradiciones patriarcales en el país de acogida. Muestra de ello es que, para ciertas familias inmigrantes, entre ellas muchas solicitantes de asilo, procedentes de sociedades consideradas de honor y donde estas violencias permanecen impunes, la migración y la llegada a Canadá responde precisamente al deseo de escapar de dichas prácticas y proteger a mujeres y niñas de ser víctimas, por ejemplo, de la escisión o de matrimonios forzados. Es por ello, que, en 1993, Canadá estableció un precedente al aprobar directrices para la resolución de solicitudes de asilo presentadas por mujeres que temen persecución por motivos de violencia de género.

La doctrina sobre las violencias de género contra las mujeres, incluidas las VBH, coincide en que estas suelen constituir una manifestación del patriarcado, desplegada como una estrategia destinada a mantener la dominación masculina⁷. Aun así, y pese a que estas violencias no son inherentes a una cultura o religión específica ni a prácticas tradicionales inmutables, la revisión de la literatura, las estadísticas judiciales y nuestros propios resultados de investigación muestran que, en Canadá, las VBH se observan con mayor frecuencia en familias de origen inmigrante.

⁷ GILL, A. K., BEGIKHANI, N. et HAGUE, G. 2012. «'Honour'-based violence in Kurdish communities». *Women's Studies International Forum*, vol. 35, no 2, pp. 75-85.

Esto evidencia cómo la intersección entre género y origen etnocultural puede constituir no solo la causa de las situaciones de victimización que enfrentan las mujeres inmigrantes en el contexto de las VBH, sino también un factor de victimizaciones secundarias. Los estereotipos culturales atribuidos a las familias racializadas desempeñan un papel clave en esta asociación equivocada. Asimismo, la falta de comprensión cultural y las discriminaciones sistémicas contribuyen a reforzar la amalgama: las VBH pueden percibirse erróneamente como endémicas a determinadas religiones o culturas «bárbaras» que rechazan integrarse en el país de acogida, cuando en la mayoría de los casos son resultado de dinámicas sociales complejas propias de sociedades patriarcales.

En este sentido, existe el riesgo de que se produzcan *falsos positivos* en la identificación de la VBH en familias inmigrantes por el mero hecho de ser inmigrantes y, a la inversa, *falsos negativos* en familias no inmigrantes, de modo que se excluya de facto la existencia de una dinámica de VBH por el hecho de no ser inmigrantes. Finalmente, coincidimos con Villacampa⁸, quien estudia las VBH en España, especialmente los matrimonios forzados, en que el enfoque culturalista, asociado a perspectivas orientalistas, estigmatiza a las minorías culturales y desplaza la atención desde la violencia en sí hacia la cultura.

V. DESPROTECCIÓN Y PRÁCTICAS DE INTERVENCIÓN INADECUADAS EN LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VBH

El control coercitivo, una violencia transversal que caracteriza la vida de muchas familias inmersas en un contexto de VBH, agrava de forma significativa las dificultades de las víctimas para denunciar las violencias y escapar de la situación de victimización. Según la experiencia de los profesionales de la intervención entrevistados, esta dinámica coercitiva genera múltiples repercusiones en las víctimas. La vigilancia constante, las amenazas explícitas o implícitas y la presión familiar o comunitaria producen un entorno de miedo que limita severamente su capacidad para pedir ayuda o tomar decisiones autónomas.

⁸ Véanse los artículos científicos publicados por Villacampa, una de las pocas investigadoras españolas que escriben sobre las VBH: VILLACAMPA, C. (2025). «Approaching forced marriage as family violence: Good practices from a South-western European region». *Marriage & Family Review*, 61(3), 251-28; VILLACAMPA, C. (2025). «Mind the gaps: Improving the legal and institutional approach to forced marriage as honour-based violence in Spain». *International Journal of Law, Crime and Justice*, 82; VILLACAMPA, C. (2024). Honour-based violence: Legal and institutional approaches in Spain. *Women's Studies International Forum*, (103).

mas. En este contexto, el control no solo restringe su libertad cotidiana, sino que también erosiona su confianza, refuerza su aislamiento e instala un ciclo de silencio y sometimiento del que resulta extremadamente difícil salir⁹.

Además del miedo a las represalias por parte de familiares o miembros de la comunidad, que ya dificulta la posibilidad de denunciar, las víctimas de VBH, mayoritariamente mujeres inmigrantes, se enfrentan a obstáculos adicionales relacionados con su estatus migratorio. Como acabamos de indicar, nuestros resultados muestran que la amalgama entre religión y violencias de género en general, y en particular las VBH, constituye uno de los factores que inhibe a las víctimas y contribuye a que no denuncien los actos de violencia sufridos. Esta asociación equivocada entre VBH y familias de origen inmigrante, además de basarse en una concepción errónea de las VBH, genera un clima de estigmatización de estas familias¹⁰ que limita su capacidad para buscar ayuda y, paralelamente, propicia intervenciones profesionales ineficaces o culturalmente inadecuadas. Algunos profesionales tienden a interpretar la problemática desde marcos culturalistas simplificadores, en lugar de analizarla desde los sistemas de poder y desigualdad patriarcal que la atraviesan. Como consecuencia, no solo pueden quedar desatendidas las necesidades reales de las víctimas, sino que estas intervenciones pueden reforzar su vulnerabilidad y perpetuar su silenciamiento.

Muchas mujeres inmigrantes víctimas renuncian a denunciar por temor a no ser creídas, a ser malinterpretadas o a ser objeto de discriminación por parte de profesionales de la red de servicios o incluso por la propia policía. Estas preocupaciones, profundamente arraigadas en experiencias previas de exclusión o desconfianza institucional, refuerzan su vulnerabilidad y contribuyen a su silencio, perpetuando así las dinámicas de control y victimización de las que intentan liberarse.

Todo ello genera una revictimización de las mujeres afectadas por VBH, quienes, al verse imposibilitadas de solicitar ayuda y carentes de apoyos institucionales adecuados, permanecen invisibilizadas y excluidas del pleno ejercicio de sus derechos. Esta exclusión puede traducirse en el abandono del siste-

⁹ «Regroupement des maisons pour femmes victimes de violence conjugale» (2022). *Le contrôle coercitif, un levier pour mieux repérer et intervenir en contexte de violence conjugale*. <https://maisons-femmes.qc.ca/wp-content/uploads/2022/05/RMFVVC-Revue-contrôle-coercitif-2022.pdf>

¹⁰ BATES, L. 2021. «Honor-Based Abuse in England and Wales: Who Does What to Whom?» *Violence Against Women*, vol. 27, no 10, pp. 1774-1795; ELAKKARY, S., FRANKE, B., SHOKRI, D., HARTWIG, S., TSOKOS, M. et PUSCHEL, K. 2014. «Honor crimes: review and proposed definition». *Forensic Science, Medicine, and Pathology*, vol. 10, no 1, pp. 76-82; HONG, T. 2014. «Discourses on Honour-Related Violence in Finnish Policy Documents». *NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, vol. 22, no 4, pp. 314-329.

ma de justicia, en la imposibilidad de acceder a medidas de protección y reparación, y en una profundización tanto del trauma como de las dinámicas de violencia que las afectan.

VI. EL MARCO JURÍDICO CANADIENSE RELATIVO A LAS VBH

Es esencial señalar que, en la actualidad, en Canadá la VBH, al igual que la violencia familiar y el feminicidio, no está definida ni tipificada de manera explícita como una categoría jurídica diferenciada. Esta ausencia de definiciones y tipificaciones claras limita la capacidad institucional para diseñar estrategias específicas de represión, prevención e intervención.

No obstante, Canadá, como signatario de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (BPfA)¹¹, un compromiso global fundamental para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, se ha comprometido a eliminar todas las formas de violencia de género. La BPfA reconoce la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y un obstáculo prioritario para el desarrollo. Asimismo, identifica prácticas nocivas como la VBH como manifestaciones graves de la violencia basada en el género, subraya la vulnerabilidad particular de las niñas frente a prácticas como la mutilación genital femenina (MGF) y los matrimonios infantiles, e insta a adoptar medidas específicas para proteger su salud, dignidad y autonomía.

En este marco, en Canadá, la Ley sobre la tolerancia cero frente a las prácticas culturales bárbaras¹², adoptada en 2015, pretende proteger a mujeres y niñas de estas violencias. El término «prácticas culturales bárbaras» engloba conductas consideradas «contrarias a los valores canadienses», tales como los matrimonios precoces, forzados o polígamos, así como cualquier forma de violencia vinculada al «honor». Esta ley se dirige explícitamente a la población inmigrante que desea entrar en el país o que ya reside en él. Aunque algunas de sus enmiendas pueden resultar útiles para mujeres y niñas, la expresión «prácticas culturales bárbaras» refuerza prejuicios culturales y resulta racista y discriminatoria para determinadas comunidades etnoculturales. Además, y en contradicción con el objetivo declarado de la ley, puede generar efectos adversos para la protección de las víctimas, ya que pueden mostrarse

¹¹ United Nations. (1995). *Beijing Declaration and Platform for Action: Fourth World Conference on Women, Beijing, China, 4-15 September 1995*. United Nations.

¹² *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* (L.C. 2015, ch. 29).

menos dispuestas a denunciar si perciben que en el país de acogida se considera que proceden de una comunidad cultural calificada como «bárbara».

A pesar de la ausencia de un marco jurídico específico para abordar la VBH, varias infracciones del Código Penal canadiense¹³, incluidas la agresión, la agresión sexual, el acoso criminal y el homicidio, pueden aplicarse en contextos de VBH. Asimismo, la presencia de violencia familiar puede constituir un factor agravante en la determinación de la pena. A nivel provincial y de territorios canadienses existen protecciones complementarias, tales como órdenes civiles de protección y programas de apoyo a víctimas.

Canadá avanza hacia la criminalización del control coercitivo como parte de su respuesta a la violencia de pareja. El Proyecto de Ley C332¹⁴, aprobado por unanimidad en la Cámara de los Comunes en junio de 2024, buscaba crear un delito específico relacionado con las conductas coercitivas; sin embargo, quedó sin efecto al disolverse el Parlamento en 2025. Pese a ello, un comité parlamentario reiteró en 2025 la necesidad de tipificar penalmente este tipo de comportamientos, reflejando un amplio apoyo político. En diciembre de 2025, el gobierno incorporó esta medida a su reforma central del Código Penal, la *Protecting Victims Act*¹⁵, que introduce un nuevo delito relativo al comportamiento coercitivo o controlador. Aunque esta ley no proporciona una definición cerrada, describe el control coercitivo como un patrón de conductas repetidas, controladoras o coercitivas, que generan un ambiente de miedo, dominación o restricción de la libertad de una pareja íntima, y cuya penalización busca prevenir la escalada hacia la violencia física.

Aunque el control coercitivo aún no ha sido tipificado como delito autónomo en Canadá, sí se reconoce legalmente como forma de violencia familiar en la Ley de Divorcio¹⁶ a nivel federal, así como en los marcos legislativos provinciales y territoriales. En la provincia de Quebec, las formas de control excesivo están explícitamente codificadas como «maltrato psicológico» en la Ley de Protección del Menor¹⁷ (art. 38.c)), situando las dinámicas coercitivas dentro de un continuo reconocido de daños psicosociales. En contextos de VBH,

¹³ Canadian Criminal Code (RSC 1985, c. C-46).

¹⁴ *Bill C-332: An Act to amend the Criminal Code (coercive control of intimate partner)*. 1st Session, 44th Parliament, 70-71 Elizabeth II – 1-2 Charles III. Adopted by the House of Commons on June 12, 2024. Available at: <https://www.ourcommons.ca>

¹⁵ *Bill C-16: Protecting Victims Act – An Act to amend certain Acts in relation to criminal and correctional matters (child protection, gender-based violence, delays and other measures)*. 45th Parliament, 1st Session. First reading December 9, 2025. Available at: <https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/45-1/c-16> [parl.ca]

¹⁶ *Loi sur le divorce, LRC (1985), ch. 3 (2e suppl.)*.

¹⁷ *Loi sur la protection de la jeunesse (LPJ) du Québec (RLRQ, c. P-34.1)*.

el control coercitivo actúa tanto como un mecanismo preventivo, a través de la vigilancia y restricción de comportamientos considerados «deshonrosos», como un mecanismo correctivo cuando niñas y mujeres buscan ejercer mayor autonomía.

El Derecho Penal canadiense también prevé varios delitos relacionados con el matrimonio forzado y el matrimonio infantil. Constituyendo delito forzar a una persona a casarse, independientemente de su edad; celebrar, organizar o participar en un matrimonio que implique coerción o que involucre a una persona menor de 16 años; y sacar a un menor fuera de Canadá con la intención de facilitar un matrimonio forzado o un matrimonio infantil. Estas disposiciones reflejan el compromiso de Canadá con las normas internacionales de derechos humanos y buscan responsabilizar a los perpetradores, al tiempo que protegen a quienes se encuentran en situación de riesgo.

La poligamia también está regulada de manera explícita. La Ley del Matrimonio Civil¹⁸ exige la disolución o anulación de cualquier matrimonio previo antes de contraer una nueva unión legal, reforzando el principio de monogamia, fundamental en el derecho matrimonial canadiense. En el marco de la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados¹⁹, las personas implicadas en relaciones polígamas pueden ser declaradas inadmisibles al país. Esta disposición responde a objetivos más amplios de política pública, como la promoción de la igualdad de género y la protección de los derechos individuales dentro de las estructuras familiares.

VII. CONCLUSIÓN

Pocas causas penales relativas a las violencias de género contra las mujeres, incluidas las violencias basadas en el honor (VBH), llegan finalmente a los tribunales, y aún menos cuando afectan a mujeres inmigrantes. Son muy pocas mujeres las que logran obtener el reconocimiento formal de la condición de víctima y, en consecuencia, acceder a los derechos y a las medidas de reparación que les corresponden.

Las VBH son poco frecuentes en Canadá, pero constituyen una realidad que no puede ser ignorada. Aunque no son exclusivas de ninguna cultura o religión y deben entenderse en el marco de dinámicas patriarcales, el contexto migratorio de muchas mujeres víctimas y sus familias actúa como un impor-

¹⁸ *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33. Assented to July 20, 2005.

¹⁹ *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Assented to November 1, 2001.

tante indicador de riesgo y vulnerabilidad. Comprender las diversas trayectorias familiares y socioculturales resulta esencial para ofrecer un acompañamiento intercultural adecuado, especialmente centrado en las necesidades y la protección de las víctimas.

Es igualmente relevante subrayar la ausencia en Canadá de un marco institucional coherente para abordar las VBH, así como las lagunas legislativas que persisten en este ámbito. La falta de un reconocimiento jurídico explícito de las VBH como categoría autónoma de violencia, unida a las dificultades para identificarlas, al no estar tipificadas penalmente, contribuye a que las víctimas permanezcan invisibilizadas y, en muchos casos, desprotegidas. A ello se añade la asociación errónea entre VBH e inmigración, que no solo alimenta estereotipos culturalistas, sino que también desalienta la denuncia y puede generar intervenciones inadecuadas.

Resulta, por tanto, fundamental comprender y reconocer esta problemática con el fin de acompañar, asistir y proteger de manera eficaz a las víctimas de violencia de género en contexto de honor. Ello exige identificar las dificultades específicas que enfrentan estas mujeres para evitar su revictimización, un principio central de la victimología contemporánea que, como ha señalado reiteradamente el profesor José Luis de la Cuesta en sus enseñanzas y en sus numerosas publicaciones, debe guiar toda respuesta institucional y profesional ante la violencia.

141. «SE LLAMABA COMO YO»: DISPUTAS POR LA MEMORIA COLECTIVA Y NARRATIVAS SONORAS DEL DELITO

MALENA R. MACEIRA

Investigadora predoctoral en Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

M.A. en Sociología Jurídica por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica-EHU y abogada por la Universidad de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN

Entre narrar crímenes en medios audiovisuales a participar como agentes activos de la memoria colectiva de un pueblo, me pregunto: ¿qué nos aporta este cruce entre la criminología cultural y los estudios de memoria? Para intentar responder a esta pregunta, indagaré en los vínculos y coincidencias que existen entre dos mundos epistemológicos cercanos: la criminología y la memoria colectiva. Los estudios de criminología cultural han trabajado sobre si la producción de formatos sonoros de narración tiene un vínculo relevante a la hora de comprender el delito, la narración del crimen, la presentación de las víctimas y hasta ciertas formas de reparación individual o colectiva. Desde la perspectiva de la memoria colectiva, en términos de Maurice Halbwachs, los eventos históricos del pasado son reinterpretados. Esta reinterpretación se hace desde el presente, gracias a la memoria de los grupos sociales que pueden nutrirse de espacios de reflexión criminológicos de cultura subalterna de producción de contenidos. Así, las producciones de arte pueden convertirse en agentes de memoria o de contramemorias de los eventos del pasado; en este caso, de un delito. Asimismo, cuando el grupo social que trabaja ese recuerdo no

ocupa un lugar hegemónico en la producción de la memoria colectiva, se crean nuevos espacios de producción de identidades como las de género. La memoria de las mujeres es producida desde lo subalterno y crea sujetos (sujetas) en el presente. Desde esta perspectiva feminista, tanto la criminología cultural como los estudios de memoria deberán ser observados como agentes de memoria que producen género.

Para ello, me valgo de un trabajo en concreto: el podcast «Se llamaba como yo», escrito y dirigido por Isabel Cadenas Cañón –que narra, curiosamente, sobre los silencios– y que busca respuestas sobre un atentado terrorista que tuvo lugar en el País Vasco en 1960: el de Begoña Urroz. Este no se trató de un caso más dentro de la máquina narrativa de los atentados terroristas, sino que fue un espacio de disputa para la memoria colectiva oficial y contrahegemónica. Para este análisis dividiré el trabajo en tres secciones. En la primera sección, comenzaré con el marco teórico de la criminología cultural y los estudios de memoria. En la segunda sección, analizaré el caso empírico elegido y ahondaré en su trabajo sobre el delito y el silencio. Por último, en la tercera sección, haré una propuesta de análisis desde estos marcos teóricos y ensayaré argumentos a modo de conclusión.

I.1 La criminología cultural

El campo en el cual se desarrolla la criminología cultural es dinámico y estimulante, ya que se encuentra en constante construcción. Lo atraviesan conceptos como cultura y delito, permitiendo analizar el fenómeno criminal desde una óptica culturalista. Al referirme a la criminología cultural, retomo la línea trabajada principalmente por los académicos que han liderado este campo: Ferrell, Hayward y Young¹. Estos autores sostienen que el crimen y su control deben ubicarse en el contexto de la cultura en la cual existen. En otras palabras, la forma en la cual se observa el delito y sus consecuencias parte de la esfera popular y la producción cultural, que opera también como una agencia de control social. Ello además de considerar al delito como una expresión cultural de la sociedad.

El análisis propuesto por los académicos mencionados, además de aportar una base epistemológica sobre la naturaleza del delito, profundiza en las relaciones de interacción entre las normas creadas y las rotas, la empresa mo-

¹ FERRELL, J./HAYWARD, K./YOUNG, J.: *Cultural Criminology: An Invitation*, London: SAGE Publications Ltd, 2015, p. 55.

ral, la innovación y la transgresión². El delito y, fundamentalmente, sus consecuencias resultan constantemente mediatizados por discursos culturales; es decir, existe un diálogo permanente entre la desviación y sus formas de narración. ¿Existe el delito porque es parte de la cultura? ¿Hay una cultura del delito? ¿Puede una producción cultural incrementar o disminuir la criminalidad? Este tipo de interrogantes constituyen el núcleo de los estudios de la criminología cultural.

Al sobre esta disciplina, debemos hacerlo también sobre el concepto «cultura» que además no posee una definición ni unívoca ni pacífica³. En este sentido, la criminología cultural se ha interrelacionado con disciplinas como la antropología y la sociología. El concepto moderno de cultura permite un análisis profundo y fue el antropólogo Clifford Geertz quien desarrolló el concepto de simbolismo⁴. En esa búsqueda de significados a la que Geertz se refiere, se encuentran junto con el campo de la semiótica, el significante que poseen los símbolos según el contexto cultural en el que se encuentren. El antropólogo Rodolfo Kusch, por ejemplo, trabajó en el contexto latinoamericano para producir sus propias definiciones sobre el simbolismo. Esta forma de investigar le permitió desarrollar su teoría otorgando valor epistémico a lo producido por los pueblos originarios. La obra de Kusch es extensa, pero basta mencionar *Esbozo de una antropología filosófica americana* (1978) para encontrar claves de su metodología: «Ante todo, difícilmente podrán estudiarse los símbolos aisladamente del contexto en el cual se dan. Dentro de este contexto se advierte que la significación de un símbolo se enriquece con la función que cumple dentro de la totalidad»⁵. La perspectiva antropológica permite que el análisis interpretativo de los significantes haga foco en cómo los actores generan esos significados, más que en el objeto en sí.

Por parte de la sociología, podemos rastrear antecedentes en el interaccionismo simbólico de George Mead, que ubica en el lenguaje –operacionalizado a través de símbolos y signos– las explicaciones a los fenómenos sociales⁶. A su vez, el desarrollo de Talcott Parsons sobre la estructura de la acción social y la desviación versó sobre individuos que no internalizan valores socia-

² HAYWARD, K./YOUNG, J.: «Algunas notas sobre la criminología cultural», en *Delito y Sociedad*, 2019, p. 10.

³ CHANCER, L.S.: «Cultural criminology: a retrospective and prospective review», en *Annual Review of Criminology*, vol. 7, 2024, p. 134.

⁴ GEERTZ, C.: *The interpretation of cultures*, New York: Basic Books, 1973.

⁵ KUSCH, R.: *Esbozo de una antropología filosófica americana*, San Antonio de Padua: Castañeda, 1978, p. 35.

⁶ ANITUA, G.I.: *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2010, pp. 256-257.

les y son vistos como «desviados» o «enfermos»⁷. Sin embargo, retomando a Merton, la desviación no sería una anormalidad, sino un producto normal de la estructura social producido por la contradicción entre esta y la estructura cultural⁸. Tanto Parsons como Merton, entre otros, han sido los precursores del pensamiento de la Escuela de Chicago, liderada por el sociólogo Edwin Sutherland. Dentro de su desarrollo de la teoría de los contactos diferenciales, Sutherland se preguntó porqué los individuos aprenden valores normativos diferentes y resolvió que en cada área cultural diferencial los individuos aprenden modelos diferentes. Es decir, la delincuencia para Sutherland se explica en términos de organización diferencial de diversos grupos sociales. Lo que se traduce en una explicación en términos culturales, ya que, según la cultura de grupo social, se respetará más o menos la ley⁹.

En Inglaterra, el surgimiento de la fenomenología y la teoría subcultural fueron las grandes influencias de la criminología cultural¹⁰. A diferencia de las teorías estadounidenses más asociadas a Merton, para los académicos de la *London School of Economics* como Downes, el énfasis se puso en que la cultura no era una cosa para ser aprendida y representada, sino que los estilos de vida evolucionan constantemente. Los autores que desarrollaron estas líneas de pensamiento fueron Brake, Cohen y Young quienes sostenían que las culturas desviadas eran tanto creadas por los actores involucrados, como mediadas y construidas por el impacto de los medios de comunicación masiva y las intervenciones de los poderosos¹¹. Ya finalmente, desde el *Birmingham Centre for Contemporary Cultural Studies* y los análisis de la cultura juvenil se trabajó por una criminología crítica que reinterpretara las interacciones entre símbolos y estilos de vida, junto la producción de la identidad entre también lugares de resistencia. Esta corriente ubicó a la realidad como algo que existe mediado.

Entonces, teniendo en cuenta estos antecedentes desde la antropología y la sociología, ¿qué es la criminología cultural? De acuerdo con quienes reflexionaron por primera vez sobre ella, la criminología cultural se enmarca en un contexto de una sociedad más individualista y expresiva, donde los enfoques suelen presentarse desde los estudios cuantitativos o subjetivistas. Sin embargo, esta tercera vía se concibe según sus defensores en una forma que entiende al delito como parte de la subcultura, como ese acto de trasgresión de

⁷ ANITUA, *Historia de los...*, p. 288.

⁸ ANITUA, *Historia de los...*, p. 291.

⁹ ANITUA, *Historia de los...*, p. 302.

¹⁰ HAYWARD/YOUNG: «Algunas notas...», p. 11.

¹¹ HAYWARD/YOUNG: «Algunas notas...», p. 11.

las reglas que pone en el primer plano la experiencia del actor. Todo ello, pero no sin criticar su propia posición. La criminología cultural habla de la forma, de la estética en la que existe la acción. En palabras de Ferrell, citado en Hayward y Young,

En un evento delictivo, tal como en otros momentos de la vida cotidiana, las estructuras de la clase social o la etnia se entretajan con decisiones situacionales, el estilo personal y las referencias simbólicas. De esta manera, aunque no podemos dar cuenta del delito sin analizar las estructuras de la desigualdad, no podemos dar cuenta del delito solamente analizando estas estructuras¹².

La criminología cultural se mueve entre lo soterrado, lo alternativo, hasta un poco anárquico dentro de los saberes y se vuelve así un desafío directo a lo preestablecido. Permite que quienes investiguen perspectivas críticas de la criminología encuentren un lugar común a nivel local y global donde la interseccionalidad desde los estudios feministas, antirracistas y de justicia social formen parte de esas perspectivas multidimensionales¹³.

Ahora bien, desde esta perspectiva la criminología cultural no solo estudiaría el delito como una forma o sub-forma de expresión de la cultura. La criminología cultural también estudia cómo los procesos culturales expresan los delitos. Esta visión no es pacífica y de hecho ha recibido críticas. Autores como Chancer consideran que, en la criminología cultural, el concepto «cultura» ha sido desviado de su diálogo con la sociología y que su definición tan amplia ha permitido enfocar nuevos estudios que analizar el rol de las industrias mediáticas incluidos los medios de comunicación masiva y cualquier forma de representación cultural¹⁴.

A pesar de las posibles críticas, es cierto que el enfoque que brinda la criminología cultural como marco teórico sensible a los contextos culturales permite analizar desde otras claves ciertos comportamientos sociales vinculados al delito. Por ejemplo, en el caso de este trabajo, permite pensar cómo una producción sonora, una narración desde la historia de una víctima de un delito, produce desde la cultura una nueva interpretación de pasado. Necesitamos de las reflexiones que brinda la criminología cultural para comprender que un delito puede ser parte de un trabajo artístico documental que habilita un espacio nuevo. Ese nuevo lugar se convierte tan relevante que habilita hasta la reparación que el delito produjo. Analizar ese delito desde una óptica cultural

¹² FERRELL, J.: *Título de la obra original*, p. 118, citado en HAYWARD/YOUNG: «Algunas notas...», p. 18.

¹³ CHANCER: «Cultural criminology: a retrospective...», p. 133.

¹⁴ CHANCER: «Cultural criminology: a retrospective...», p. 134.

permite que reflexionemos sobre lo que mencionaré a continuación: la producción de la memoria colectiva y las contramemorias de eventos que han causado daños en el pasado –y aún en el presente– de una sociedad.

I.2 La memoria colectiva

Las formas en las que socialmente narramos el pasado desde el presente han sido diversas y fundamentales. Desde la tradición oral hasta las producciones del lenguaje escrito, se ha evidenciado un valor intrínseco en el conocimiento de los hechos pretéritos. Ya sea en clave literaria, histórica o artística, la transmisión intergeneracional de los acontecimientos ha atravesado a todas las sociedades en todos los momentos de la historia.

Ahora bien, al reflexionar sobre la forma en que esa transmisión sucede, pensamos también en cómo se recuerda o se olvida. Ese ejercicio individual de pensar nuestro pasado, sobre cómo lo narramos, parece referirse únicamente a nuestras propias vivencias experimentadas de manera personal. En esta línea, el sociólogo francés Maurice Halbwachs se preguntó si, además de una forma de recordar individual, existía una social. En 1925 publicó *Les cadres sociaux de la mémoire*, donde conceptualizó por primera vez la memoria colectiva.¹⁵ Según Halbwachs, nuestros recuerdos reposan en los recuerdos de otros; es decir, la memoria existe en un espacio social que trasciende lo individual. A esa esfera de recuerdo construida dentro de un mismo grupo social la denominó memoria colectiva¹⁶. La colectivización de los recuerdos permite que, al compararlos con los del grupo y hallar puntos compartidos, la confianza en nuestra capacidad de recordar sea mayor. Esta forma de recordar se hace desde la contextualización de los marcos sociales del presente; por lo tanto, como indica la socióloga Elizabeth Jelin, los hechos del pasado se actualizan de manera constante, operando como un mecanismo de fortalecimiento del sentido de pertenencia a una sociedad¹⁷.

Entonces, ¿qué usos tiene la memoria colectiva? Funciona como una amalgama del grupo social desde la formación de la identidad social e individual. A la hora de conformar una identidad, la memoria cumple un rol de identificación fundamental¹⁸. Desde la teoría de la identidad social de Henri

¹⁵ HALBWACHS, M.: *Los marcos sociales de la memoria*, Barcelona: Anthropos Editorial, 2004, p. 122.

¹⁶ HALBWACHS, M.: *La memoria colectiva*, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004.

¹⁷ JELIN, E.: *Las tramas del tiempo*, Buenos Aires: CLACSO, 2020, p. 419.

¹⁸ HIRSCH, M.: *Invitation to the Sociology of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 50-51.

Tajfel, las personas se definen según su pertenencia a grupos y se asocian a categorías sociales que perciben como propias¹⁹. Esta similitud o diferencia permite la identificación dentro de la sociedad. Los recuerdos del grupo, entendidos como su memoria colectiva, se convierten en un factor relevante para formar la identidad, ya que funcionan como el lugar de almacenamiento del conocimiento asociado a dicha identificación.

Los procesos por los cuales la memoria colectiva se produce no son necesariamente pacíficos. Al igual que existen diversas identidades, ocurre lo mismo con las memorias. Desde una perspectiva foucaultiana, los procesos de producción de memorias no están exentos de las relaciones de poder intrínsecas a la sociedad donde poder y saber se entrelazan para producir sujetos y verdades²⁰. En su curso *Hay que defender la sociedad*, Foucault establece con claridad la dominación entre el discurso histórico y la construcción de las relaciones de poder:

La historia es el discurso del poder, el discurso de las obligaciones mediante las cuales el poder somete; es también el discurso del fulgor por medio del cual el poder fascina, aterroriza, inmoviliza. En síntesis, al atar e inmovilizar, el poder es fundador y garante del orden; y la historia es, precisamente, el discurso por el cual esas dos funciones que aseguran el orden van a ganar intensidad y eficacia²¹.

Por lo cual, así como existe un discurso de poder que se cristaliza de acuerdo con cómo se narra la historia, existe también una memoria hegemónica de ese pasado que tiene como intención cohesionar el relato identitario reproduciendo esa dominación. Sin embargo, así como existe el poder existe su resistencia. Por lo que la existencia de una única memoria colectiva no es una realidad pacífica. Las luchas por el pasado, como bien apunta Jelin, son luchas por definir y nombrar lo que «tuvo lugar durante períodos de guerra, violencia política o terrorismo de Estado, así como los intentos de honrar y homenajear a las víctimas e identificar a los responsables»²². En otras palabras, la forma de resistir los relatos hegemónicos es a través de la producción de otras formas de recordar y olvidar por parte de otros grupos sociales. Esto es lo que conocemos como contramemorias.

En estas páginas cuando me refiero a la memoria colectiva, contemplo también un entretejido de recuerdos a través de la forma en la que los hechos

¹⁹ TAJFEL, H./TURNER, J.C.: «The Social Identity of Intergroup Behaviour», en Worchel, S. (ed.): *Psychology of Intergroup Relations*, Chicago: Nelson-Hall, 1986, pp. 7-12.

²⁰ FOUCAULT, M.: *Microfísica del Poder*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2019.

²¹ FOUCAULT, M.: *Hay que defender la sociedad*, Madrid: Akal, 2003, p. 70.

²² JELIN: *Las tramas del tiempo*, pp. 563-564.

del pasado son narrados en el presente por diversos grupos sociales. Se trata de memorias diversas: yuxtapuestas, contradictorias, complementarias. Pero todas existen y forman parte de la identidad social, más o menos compartida. Por eso nos debemos referir a las memorias colectivas y no a una única memoria. Deben ser necesariamente plurales ya que cada grupo social, según sus características, tendrá una memoria o unas memorias *parciales y selectivas* de la reconstrucción del pasado²³.

Además de este carácter contradictorio y diverso que poseen las memorias, desde lo subalterno también qué es lo que se recuerda de pasado produce sujetos en el presente. Por ejemplo, el caso de las memorias de las mujeres es un caso de contramemoria. De acuerdo con las psicólogas sociales Lelya Troncoso e Isabel Piper «Una mirada feminista nos insta a cuestionar quién, desde dónde y con qué se construyen determinadas versiones sobre el presente y el pasado, es decir sobre la realidad social y sus memorias»²⁴. La forma en la que observamos la memoria de las mujeres puede ser una tarea contrahegemónica. Eso dependerá de la forma en la que contextualicemos la producción de las contramemorias y se refiera a sus condiciones históricas. Si pensamos que el sujeto que produce la memoria es homogéneo estamos considerando que todas las vivencias son idénticas tanto en necesidades victimales como en contextos sociales atravesados por las diferencias de clase, etnicidad, generación, sexualidad, entre otras²⁵.

Esta perspectiva de la memoria colectiva realza su carácter diverso y pone en evidencia que las interpretaciones únicas de pasado no son posibles. El espacio de la memoria en las sociedades siempre será un espacio de lucha política por el pasado y por el presente desde la subjetividad. Por estos motivos es que, en los procesos sociales que apuntan a una convivencia pacífica luego de un conflicto, los trabajos de la memoria resultan útiles para dar los espacios donde las voces que no han tenido lugar para hablar lo puedan hacer.

Como veremos, las formas en las que se producen las contramemorias son diversas. La transmisión de los relatos del pasado en especial para aquellas personas que no han experimentado el evento será la clave para las construcciones de la subjetividad. Así como se transmiten las vivencias a través de los narrados, a través de los relatos, se transmiten también los silencios. El formato

²³ LIRA, E.: «Las resistencias de la memoria: olvidos jurídicos y memorias sociales», en Vinyes, R. (Aut.): *El estado y la memoria: gobiernos y ciudadanos frente a los traumas de la historia*, Barcelona: RBA Libros, 2009, p. 70.

²⁴ TRONCOSO PÉREZ, L./PIPER SHAFIR, I.: «Memoria colectiva como dispositivo de producción de verdad», en *Athenea Digital*, vol. 15, n.º 1, 2015, p. 70.

²⁵ TRONCOSO/PIPER: «Memoria colectiva como dispositivo...», pp. 82-3.

de producción sonora que propone el podcast permite narrar hechos del pasado que serán escuchados en el presente. Lo interesante, en mi opinión, es la capacidad que tiene el formato en audio para transmitir no solo el relato, sino también el silencio. Cómo escuchar el silencio. De eso trata «Se llamaba como yo» de la serie *De eso no se habla*.

II. «SE LLAMABA COMO YO», UN PÓDCAST DE SILENCIOS

No llama la atención que hoy hablemos de podcast y criminología. Si bien el género *true crime* no es una creación nueva²⁶, lo cierto es que la forma en la que se distribuye este tipo de contenido hoy es exponencialmente mayor. En las partes mundo donde hay acceso a internet y a las plataformas de repetidoras de contenido, podemos elegir entre ficciones sonoras que reproducen crímenes famosos o de gran repercusión mediática como también a la cobertura en vivo de delitos aberrantes y violencia sistemática semana a semana. Y ello solo teniendo en cuenta el formato audio ya que si sumamos el vídeo en los últimos años hasta hemos podido ver en vivo desde la comodidad de nuestras casas el aniquilamiento del pueblo palestino. La mediatización de la violencia es total.

En este caso, el podcast elegido para reflexionar difiere un poco de la clásica estructura del *true crime*. «Se llamaba como yo» es la tercera temporada del podcast *De eso no se habla*, dirigida por la escritora y documentalista sonora Isabel Cadenas Cañón.²⁷ Esta temporada de siete episodios y un epílogo estrenados en 2025 se desarrolla la investigación profunda que lleva adelante su autora. Al comienzo del primer episodio que se titula «Begoña», Cadenas Cañón dice:

Esta historia empieza en una cocina. Esa cocina está en Lasarte, un pueblo de Gipuzkoa, muy cerca de Donostia, de San Sebastián. Podría ser la cocina de cualquiera de nuestras abuelas: suelo de baldosa, fotos y dibujos de niños en la nevera, una ventana que da a un balcón cubierto. Está limpiísima, tiene mucha luz. Desde hace 10 años, en esa cocina se reúne un grupo de vecinas y vecinos de Lasarte que trabajan sobre la convivencia. Se llaman así, de hecho, «Bizikidetza», «convivencia» en euskera²⁸.

²⁶ SÁNCHEZ-ESPARZA, M./MÉNDIZ-NOGUERO, A./BERLANGA-FERNÁNDEZ, I.: «La narrativa transmedia en los true crime: del relato periodístico a las pantallas. El caso de Lucía en la telaraña», en *Literatura y Lingüística*, n.º 48, 2023, p. 21.

²⁷ CADENAS CAÑÓN, I.: «Se llamaba como yo», en *De eso no se habla*, 2025, disponible en: deeseonosehabla.com.

²⁸ CADENAS CAÑÓN: «Capítulo 1. Begoña», en *Se llamaba como yo*, min. 00:10-00:42.

Desde este tono íntimo, desde lo cotidiano, ella nos narra lo que la atraviesa:

Esa noche había estado leyendo sobre la historia de aquella niña. Era una historia de muchas décadas de silencio, pero que de repente, en un momento, se había convertido en una historia muy, muy mediática²⁹.

Y antes de comenzar poco a poco a narrar la historia de la protagonista, Isabel Cadenas Cañón hace esta reflexión sobre porque es ella también, en ese rol de contadora de silencios, una protagonista de esta historia. Aquí es donde este pódcast se vuelve clave para pensar en clave de criminología cultural y memoria colectiva:

Yo siempre cuento historias de silencios. El pódcast que dirijo, este pódcast, se llama «De eso no se habla», y había llegado a esta historia por eso: para entender cómo una familia había vivido tantos años sin hablar. Pero ahora, de repente, parecía que esta era, también, una historia de ruido. De mucho, mucho ruido. Eso pensaba, en ese tren, de camino a Lasarte. Pero pensaba, también, otra cosa. Algo más personal, que tenía que ver con mi propia historia. Yo soy vasca. Nací y crecí en Euskadi. He contado muchas veces historias sobre el País Vasco, pero nunca he contado una sobre el «tema vasco», sobre el conflicto, sobre el terrorismo, sobre nuestra historia de violencia política... Sobre cualquier manera en la que queramos llamarlo, porque es que ni siquiera hay palabras comunes para hablar de «lo que pasó». Todas están cargadas. Si ni siquiera sabía si decir Donostia o San Sebastián en esta locución, si decir Euskadi o País Vasco. Y yo trabajo con palabras. ¿Realmente tenía yo ganas, fuerza, tenía yo valentía para meterme en esta herida abierta de mi país? ¿En este tema prohibido para muchas, sagrado para otros, cargado para todas? ¿En ese tema que es quizá el tema más difícil de hablar para muchas de nosotras y desde luego para mí? ¿Estaba yo misma entrando en mi propio «De eso no se habla»?³⁰

Desde este capítulo, la directora irá desarmando su voz y dándole cada vez más espacio a la de la verdadera protagonista de la historia: Begoña Urroz, la hermana de la niña asesinada por la explosión de una bomba puesta por el Directorio Revolucionario Ibérico de Liberación (DRIL) en la estación de tren de Amara en Donostia-San Sebastián el 27 de junio de 1960.

Con relación a los hechos, la investigación llevada adelante por Cadenas Cañón se propone indagar sobre algo que no está en debate en la actualidad³¹

²⁹ CADENAS CAÑÓN: «Capítulo 1. Begoña», en *Se llamaba como yo*, min. 6:15.

³⁰ CADENAS CAÑÓN: «Capítulo 1. Begoña», en *Se llamaba como yo*, min. 6:32.

³¹ FERNÁNDEZ SOLDEVILLA, G./AGUILAR GUTIÉRREZ, M.: *Muerte en Amara. La violencia del DRIL a la luz de Begoña Urroz*, Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo (Informe n.º 6), junio de 2019, p. 55 (disponible en: www.memorialvt.com).

pero que, sin embargo, no es ampliamente conocido por la sociedad española. La autoría del atentado durante años atribuido erróneamente a ETA produjo que la víctima del delito, Begoña Urroz, sea disputada desde el discurso político de forma antagonista³². Es decir, este evento delictivo de pasado, desde la perspectiva de la criminología cultural, es trabajado en el pódcast como un evento traumático que afectó de forma directa a la familia que, hasta ahora, no había podido hablar abiertamente de este trauma. Pero no solo a la familia sino a su hermana quien además lleva el mismo nombre.

Con relación al hecho Isabel Cadenas Cañón analiza la forma en la que se instaló el relato de la autoría del atentado y cómo ello determinó que existiera un amplio consenso a la hora de reconocer a la familia Urroz como víctimas de ETA. Y que, como consecuencia, se erigiera el 27 de junio como día oficial en el que se conmemore a las víctimas de terrorismo. A través de su trabajo de investigación –donde colaboró la agencia de corroboración de datos Fundación Maldita– accedió a entrevistar a figuras significativas en la producción del relato: desde víctimas, periodistas, historiadores e historiadoras, hasta políticos, incluyendo a José Luis Rodríguez Zapatero y a José Bono, actores clave para ello.

Además, en simultáneo y gracias a otras subcapas de análisis, el pódcast también narra el camino de la Begoña Urroz superviviente de su hermana y su propia identificación como víctima. El análisis del delito no es fundamental. Lo que se vuelve clave es el protagonismo de las víctimas. De hecho, en un acto muy relevante para la constitución de agencia de la propia víctima, es ella quien, en el último episodio, «La Cocina»³³ narra en *su propia voz*. Esta producción, a través de un viaje sonoro que habilita las emociones, las contradicciones y los silencios, potencia un lugar donde se reflexiona sobre la violencia y el sufrimiento. Donde hay espacio para una contramemoria silenciada por cinco décadas.

III. UNA BREVE CONCLUSIÓN PARA CONTINUAR LA REFLEXIÓN

Las formas de narrar son enormemente diversas. Desde las formas de producir un contenido hasta en cómo lo decimos. A su vez, reflexionar sobre el pasado y transmitirlo a las generaciones que no lo han experimentado es parte fundamental en todas las culturas y desde todos los tiempos. Por último,

³² BULL, A.C./HANSEN, H.L.: «On agonistic memory», en *Memory Studies*, vol. 9, n.º 4, 2016, p. 394.

³³ CADENAS CAÑÓN: «Capítulo 7: La Cocina», en *Se llamaba como yo*, min.

así como transmitimos la cultura, también transmitimos lo que elaboramos sobre las normas, su incumplimiento y la producción de la identidad *víctima*.

Todos estos elementos convergen en el pódcast de Isabel Cadenas Cañón «Se llamaba como yo». Es un trabajo que puede ser analizado desde las disciplinas artísticas por su contenido como experiencia musical y sonoro, por la forma en la que está editado y montado. Por cómo está guionado. Asimismo, puede ser analizado por tu rigurosidad periodística y archivística; todos los datos han sido contrastados con el fin de sostener cierta objetividad –si es que acaso tal cuestión existe en esos términos absolutos– o bien si ha habido fallas en la investigación. Por último, podemos pensar en que su escucha colectiva produce a un sujeto: la memoria de una mujer, víctima de un delito y cuyo testimonio fue indiferente para el relato hegemónico. El pódcast podríamos decir que es un objeto de estudio polisémico. Por lo tanto, no es posible pensarlo desde una sola perspectiva.

La interdisciplina metodológica nos brinda diversas herramientas de análisis para este caso. Por una parte, la criminología cultural nos acerca a revisar el contexto cultural y lo significantes tanto de quienes cometieron el atentado como de qué tipo de víctimas constituyó y qué tipo de derechos han tenido a lo largo de los años. Asimismo, desde los estudios de memoria, podemos reflexionar de manera crítica sobre ese silencio y sobre el rol de esas víctimas. Por último, la perspectiva de la epistemología feminista nos alerta sobre la reproducción de estereotipos de género en esas memorias. Estas perspectivas habilitan a la existencia de víctimas cuyas realidades se encuentren en los márgenes de la narrativa oficial, de la memoria hegemónica colectiva y cuyas necesidades no son atendidas.

Ahora, gracias a este pódcast, podemos comprender otra memoria, contradictoria, diversa y generizada que existe en nuestra sociedad de la que antes no teníamos un registro público al cual referirnos. Desde la criminología cultural, los estudios de memoria y la epistemología feminista podemos enmarcar este suceso cultural y revisitarlo como un agente de memoria clave en la transformación de una memoria colectiva más plural e inclusiva.

El impacto de este pódcast es intenso porque recoge los silencios y no los ignora, sino que los amplifica, se hace cargo de ellos y les da espacio. Se convierte así en un espacio de *justicia* donde las voces de las víctimas puedan existir más allá de la instrumentalización y, aunque sea escapando de su propio deseo, volviendo más justa a la sociedad de todas y todos.

142. LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN PRISIÓN: UN COLECTIVO DOBLEMENTE MARGINADO

ELENA MACULAN
Profesora titular de Derecho Penal
UNED¹

I. INTRODUCCIÓN

El Profesor José Luis de la Cuesta, que en su obra ha siempre prestado una atención particular a colectivos especialmente vulnerables y al impacto del Derecho Penal sobre sus derechos, señalaba, ya en el año 2006, la sobrerrepresentación de las personas extranjeras en prisión, avisando de la incidencia negativa de ese fenómeno «en la construcción de la imagen social de la delincuencia, en particular, debido al automatismo de las percepciones sociales en la identificación de inmigración con delincuencia, algo que contradice plenamente los resultados del análisis racional de los datos estadísticos disponibles»². Veinte años después, esas advertencias no solamente siguen siendo sumamente actuales, sino que se han vuelto más apremiantes a raíz de varias reformas en materia penal y de gestión de la inmigración, así como del auge del discurso antinmigración abanderado por algunos partidos políticos. Esta estrategia «promueve la exclusión y marginalización de las personas extranjeras que delinquen, pre-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal» (PID2022-138077OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Extranjería y privación de libertad», en *Revista de estudios penitenciarios*, n. extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), 39-58, p. 41.

sentándola como una solución definitiva al problema, al tiempo que busca reforzar la percepción de control y seguridad entre la población»³.

La reciente entrada en vigor, en mayo de 2025, del nuevo Reglamento de Extranjería⁴, ha introducido algunas novedades positivas en la gestión, tan compleja, del fenómeno migratorio (por ejemplo, la figura del arraigo de segunda oportunidad y el permiso para familiares españoles), pero no modifica el régimen sancionador ni los rasgos esenciales de la política legislativa de extranjería, «selectiva del tipo de extranjero querido y eminentemente defensiva ante el inmigrante infractor»⁵, ni llega a tocar el núcleo de la regulación aplicable al colectivo específico de los condenados extranjeros en prisión.

Según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, en diciembre de 2023 (el último dato disponible) había 17.693 personas extranjeras en prisión, equivalente al 31,2% de la población reclusa⁶. Si lo comparamos con el mismo dato de 10 años antes (diciembre 2013)⁷, el número ha bajado significativamente (en 2013 había 66.765 extranjeros), pero, considerando que el número total de personas reclusas también ha bajado en este tiempo, concluimos que el porcentaje se ha mantenido prácticamente igual (31,6% en 2013 frente al 31,2% de 2023). En las estadísticas comparadas con otros países europeos, este porcentaje está entre los más altos: por ejemplo, el informe SPACE I⁸ coloca a España entre los países que tienen un porcentaje «muy alto» de internos extranjeros (superior a la media europea, que es del 16,1%).

Estos números explican la relevancia y la actualidad de los estudios dedicados a los extranjeros en prisión⁹: un colectivo, que, además, sufre de una

³ COLOMO IRAOLA, H.: «Las personas extranjeras como colectivo vulnerable: la última expresión del modelo gerencial-actuarial de penalidad», en De la Mata Barranco, N/Pérez Machío, I. (dirs.), *Personas vulnerables y tutela penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 165-192, p. 86.

⁴ Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE 20/11/2024, entrado en vigor el 20/5/2025.

⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», *RECPC*, n.º 14-07, 2012, p. 3.

⁶ CGPJ, Estadística Penitenciaria, año 2023.

⁷ CGPJ, Estadística Penitenciaria, año 2013.

⁸ AEBI, M.F./COCCO, E.: *Space I – 2024*. El informe, que recoge datos a 31 de enero de 2024, nos arroja un dato ligeramente diferente: 16.791 hombres extranjeros, que representan al 31.7% de los internos en prisión, y 1.000 mujeres extranjeras, que constituyen el 25% de las internas.

⁹ Entre las numerosas e interesantísimas obras sobre el tema, menciono, sin pretensión de exhaustividad: LACRUZ LÓPEZ, J.M.: «El extranjero en el Derecho Penal español», en VV.AA.: *El extranjero en el Derecho español*, Madrid: Dykinson, 5.ª ed., 2025; PÉREZ ARNALDO, L.: *La extranjería en prisión. Estudio jurídico desde la perspectiva resocializadora*, Ministerio del Interior, 2021; Martínez Escamilla, M. (coord.): *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid: CGPJ, 2015; NISTAL BURÓN, J.: «La condición de extranjero en el derecho penitenciario español», en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 31, 2012, pp. 49-72; ACALE SÁNCHEZ, M.: «Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería», en Boza Martínez, D./Donaire Villa, F.J./Moya Malapeira, D. (coords.):

doble marginación: aquella, inevitable, consustancial a la situación de privación de libertad, y aquella, mucho más sutil y difícil de justificar, derivada de su condición de extranjeros, que contribuye a que «sea más proclive a sufrir la excepcionalidad legal»¹⁰.

Es cierto que, a partir de la previsión del artículo 13 de la Constitución española, la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y el Reglamento Penitenciario (RP) otorgan a los internos extranjeros un conjunto de principios y derechos en igualdad de condiciones con los internos españoles (arts. 3 LOGP y 4 RP), particularmente en materia de comunicaciones y de acceso a la formación y educación (arts. 41.7 y 118 RP). Es más: el RP les reconoce algunos derechos específicos, relacionados con la necesidad de protección reforzada o medidas *ad hoc* que su condición de extranjeros implica, como el contacto con las autoridades diplomáticas de su país, la información en su idioma y el respeto de su alimentación y ritos (arts. 15.5, 41.7, 49.3, 52.2 y 52.4, 230.3 RP)¹¹.

Sin embargo, la afirmación de derechos a nivel normativo no siempre es llevada a la práctica de manera satisfactoria, en muchas ocasiones por falta de recursos, así como por las dificultades objetivas que estos internos plantean en términos de integración, por su mayor exposición al riesgo de discriminación y sus más reducidas posibilidades de resocialización, debido a su origen cultural y a la falta de arraigo y de apoyo social¹².

La doble marginación de este colectivo no depende solamente de dificultades prácticas, sino que existen, además, algunos mecanismos, destinados específica y exclusivamente a ellos, que se traducen en un trato más aflictivo y en la que ha sido definida como una verdadera «discriminación institucional»¹³. Entre ellos, me centraré en dos: la concesión de los permisos de salida y la expulsión del territorio español.

La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España, Valencia: Tirant, 2012, 561-596; LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

¹⁰ COLOMO IRAOLA, H.: «La expulsión penal de personas extranjeras: una paradoja jurídica entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal», en *Revista penal*, n.º 56, 2025, 83-108, p. 85.

¹¹ Se ha sugerido que puede hablarse hasta de ventaja, en cierta medida, en relación con derechos para cuyo disfrute se requiere a los extranjeros, con carácter general, el cumplimiento de algunos requisitos o trámites que no se exigen, en cambio, en el medio penitenciario, como ocurre con el acceso a asistencia sanitaria pública o el permiso para trabajar: PÉREZ ARNALDO, L.: *La extranjería en prisión. Estudio jurídico desde la perspectiva resocializadora*, Ministerio del Interior, 2021, p. 33. Personalmente considero que no cabe hablar de una verdadera ventaja, sino que es una consecuencia natural del funcionamiento del sistema penitenciario.

¹² DE LA CUESTA: «Extranjería y privación de libertad...», pp. 43-4.

¹³ *Ibidem*, p. 55.

Ambos muestran un automatismo en la aplicación, debido, en el primer caso a los criterios aplicados por la administración penitenciaria, y en el segundo caso a una regulación legislativa muy estricta y confusa. Ambos han contribuido a crear un régimen de excepción para los condenados extranjeros y mal se condicen con los fines pretendidos mediante el ejercicio del *ius puniendi* y la ejecución de las penas, planteando serias dudas de compatibilidad con los principios de igualdad, de proporcionalidad y, sobre todo, de resocialización.

II. LA LEJANÍA DE LOS PERMISOS DE SALIDA

Un primer ámbito en el que el colectivo de internos extranjeros sufre una desventaja respecto de los otros condenados es la concesión de permisos de salida: permisos de hasta 7 días que pueden concederse a los condenados clasificados en segundo y tercer grado, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta, y cuya función es, como indica literalmente el art. 47 LOGP, la «preparación para la vida en libertad». Además, el Tribunal Constitucional (TC) ha venido reconociéndole la finalidad de fortalecer los vínculos familiares¹⁴, aspecto que también redundaría en beneficio del proceso de resocialización.

Esta última finalidad puede cuestionarse para aquellas personas extranjeras que no tienen vínculos familiares en España; sin embargo, existen asociaciones y entidades que trabajan con este colectivo y que están dispuestas a acoger a estos condenados durante el disfrute del permiso. Es más: en mi opinión, la falta de un entorno familiar hace que sea todavía más necesario, y lo convierte en tarea de las instituciones públicas y de las asociaciones que colaboran con ellas, preparar y acompañar a estas personas para su regreso a la vida en libertad, por lo que los permisos de salida tendrían una gran utilidad en estas situaciones.

Quizás el único caso en el que cabe dudar de la utilidad de los permisos de salida es para los extranjeros que se encuentran en situación irregular, para los cuales el destino final es la expulsión y no parece necesario, por tanto, ese progresivo acercamiento a la vida en una sociedad de la que ya se sabe que no podrán formar parte¹⁵. Aquí aparece muy claramente esa subordinación de la

¹⁴ STC 112/1996, de 24 de junio.

¹⁵ SOLAR CALVO, P.: «Extranjeros en prisión y jurisprudencia europea. La necesaria revisión de la TVR penitenciaria», en *Revista CEF Legal*, n. 222, 2019, 77-106, p. 82.

regulación penal y penitenciaria a la normativa en materia de inmigración, denunciada por muchos autores ¹⁶, que frustra el objetivo de resocialización que debería presidir la ejecución de las penas según el mandato constitucional. Es más: se va generando una dinámica retorcida por la cual los internos extranjeros tienen mayores dificultades para contar con la prognosis favorable necesaria a disfrutar de permisos de salida, del tercer grado y de la libertad condicional, por no tener documentación que les autorice a residir en el país ¹⁷, pero tampoco pueden optar a obtener esa documentación si son condenados por un delito.

Pero el aspecto más problemático, en mi opinión, es que en la práctica penitenciaria se tiende a denegar los permisos de salida a todo interno extranjero de manera casi automática. La concesión del permiso está supeditada a un informe preceptivo del equipo técnico, que, según el art. 156 RP, será desfavorable cuando parece probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno. Para la valoración de estos aspectos se utilizan dos instrumentos: la tabla de variables de riesgo (TVR) y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares (tabla CCP).

La TVR, introducida por la Instrucción 1/95 y modificada por la Instrucción 1/12, contiene un listado amplio de variables que se consideran estadísticamente influyentes en el éxito de los permisos y que ayudan a concretar el mayor o menor riesgo de quebrantamiento, el buen uso que se pueda hacer de la salida (por ejemplo, cuando haya drogodependencia) y el beneficio que la misma pueda implicar para el tratamiento del interno. Ahora bien, la TVR incluye precisamente, entre los factores de riesgo, la extranjería, asignando la siguiente puntuación:

– 0: nacionales españoles y situaciones equiparadas (no nacional casado con nacional y con 3 años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada, en libertad/no nacional asentado en territorio nacional con permiso de trabajo y residencia durante 5 años).

¹⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE: «El modelo político-criminal español...», p. 3; NAVARRO CARDOSO, F.: «Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal "simbólico" y Derecho Penal del enemigo», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 2, 2004; ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración», en Laurenzo Copello, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 17-96.

¹⁷ DE LA CUESTA: «Extranjería y privación de libertad...», p. 46, que destaca que, además, en ocasiones son los mismos obstáculos que el sistema pone a la renovación de determinados permisos administrativos los que generan la situación de falta de documentación.

- 1: ciudadano de la UE con buena vinculación o apoyo institucional.
- 2: no nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen.
- 3: sin vinculación en el territorio y sin tutela acreditada, ni solvente.

De acuerdo con esta clasificación, un extranjero en situación irregular tendrá la puntuación más elevada y por tanto una mayor probabilidad de obtener un informe desfavorable del equipo técnico de cara a la concesión de permisos¹⁸. Además, el peso que se asigna a la variable de extranjería es mayor que el de otras variables en el cálculo del porcentaje de riesgo de quebrantamiento¹⁹ y esto da lugar a automatismos en la aplicación que no siempre reflejan un riesgo real de quebrantamiento de condena. De hecho, «irremediablemente, de tenerse en cuenta esta variable, el resultado total de la tabla se moverá entre el 85 y el 100 % de riesgo de quebrantamiento»²⁰, con independencia de que el interno cuente con un arraigo que minimiza el riesgo de fuga.

A todo ello hay que añadir que estudios empíricos han detectado, en los resultados arrojados por la aplicación de esta tabla, una altísima tasa de falsos positivos, debido a que «lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de acierto cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto»²¹.

Por otro lado, la tabla CCP, creada por la Instrucción 22/96, pretende objetivar las variables que el art. 156 RP clasifica como especialmente determinantes de cara a valorar la oportunidad de proponer una salida de permiso. La Instrucción 1/2012 ha añadido, entre las circunstancias peculiares allí recogidas, que exista una resolución judicial o administrativa de expulsión en caso de que el interno sea extranjero, siendo esta la situación más común para los extranjeros en prisión y por tanto un obstáculo ulterior a la obtención de per-

¹⁸ El mecanismo de concesión de permisos de salida ha sido criticado también, más allá del colectivo de presos extranjeros, debido al amplio número de factores preclusivos que se valoran, a la intervención de múltiples actores en el proceso y a su discrecionalidad y no infrecuente inconsistencia de soluciones, que ha llevado calificarlo como un proceso en el que «se inventan las leyes»: LARRAURI, E.: «Se inventan sus leyes: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida penitenciarios?», en *Jueces para la democracia*, n. 94, 2019, pp. 43-58.

¹⁹ PÉREZ ARNALDO: *La extranjería en prisión...*, p. 37.

²⁰ SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...», p. 100

²¹ MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n.º 2, 2014, p. 24.

misos²². Además, hay una incoherencia entre la valoración aquí prevista, que se aplica únicamente a los extranjeros fuera de la UE, y la expulsión penal que, tras la reforma del Código Penal aprobada por LO 1/2015, puede aplicarse también a ciudadanos de la UE.

Lo criticable de esta regulación, en mi opinión, no es la inclusión de la condición de extranjero entre los factores a valorar, puesto que efectivamente puede suponer más dificultades para el disfrute de los permisos y, en general, para el proceso de resocialización. Lo que debería revisarse es el automatismo de su aplicación²³, que no permite una adecuada ponderación con otros elementos o factores que pueden darse en cada situación concreta (elementos de arraigo, contar con el apoyo de una asociación...) y que podrían apuntar hacia la dirección contraria, es decir, hacia una mayor garantía de cumplimiento. Las valoraciones basadas en estas tablas, en cambio, «se construyen en torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran»²⁴. Este automatismo choca frontalmente con el principio de individualización científica en el cual está inspirado nuestro sistema penitenciario, además de alejar enormemente el fin de resocialización para un colectivo entero, como se ha recordado, sobrerrepresentado en los centros penitenciarios. Esta dinámica es una manifestación del llamado «actuarialismo penal», una aproximación que «analiza el colectivo como tal, dejando a un lado las circunstancias personales de cada sujeto», cuyo «objetivo es la gestión del riesgo mediante la neutralización de la peligrosidad de determinados sectores»²⁵.

Hay cierto esfuerzo para corregir esta tendencia a nivel de interpretación judicial: siguiendo el eco de la jurisprudencia europea, varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP) hacen hincapié en la importancia de valorar la situación de arraigo del extranjero a la hora de decidir sobre sus permisos de salida, sin que la existencia de una orden de expulsión que le afecte constituya un motivo automático de denegación²⁶. Esta interpretación ha sido plasmada

²² Como ya puso de manifiesto un estudio de hace diez años, entre 1979 y 2016 la concesión de permisos de salida había alcanzado el 73% de las solicitudes formuladas por internos nacionales, pero se había quedado en apenas un 20% para los internos extranjeros. LARRAURI, E./ROVIRA, M./ALARCÓN, P.: «La concesión de permisos penitenciarios. Una aproximación criminológica a distintas fuentes de variación», en *RECPC*, n.º 20-02, 2018, p. 15 y ss.

²³ SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...», p. 100.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ COLOMO IRAOLA: «Las personas extranjeras...», p. 168.

²⁶ GARCÍA ESPAÑA, E.: «El arraigo de extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión», en *Migraciones*, n.º 44, 2018, pp. 119-144.

entre los denominados *Criterios comunes de actuación* de los JVP, en su reunión de 2018²⁷, que ha definido el siguiente criterio n. 44:

«44. Permisos de salida para internos extranjeros. En los permisos de salida para extranjeros la situación de irregularidad, con orden de expulsión vigente, no excluye automáticamente la concesión del permiso, cuando el interno acredite arraigo suficiente en territorio español. No obstante, serán causa de denegación los supuestos de extranjeros indocumentados, que se nieguen a ser documentados».

Este criterio debe valorarse muy positivamente, porque pretende corregir y revertir el automatismo señalado más arriba, recuperando la necesidad de una valoración individualizada, más conforme con los principios de igualdad, de proporcionalidad y de resocialización.

III. LAS MUCHAS CARAS DE LA EXPULSIÓN

El mecanismo que sin duda pervierte por completo los criterios de ejecución de la pena y los fines perseguidos por esta es la expulsión, que constituye el horizonte final de los condenados extranjeros, siendo su ejecución posible y prevista una vez que se clasifique al condenado en tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

En nuestro ordenamiento coexisten diferentes formas de expulsión, tanto administrativa como penal, con condiciones parcialmente diferentes y, sobre todo, con cierta confusión entre sus respectivos fundamentos y fines. De entrada, la existencia de antecedentes penales (por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo cancelación de los antecedentes) constituye el presupuesto para aplicar la expulsión administrativa dispuesta en la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx), tanto en su forma directa (art. 57.2 LOEx), como en su forma indirecta [art. 53.1 a) LOEx]. La expulsión administrativa funciona, por tanto, como consecuencia colateral de la condena, pudiendo alcanzar, en su forma indirecta, penas menos graves y leves²⁸.

²⁷ Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en sus XXXIII reuniones celebradas entre 1981 y 2025. Último texto consolidado 2025, Almería.

²⁸ LARRAURI, E.: «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret*, n.º 2, 2016. Destaca la autora que la salvedad que evita la expulsión directa cuando los antecedentes penales estén cancelados es de imposible cumplimiento si la expulsión se ejecuta inmediatamente después de cumplir la pena, y difícil en los demás casos, debido a la dificultad del procedimiento de cancelación.

Paralelamente, el art. 89 CP regula la expulsión penal, configurada como sustitutivo de las penas de prisión de más de un año, más allá de las múltiples y fundadas críticas acerca de la indefinición de su verdadera naturaleza jurídica²⁹. La doctrina ha analizado ampliamente este mecanismo, denunciando sus aspectos problemáticos, entre los cuales su carácter imperativo (salvo que pueda aplicarse alguna de las cláusulas de excepción previstas) y la vulneración del principio de proporcionalidad y de *ne bis in idem* cuando se permite su ejecución después del cumplimiento de parte de la pena de prisión³⁰. Además, su ejecución cuando el interno acceda al tercer grado o a la libertad condicional altera por completo la función de estas dos fases de cumplimiento (o de suspensión de la ejecución, en el segundo caso), «vinculadas a una ejecución eminentemente tratamental de la pena privativa de libertad para el logro de fines que nada tienen que ver con la evolución del interno, ni con su pretendida reinserción final»³¹. Se confirma y refuerza, de esta manera, el sometimiento del Derecho Penal a la política de extranjería, incluso en la fase de ejecución penitenciaria, o, como se ha dicho eficazmente, «la conversión del Derecho Penal en ‘brazo armado’ de la política de extranjería o [...] en el ‘brazo tonto’ de la legislación de extranjería, en tanto no somete su intervención a los criterios racionales que justifican materialmente su intervención»³².

La reforma de esta disposición en virtud de LO 1/2015³³ ha corregido algunos aspectos problemáticos, al modular el tiempo de expulsión en función de la gravedad de delito cometido y de las circunstancias personales del condenado y al permitir que, de no poder ejecutarse la medida, los internos extran-

²⁹ COLOMO IRAOLA: «La expulsión penal...», pp. 83 y ss.; NAVARRO CARDOSO, F.: «Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica», en *Revista Penal*, n.º 47, 2021, pp. 193-226; ALASTUEY DOBÓN, C.: «Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, 2021, pp. 63-127; NAVARRO CARDOSO: «Expulsión «penal» de extranjeros...»; ASÚA BATARRITA: «La expulsión del extranjero...», pp. 17-96.

³⁰ Véanse las contribuciones citadas en la nota anterior. Además, se han señalado las disfunciones de la expulsión incluso como herramienta para una política de inmigración restrictiva, «porque no existe una planificación de la actuación administrativa y porque la aleatoriedad de sus efectos impide considerarla un instrumento integrante de una verdadera política»: CANCIO MELIÁ, M.: «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Pamplona: Civitas, 2005, pp. 183- 215.

³¹ SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...», p. 89.

³² NAVARRO CARDOSO: «Expulsión «penal»...», párr. 6.

³³ Para un resumen muy ilustrativo de las cuatro modificaciones sufridas por esta disposición en tan solo 25 años (que llevaron al TS a hablar de «vértigo legislativo» en la STS 901/2004, de 8 de julio, FD 2.º): NAVARRO CARDOSO: «Análisis del artículo 89...», pp. 195-6. Véanse también BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 235 y ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 138 y ss.

jeros puedan beneficiarse de la suspensión de la condena impuesta. Pero, por otro lado, la reforma ha complicado ulteriormente el cuadro, porque le ha asignado un alcance subjetivo mucho más amplio, que alcanza también a los extranjeros en situación regular (primando el criterio de nacionalidad sobre el de residencia)³⁴, e incluso a ciudadanos de la UE, aunque en este último caso con límites mucho más estrictos³⁵. Esta vuelta de tuerca, que carece del fundamento (ya cuestionable) del interés en el control de los flujos migratorios, genera una tensión evidente no solamente con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, sino también con la normativa europea en materia de libre circulación de personas³⁶.

De ahí que tanto la jurisprudencia europea, como la nacional hayan hecho hincapié en el criterio del *arraigo*³⁷, que la disposición normativa en su versión actual prevé como válvula de escape para exceptuar a determinados casos de la imposición de esta medida tan draconiana³⁸.

La incoherencia normativa entre diferentes tipos de expulsión es agravada por su previsión, en el art. 108 CP, como sustitutivo de una medida de seguridad. Este mecanismo difiere de su homónimo como sustitutivo de la pena de prisión tanto en su alcance subjetivo (pudiendo aplicarse solo a extranjeros no residentes permanentes), como en sus efectos, que prevén un plazo fijo único de prohibición de regreso de 10 años. Lo más preocupante, en todo caso, es que, al configurarse como sustitutivo de una medida destinada a sujetos imputables o semiimputables, se convierte en la externalización de un problema que debería atajarse, más bien, con un adecuado tratamiento médico o psicológico.

Por último, el art. 57.7 LOEx prevé otro tipo de expulsión administrativa, que obliga a la autoridad judicial, salvo concurrir motivos excepcionales que lo justifiquen y con la excepción de determinados delitos (delitos contra los trabajadores relacionados con la inmigración ilegal), a no continuar con una acción penal iniciada si el delito perseguido se castiga con una pena inferior a seis años, sustituyendo la misma por la expulsión administrativa ya decretada. Esta frontera temporal no coincide con el límite mínimo de un año fijado,

³⁴ NAVARRO CARDOSO: «Análisis del artículo 89...», p. 204.

³⁵ *Ibidem*, pp. 211-5.

³⁶ SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...», p. 93.

³⁷ Para un compendio de esas decisiones judiciales, véase SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...». Véase también CAMPOS HELLÍN, R.: «El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015», *Boletín Criminológico*, n. 25, 2019.

³⁸ Mostrando cómo, en este ámbito, «la legislación va por un lado y la jurisprudencia por otro»: NAVARRO CARDOSO: «Análisis del artículo 89...», p. 200.

como se ha recordado, por el art. 57.2 LOEx y por el art. 89 CP, aumentando la sensación de incoherencia normativa.

El núcleo esencial de la medida es el mismo (la expulsión del territorio español y la prohibición de regreso), pero en este caso se trata de una *renuncia* al ejercicio de la acción penal, en favor del interés prevalente de la expulsión, y no de un mecanismo de sustitución de la pena ni de una consecuencia de su ejecución. De hecho, se ha sugerido, con una imagen muy eficaz, que el art. 89 CP funciona como un «‘coche-escoba’ de este subsistema sancionador-defensista»³⁹ para aquellos que se escapan de la expulsión del art. 57.7 LOEx.

El resultado de la combinación de estas previsiones normativas es la expulsión como horizonte prácticamente ineludible para los extranjeros que hayan cometido un delito, que puede ejecutarse antes de su condena, como alternativa a la misma o después de su ejecución total o parcial. Se altera así el sistema de penas y se frustra su finalidad preventiva en sus múltiples dimensiones, con la única excepción del objetivo de inocuización de un colectivo considerado «indeseable». Además, como ha destacado un interesante estudio, los (escasos) datos proporcionados por las memorias de la Fiscalía General del Estado muestran que, pese a la mencionada ampliación del alcance subjetivo del art. 89 CP, prácticamente no se expulsa a ciudadanos comunitarios, casi no se expulsa a extranjeros y, esencialmente, se sigue expulsando a los «sin papeles», reafirmando así el sesgo aporofóbico que preside la política migratoria⁴⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La situación de los internos extranjeros revela la consolidación de un régimen de excepcionalidad que se traduce en una doble marginación: aquella inherente a la privación de libertad y otra vinculada a la condición de extranjería, que se manifiesta en obstáculos estructurales para el acceso a derechos y beneficios penitenciarios.

El primer problema detectado es que tanto la concesión de los permisos de salida, como la expulsión para condenados extranjeros, adolecen de un automatismo en la aplicación derivado bien de los criterios actuariales de la administración penitenciaria, bien de la propia legislación. Este rasgo vulnera el principio de individualización científica en el cual está inspirado el sistema

³⁹ NAVARRO CARDOSO: «Expulsión «penal...», párr. 9.

⁴⁰ NAVARRO CARDOSO: «Análisis del artículo 89...», pp. 219-22.

penitenciario, así como el principio de igualdad ante la ley y el de proporcionalidad de las penas, ya que se agravan las consecuencias sancionatorias por una condición, la de extranjero, que nada tiene que ver con la gravedad del hecho delictivo ni con el nivel de culpabilidad del sujeto.

Para paliar estas disfunciones, debería corregirse ese automatismo en el espacio residual que permite la legislación vigente: ante la expulsión, interpretando de manera flexible y favorable al reo la cláusula del art. 89.4 CP, que permite inaplicar la expulsión cuando resulte desproporcionada «a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España». Una interpretación que, como se ha dicho, ya se ha venido fraguando tanto en la jurisprudencia europea, como en la nacional. En el caso de los permisos de salida, debería rehuirse la asignación automática de puntuaciones, minimizar el impacto de la variable de extranjería en la valoración del riesgo y elaborar informes cuidados en los que se preste especial atención a las circunstancias de arraigo (familiar o de tutela) que pueda tener el extranjero⁴¹.

Estas medidas correctivas, ya muy útiles, posiblemente no sean suficientes para atajar el segundo problema que afecta en particular a la expulsión, es decir, la incoherencia en la regulación de sus diferentes formas, en el ámbito penal y administrativo. Para ello, debería emprenderse una reforma legislativa que elimine incongruencias injustificadas (por ejemplo, que su alcance como sustitutivo de la pena de prisión cubra extranjeros legalmente residentes), unifique los criterios y aclare tiempos, modalidad y sobre todo funciones asignadas a la expulsión.

Y aquí se inserta el tercer y mayor problema que transluce detrás de los dos mecanismos analizados: el olvido de la resocialización en favor de las políticas migratorias que tienden a la exclusión. Puede parecer un absurdo conceptual perseguir la resocialización de personas que, en realidad, no han llegado a formar parte legítimamente de la sociedad en la que se pretende reinsertarlas. Sin embargo, las situaciones personales pueden ser muy variadas y las dificultades y los retrasos en la tramitación pueden ser achacables a las propias instituciones y a su falta de recursos y personal (habrá que ver si el nuevo Reglamento de Extranjería consigue alcanzar su objetivo de mejorarlos y agilizarlos), sin mencionar consideraciones más básicas de pura solidaridad que llevarían a preguntarse por qué y de qué huyeron de sus países de origen.

Pero, sobre todo, creo que se debería articular la relación entre Derecho Penal y administrativo de una manera más coherente: si se aplica a los condenados extranjeros el mismo sistema penal y penitenciario de los condenados

⁴¹ SOLAR CALVO: «Extranjeros en prisión...», pp. 102-3.

nacionales (en particular, la pena de prisión, con su tratamiento penitenciario y sus mecanismos de resocialización), entonces debe hacerse hasta las últimas consecuencias, es decir, esa evolución que pueda tener el condenado y su pronóstico favorable de inserción social deberían tenerse en cuenta en los procesos de extranjería aplicables una vez cumplida la pena. Y es que, en realidad, el principio de resocialización no tiene por qué estar limitado por las fronteras del Estado, ya que los valores que las normas penales pretenden proteger son compartidos, en su núcleo más esencial, por la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, especialmente cuando se trata de delitos castigados con penas de prisión. Además, en una perspectiva más egoísta, el Estado debería tener cierto interés en favorecer la resocialización de personas que han manifestado su interés en residir en España, por si en algún momento consiguieran obtener un permiso de residencia y se convirtieran en miembros de su ordenamiento a todos los efectos⁴².

Todo ello tendría que acompañarse por la derogación de la expulsión como sustitutivo de la pena de prisión⁴³ y de una medida de seguridad, cuyo único objetivo identificable es una prevención especial negativa en su versión inocuizadora, «construida a partir de métodos predictivos de corte actuarial basados en un pronóstico de peligrosidad grupal, cuyo objetivo es apartar a la persona extranjera delincuente de la sociedad en la que cometió el delito»⁴⁴. Se pervierte así, para este colectivo de internos, la arquitectura de fines de la pena y se vulneran los principios de humanidad, proporcionalidad de la pena y no discriminación.

Paralelamente, debería articularse una regulación coherente de la expulsión exclusivamente en el ámbito administrativo, y solamente para los extranjeros en situación irregular, bien como expresión de la renuncia al *ius puniendi*⁴⁵, bien como procedimiento posterior al cumplimiento de la pena y desligado de ella, pero en cuya ejecución se tenga en cuenta, de cara a valorar el arraigo, la evolución positiva que en su caso haya experimentado el extranjero en el cumplimiento de su condena. Se recuperaría así la verdadera naturaleza de la expulsión: un mecanismo del Derecho de extranjería, separado y diferente del Derecho Penal, revirtiendo la «tensión, en ocasiones esquizofrénica», entre sus respectivas funciones⁴⁶.

⁴² En términos similares, GARCÍA ESPAÑA: «El arraigo de extranjeros...», pp. 132 ss., que destaca cómo el arraigo, además de evitar la expulsión, puede servir como factor de protección frente al delito.

⁴³ Ya lo defendía con contundencia NAVARRO CARDOSO: «Expulsión «penal...», párr. 8.

⁴⁴ COLOMO IRAOLA: «La expulsión penal...», p. 98.

⁴⁵ Sin desconocer que esta modalidad también plantea dudas acerca del principio de igualdad y, sobre todo, de presunción de inocencia. RODRÍGUEZ YAGÜE: «El modelo político-criminal español...», p. 5.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

Este cambio de enfoque podría contribuir a romper ese binomio inmigración irregularidad-criminalidad que el discurso de muchos partidos políticos y varios medios de comunicación insiste en instilar en la opinión pública⁴⁷ y a reducir esa doble marginación a la que están sometidos los extranjeros en prisión. En la línea marcada por la obra del Profesor De la Cuesta, el prestar atención a los efectos reales del sistema penal sobre los colectivos más vulnerables, el defender un Derecho Penal atento a los derechos fundamentales y el rechazar toda instrumentalización punitiva al servicio de objetivos extrapenales, ofrecen claves interpretativas plenamente vigentes.

⁴⁷ COLOMO IRAOLA, «Las personas extranjeras...», p. 177; NAVARRO CARDOSO: «Análisis del artículo 89...», p. 219.

143. LA TRASCENDENTAL REFORMA PENITENCIARIA DE 1968 Y SUS ANTECEDENTES

RICARDO M. MATA Y MARTÍN
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas penitenciarios están abocados a la reforma y mejora continua si no quieren sucumbir ante dos tentaciones extremas, el de las proclamas para la abolición de la pena privativa de libertad o, alternativamente su fosilización dando lugar a mayores críticas por su falta de legitimidad o de utilidad. En esta dicotomía o tensión entre reforma o abolición de la prisión J.L. de la Cuesta mencionaba que «ya hemos señalado que en el estadio actual de la evolución de la prisión, lejanas sus posibilidades reales de abolición, la función del jurista consiste, a nuestro juicio, en luchar por la mejora de la situación real de los internos, sin olvidar la denuncia de los efectos, funciones y utilidades ocultas de la pena privativa de libertad en ejecución prisional»¹. Atendiendo a esta idea y necesidad de la renovación penitenciaria tiene más sentido el estudio de alguna de las reformas de mayor calado en nuestra historia.

Sobrepasado el ecuador del siglo xx y tras los desastres de la Segunda Guerra Mundial los sistemas penitenciarios trataban de conseguir una cierta normalidad pero en realidad ya se percibían las nuevas necesidades. Avanzada

¹ *El sistema penitenciario: reforma o abolición*. Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián, 1983, p. 29.

la década de los 50 irrumpen dos factores que incidirán en la renovación de los sistemas penitenciarios del continente. Por una parte el movimiento político-criminal de la Nueva Defensa Social y también la conocida como Criminología Clínica. En ambos casos, de distinta manera, influye la consolidación académica y la capacidad de aplicación práctica de las emergentes ciencias de la conducta, la psicología y la educación en relación a la conducta del ser humano en particular, pero también de otros sectores como la sociología.

En cierta medida los sistemas penitenciarios europeos eran herederos de los llamados y clásicos sistemas progresivos, concebidos como una organización de la ejecución de la pena articulada en pasos sucesivos e inalterables hacia fases más avanzadas y cada vez más cercanas a las condiciones de la vida en libertad. Pero la incidencia de estas corrientes internacionales de pensamiento y de aplicación práctica hará que se produzcan cambios de relieve. Esto sistemas progresivos que parecían consolidarse como «el régimen tipo del siglo xx»², recibirán sin embargo el impacto de las nuevas metodologías y contenidos. En el caso español, tras algunos años de mayores y menores aportaciones al sistema, la reforma de 1968 supondrá la introducción de factores fundamentales de largo alcance en la forma de ejecutar las penas de prisión que llegan a la Ley Penitenciaria de 1979.

II. LA ACTIVA DÉCADA PENITENCIARIA

Son tiempos de cambio en la sociedad española, de mejora económica en el nivel de vida y de apertura al exterior. Es tiempo de constantes iniciativas y propuestas en el ámbito penitenciario, algunas de más enjundia y otras de menos calado, que podrán llegar a plasmarse en realidades. Autores como Bueno Arús o Mapelli nos han proporcionado algunos aspectos que se pueden apreciar en torno a la marcha del sistema penitenciario de la época y también la Revista de la Institución Penitenciaria refleja esas circunstancias que acompañan la evolución del encarcelamiento en nuestro país.

Mapelli³ ha indicado algunos rasgos de ese proceso de avance en el sistema penitenciario español de la década de los sesenta, aun contando con las dificultades y carencias existentes. Señala cómo en este periodo se incorporan lo que denomina las bases sistemáticas de la política penitenciaria –tanto en lo

² HUGUENEY/DONNDIEU/ANCEL. *Les grands systèmes penitentiaires actuels: exposé systématique du régime appliqué dans les différents pays*. Paris 1950, p. VII.

³ «Transición y sistema penitenciario». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, coord.). Comares 2022, pp. 7 y ss.

referente a las normas como a la praxis— que definen e informan nuestro sistema penitenciario hasta la actualidad. En esta década de los años sesenta del siglo anterior se comienza a extender la conciencia de la necesidad de afrontar desde otra perspectiva la actividad de la Institución Penitenciaria. La Revista oficial de la Administración Penitenciaria cambia su nombre a Revista de Estudios Penitenciarios en el año 1961 y persigue abrirse en mayor medida a las colaboraciones del mundo académico y de trabajos de investigación. También en este tiempo se inaugura la nueva sede de la Escuela de Estudios Penitenciarios con unos locales excelentes y una gran biblioteca, en un centro dirigido a la formación de los funcionarios penitenciarios. La progresividad penitenciaria había tenido como foco prácticamente único en años anteriores la liberación de los reclusos con ocasión o consecuencia de la Guerra Civil y ahora, sin embargo, «se pretende darles a estos beneficios una impronta resocializadora». En esa línea de apertura y mejora del sistema se pone en marcha un proyecto para el tratamiento especializado de jóvenes delincuentes orientado en todos los sentidos a un modelo de internado educativo integral que alcanzará resultados relevantes. También los capellanes de Instituciones Penitenciarias se muestran propicios al cambio y apuestan en reuniones y documentos por la reforma de la política penitenciaria. Recuerda también este autor alguna iniciativa para la mayor participación de los funcionarios de base en las reformas que «refleja de igual forma los esfuerzos por democratizar el sistema». También se alude a la creación de los Equipos de Observación y de la propia Central de Observación que permitirá una mayor seguridad y coherencia del sistema en las tomas de decisión con especial incidencia en la ejecución de la pena.

Lo que destaca de manera singular en este periodo penitenciario es el interés por la internacionalización, se busca afanosamente el acceso al conocimiento y novedades de los sistemas de prisiones comparados. Este acceso al panorama exterior se produce por distintas vías. En la Revista de la Administración penitenciaria son constantes, muy habituales las crónicas y estudios de lo que sucede en otros países, los artículos que se insertan sobre el funcionamiento de otros sistemas penitenciarios, de manera que es extraño el número de la Revista en la que aparezca este tipo de colaboraciones. También participan en ella, cada vez de forma más acusada, personalidades de relevancia internacional del campo de la criminología, el Derecho Penal o el penitenciarismo, como Giorgio del Vecchio, Jean Pinatel, Marc Ancel, Ferracuti, G. Canepa, E. Bacigalupo, García Basalo, G. Lavoisier, G. Picca, P. Bouzat, T. Sellin y otros numerosos autores e investigadores. Se participa igualmente en los foros internacionales de criminología, sistema penal o penitenciario, particularmen-

te en las reuniones científicas de la Sociedad Internacional de Criminología, desarrolladas en el marco de la actividad de Naciones Unidas.

Pero también se trae lo internacional a casa, de manera que en 1955 la Universidad de Valladolid organiza unas conferencias en las que intervendrán grandes criminólogos y juristas como Marc Ancel y Jean Pinatel. En 1961 el Instituto de Estudios Jurídicos organiza en Madrid una conferencia del Prof. Hans Heinrich Jescheck sobre «la reforma del Código penal alemán»⁴. También se organizan algunos de los eventos internacionales de la Sociedad Internacional de Criminología, como sucedió en Madrid en el año 1962 con el XI Curso Internacional con presencia numerosa de los máximos representantes de otros países de los estudios criminológicos y penales de aquella época⁵. En 1968 se realiza un ciclo de conferencias dedicado por la Escuela de Estudios Penitenciarios al tratamiento penitenciario, en colaboración con la embajada francesa y la Asociación Hispano-francesa de cooperación científica y técnica. Se renueva el ciclo el siguiente año (abril y mayo de 1969) para hablar de los Métodos del tratamiento de los delincuentes con un plantel de expertos internacionales que concurren convocados por la Central de Observación a Madrid. Nuevamente se reúne el ahora VI Congreso Internacional de Criminología en la capital de España (21-27 de septiembre de 1970), de la Sociedad Internacional de Criminología en colaboración con la Unesco en el que participan personalidades como Szabo (Canadá), Hall Willians (Reino Unido), Grant (USA), Middendorff (Alemania), Ferracuti (Italia) o Drapkin (Israel), además de otros intervinientes.

En esa pesquisa de los modelos penitenciarios del exterior, la Revista de Estudios Penitenciarios, en uno de los volúmenes del año 1965, presenta monográficamente «Los sistemas penitenciarios comparados»⁶. Y lo volverá a hacer, de otra manera, incluyendo también como contenido único, el informe de una misión de penitenciaristas españoles de vista en los centros de otros países. Entre julio y agosto de 1968 una misión de la Administración penitenciaria española visitó oficialmente distintos países europeos y algunas de sus mejores infraestructuras penitenciarias. Fueron una veintena de establecimientos penitenciarios los conocidos y estudiados entre los de Gran Bretaña, Suecia, Dinamarca, Alemania (la entonces occidental), Francia y Bélgica. El Inspector Central, el Inspector de Sanidad y dos Arquitectos adscritos a la Dirección General fueron los encargados de la visita y del informe final. Des-

⁴ REP n.º 155 (nov-dic 1961), p. 3525.

⁵ BERISTAIN IPIÑA, A. «Jean Pinatel, criminólogo transnacional y hombre bueno». *Eguzkilore* n.º 13 (1999), p. 212.

⁶ REP n. 169-171 (abril-diciembre 1965).

pués del conocimiento de los edificios y las entrevistas con funcionarios y autoridades penitenciarias de cada uno de los países, emitieron, además de un amplio informe⁷, una serie de conclusiones en cuatro aspectos fundamentales: Régimen penitenciario y tratamiento reformador, régimen de trabajo en las prisiones, servicios e instalaciones médicas y la arquitectura penitenciaria. Particularmente relevantes, por su influencia directa en algunos cambios en el sistema penitenciario, resultará la asistencia de funcionarios penitenciarios a los Congresos Criminológicos y Penitenciarios Internacionales de Roma (1966), Montreal (1967) y Ulm –Alemania– (1967).

III. LA REFORMA DE 25 DE ENERO DE 1968

En la evolución penitenciaria española el año 1968 posee sin duda un significado particular. La reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones mediante Decreto 162/1968, de 25 de enero⁸, introdujo cambios de gran calado en la organización y contenidos del modo de ejecutar las penas de privación de libertad en el sistema penitenciario español. La Exposición de Motivos del Decreto expone algunos aspectos básicos de los nuevos contenidos. De acuerdo a la «labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria» se establece la novedosa regulación, que quiere para el sistema de ejecución «mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes».

Por otra parte, pero de forma coordinada con lo anterior, los Establecimientos penales se reorganizan a la vista de los nuevos métodos y la orientación individualizadora. Siguiendo con la motivación del Decreto, el mismo indica que «recoge los aspectos esenciales referidos a la reestructuración de los establecimientos penitenciarios y normas sobre observación, clasificación y tratamiento». Se reestructura la organización y clasificación de los centros penales «con el fin de agrupar a los delincuentes según las distintas particularidades que presentan». Ahora, los centros de cumplimiento, con la condena ya establecida, se organizan «atendiendo al objeto al que se destinan: establecimientos de carácter hospitalario y asistencial; instituciones para jóvenes y establecimientos ordinarios de cumplimiento». Estos últimos pueden ser de tres

⁷ REP, n.º 184-185 (enero-junio de 1969), pp. 7 y ss.

⁸ BOE de 5 de febrero de 1968.

tipos: «de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento reformador; de régimen intermedio, para quienes presenten condiciones favorables en orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para los que pueden ser considerados ya readaptados».

En los primeros pasos según la nueva estructuración de la ejecución se produce la observación, de forma que se realizará mediante «Servicios cualificados, integrados en equipos, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla, la necesaria observación de los internos, como base para su separación en los grados que se prevén en los establecimientos de ingreso... Para completar la labor de dichos equipos, orientar e impulsar su funcionamiento, se prevé asimismo la creación de una Central de Observación». Para la fase de tratamiento se apunta también su orientación y metodología. «El tratamiento se basa fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la conducta activa del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en él depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que habrán de comportar una mayor libertad». Dentro de lo que se sigue denominando como un sistema progresivo de cumplimiento de estas penas, «se establecen tres grados en el tratamiento, además del de la libertad condicional: de reeducación, de readaptación social y de prelibertad, que se corresponden con los tres tipos de establecimientos antes indicados: cerrado, intermedio y abierto». A la libertad condicional, ya en libertad de hecho del condenado se le quiere proporcionar un impulso y conectar con el tratamiento previo. «a efectos de la necesaria continuidad en el tratamiento del que la libertad condicional constituye el último grado», se establece la unidad penitenciaria de las diversas condenas que pueda sufrir un mismo penado. Además se incorporan a la regulación los delegados que acompañen al liberado condicional, «delegados especiales de los órganos del Patronato y asistencia, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción tutelar». A ello se añaden algunos puntos de la nueva legislación sobre libertad religiosa de aplicación en el ámbito penitenciario.

Esta reforma de la norma penitenciaria fundamental de aquella época resultó de gran trascendencia, puesto que en ella se «introdujo en nuestro sistema penitenciario el tratamiento criminológico encaminado a la reforma del interno»⁹. Por ello, en esta dirección apuntada, en esta modificación reglamentaria se ven implicados cambios como la creación de la Central de Observa-

⁹ BUENO ARÚS, F. «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días». *Cárceles en España: cinco siglos de horror*. Historia 16 Extra VII (octubre de 1978), p. 118.

ción, la flexibilización de la clasificación en grados penitenciarios, la ampliación de los beneficios de la Redención de penas por el trabajo y, aun cuando pudiera tener carácter simbólico, la denominación oficial de la Dirección General que gestiona el sistema penitenciario. Incluso, algo posteriormente, pero con esta misma base, se llevará a cabo la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias.

IV. LA PROFUNDA RENOVACIÓN DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN

El Código penal de 1963 (como el anterior) marcaba, con la terminología clásica, la aplicación del sistema progresivo como el modelo de ejecución de las penas privativas de libertad, conforme a los presupuestos de aquel que se establecían en el Reglamento del Servicio de Prisiones. El Código indicaba en el art. 84 el sistema progresivo como el modelo a seguir en esta ejecución de acuerdo con lo que se dispusiera en las normas penitenciarias: «Las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo. El régimen, grados, ascensos, trabajo, enseñanza y visitas serán establecidos en la legislación penitenciaria». Se trataba de un sistema progresivo de corte ortodoxo, es decir, fijando un modo articulado de ejecución de las penas de privación de libertad. De esta manera la mención general el sistema de ejecución, con su denominación reconocible, se venía a concretar en las previsiones del Reglamento Penitenciario de la época, el de 1956¹⁰. En su art. 48 estaba previsto para aplicar el régimen progresivo la existencia de cuatro grados según la versión inicial del reglamento. Como se ve la concepción de este sistema progresivo, como se entendía, hacía necesario cursar todos los grados o periodos, respetando algunos plazos de permanencia en los mismos, aun cuando los mismos podía ser variables según lo mencionado.

La reforma de 25 de enero de 1968¹¹ reorganizó de manera fundamental los nuevos pasos del sistema progresivo. Se estableció el sistema de grados y su correspondencia con los establecimientos de destino que tendrán un régimen propio y adaptado a ese grado de clasificación. Así el art. 48 disponía «.- Las penas de reclusión, presidio y prisión se cumplirán conforme determina el artículo ochenta y cuatro del Código Penal, según el sistema progresivo, que

¹⁰ Sobre estas previsiones RODRÍGUEZ YAGÜE, C. «Construyendo los puentes entre el sistema progresivo y la individualización científica: el Decreto 162/1968, de 25 de enero y el Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, Coordinador). Comares 2022, pp. 66-67.

¹¹ D. 162/1968 de 25 de enero, BOE de 5 de febrero.

comprenderá los siguientes grados: Primero.—De reeducación del interno. Segundo.—De readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza. Tercero.—De prelibertad. Cuarto.—De libertad condicional. Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el artículo cinco». De manera que con la nueva redacción de este precepto quedaba claro la ausencia de una sucesión obligada de grados para el penado a lo largo del cumplimiento de la pena. «Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan».

Ahora, por tanto, resulta fundamental la no imposición de una sucesión correlativa de grados ni de una determinada temporalidad, ni totalmente precisa ni siquiera de forma variable o relativa. De esta forma el primer periodo denominado de reeducación del interno se cumplirá en establecimientos con el régimen que corresponde al mismo que es el cerrado y se pretende durante el mismo como base genérica de la reeducación el cambio de la actitud inicial de oposición del interno hacia el tratamiento. El segundo grado calificado de readaptación social está dirigido a lograr un clima de confianza, y se llevará a cabo en establecimiento de régimen intermedio, en los que se quiere conseguir la colaboración del interno en su propio tratamiento, perfeccionando sus aptitudes mejores y modificando las negativas. El tercer periodo o de prelibertad, propio de establecimientos de régimen abierto pretende evitar una regresión de aquellos que se han mostrado dignos de confianza en su evolución penitenciaria.

La libertad condicional es considerada todavía en este tiempo como un cuarto grado o periodo que permite confirmar los avances mostrados previamente por el condenado. En este terreno, en el de la libertad anticipada a la finalización de la condena, en el que el sistema penitenciario español tradicionalmente se ha mostrado más ausente, se propone la creación de un «delegado de organismos de patronato» para que se lleve a cabo un más adecuado control y ayuda, con el que debe contar el liberado para cambiar de trabajo o de residencia. Quizá por este tradicional abandono, que genera desconfianza, Bueno señala que «Esta institución de los delegados merece toda clase de adhesiones; lo único que falta ahora es crearlos»¹².

Bueno¹³ señala que la reforma, en la perspectiva del modelo de ejecución de estas penas, ha ganado en subjetividad y flexibilidad. En cuanto a lo que

¹² «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones (D. de 25 de enero de 1968). *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 180-1 (enero-junio de 1968), pp. 78-9.

¹³ «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones (D. de 25 de enero de 1968). *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 180-1 (enero-junio de 1968), pp. 67-8.

denomina subjetividad puesto que el desarrollo del cumplimiento de la pena se diseña «en riguroso paralelismo» con la «evolución anímica del delincuente», es decir, discurre favorablemente según lo haga la disposición favorable del propio interno hacia el tratamiento penitenciario y la persistencia en esa actitud. La individualización sobresale gracias a que, frente a la minuciosa regulación anterior, ahora la Administración tiene mucho mayor margen de libertad para aplicar las normas genéricas a cada uno de los casos singulares. Como previsión que intensifica y a la vez conecta esa mayor subjetividad y la flexibilidad está la posibilidad de clasificar indistintamente desde el inicio, sin necesidad de que el condenado se sitúe previamente en todos los grados o periodos. El modelo de ejecución de las penas de privación de libertad responde ahora a dos grandes directrices, según este mismo autor¹⁴. La primera es la correspondencia entre la clasificación que se asigna a los internos y la categoría de los establecimientos a los que se destina. La segunda es esa intensificación de la individualización que permite también subclasificar tanto a los reclusos como a los Centros penales de destino, logrando así profundizar en esa coherencia y en cada caso particular.

V. LA FORMACIÓN DE EQUIPOS Y DE LA CENTRAL DE OBSERVACIÓN

En febrero de 1965 se había formado y había comenzado a funcionar el Gabinete Psicológico de la Prisión Provincial de hombre de Madrid (Carabanchel). Al albur del reconocimiento general y académico de las ciencias de la conducta y también en armonía con el momento socio-cultural de España se había producido esta innovación en el sistema penitenciario español¹⁵. Será el inicio del desarrollo y aplicación de la psicología académica y científica al delincuente en prisión, con parámetros ya no médicos o de otras especialidades, en términos contemporáneos y por titulados universitarios en la especialidad¹⁶. Se pretendió así incorporar las ciencias de la conducta en la interpretación, predicción y modificación del comportamiento humano de los encarcelados, tarea

¹⁴ BUENO ARÚS, F. «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones (D. de 25 de enero de 1968)». *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 180-1 (enero-junio de 1968), p. 69.

¹⁵ ALARCO BRAVO, J. «El gabinete psicológico de la Prisión Provincial de hombres de Madrid. Fundamentación teórica, medios técnicos y fines del mismo». *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 168 (enero-marzo 1965), p. 51 y ss.

¹⁶ GORRICO MIGUEL, D. «Jesús Alarcón Bravo, psicología, tratamiento y reforma penitenciaria de 1979». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, Coordinador). Comares 2022, p. 74.

en la que Jesús Alarcón Bravo tuvo un papel destacado. En su asistencia al XV Curso Internacional de Criminología en Roma el año 1966¹⁷ ya pudo concluir la necesidad de contar con «Centros Nacionales de Observación de la personalidad» de los internos que pudieran aportar mayor rigor científico y exhaustividad. Del XVII Curso Internacional de Criminología celebrado en Montreal, organizados por la Sociedad Internacional de Criminología y con el patrocinio de la UNESCO, pudo advertir –entre otros temas– la necesidad de diferenciar más claramente entre régimen y tratamiento penitenciario¹⁸. Su iniciativa y aportaciones «hicieron posible la entrada de la moderna investigación y práctica criminológica de la Europa de hace veinte años... Las ciencias de la conducta habían penetrado en forma de Psicología, y con ella vinieron posteriormente las demás disciplinas»¹⁹. Las corrientes internacionales habían hecho cuajar ya algunas iniciativas de este tipo, «las de Di Tullio hallaron la corporeidad en 1958 en el Instituto Nacional de Observación de la prisión romana de Rebibbia y las de Pinatel en el Centro Nacional de Orientación radicado en Fresnes, ecos clínicos que llegaron a nuestro país en 1967»²⁰.

El interés mostrado se transmitió a otros compañeros y al mismo sistema penitenciario, de manera que Alarcón había conseguido que «la Administración se tomara en serio la Psicología»²¹. Acogida la idea del empleo del método psicológico en el ámbito penitenciario por la Dirección General, «En su aplicación española, el tratamiento sería posible mediante la implantación gradual de equipos de observación y tratamiento de los presos en los centros penitenciarios»²². El 3 de septiembre de 1966 se convocó el primer Curso de Especialización para aquellos funcionarios que iban a formar parte de los Equipos de Observación en los Centros de Preventivos²³. En marzo de 1967 existían ya 14 del total de 28 Equipos para la totalidad de los Centros de De-

¹⁷ *Reseña del XV Curso Internacional de Criminología*. Madrid 1966, p. 28.

¹⁸ *Memoria del XVII Curso Internacional de Criminología*. Madrid 1968, p. 95.

¹⁹ GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento penitenciario*. Edersa 1982, p. 40.

²⁰ TELLEZ AGUILERA, A. *Criminología*. Edisofer 2009, p. 375. También el mismo autor en «La Central penitenciaria de observación. Medio siglo de Historia palpitante». *ADPCP* vol. LXXII (2019), pp. 434 y ss. César HERRERO HERRERO. *Tratado de Criminología Clínica*. Dykinson 2013, p. 60.

²¹ GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento penitenciario*. Edersa 1982, p. 44.

²² GORRICO MIGUEL, D. «Jesús Alarcón Bravo, psicología, tratamiento y reforma penitenciaria de 1979». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, coord.). Comares 2022, p. 76.

²³ TAVERA BENITO, E. «La Central Penitenciaria de Observación (veinticinco años de una Institución)». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1 (1991), p. 451.

tención²⁴, constituidos cada uno por cuatro funcionarios²⁵ que se han ido formando en Madrid, primero en el Gabinete de Psicología en Carabanchel, después en la Central de Observación. Los Equipos de Observación estaban compuestos por esos cuatro funcionarios, el Subdirector del Centro como jefe de equipo, el médico, el maestro y el capellán, que en reuniones semanales formularían las propuestas de clasificación²⁶. La experiencia se consideró exitosa pues «La implantación en España de los equipos de observación, pese a la falta de especialización de algunos de sus miembros, ha supuesto un avance técnico acorde con el momento criminológico mundial, del que sólo consecuencias positivas pueden derivar»²⁷.

Después de algunas experiencias y del XVII Curso Internacional de Criminología de Montreal en 1967, y de la progresiva aparición de los Equipos en las prisiones, se decide la creación de la Central de Observación penitenciaria, bajo el impulso de un grupo de funcionarios de la Institución penitenciaria. De manera que en esos años un conjunto de funcionarios penitenciarios –con formación universitaria y conocimientos de ciencias de la conducta– se dedicaron con entusiasmo a proponer y comenzar una serie de iniciativas que fueron aceptadas y avaladas por los responsables de la Dirección General de Prisiones²⁸. Recuerda Beristain a este respecto la «labor inteligente y eficaz de los antes citados Castellón Mora y Alarcón», para señalar que «A ellos se debe fundamentalmente la creación de la Central de Observación»²⁹. En el momento de la Apertura formal de la Central, el 8 de noviembre de 1967, ya se encuentran en funcionamiento 21 de los 28 Equipos previstos para los Centros de Detención³⁰, formados los últimos en la propia sede de la Central de Observación que había comenzado su andadura práctica

²⁴ «Discurso pronunciado por el Ilmo. Sr. Director General de Prisiones con motivo de la apertura del I Curso para Directores de Centros de Detención en la Escuela de Estudios Penitenciarios». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 176-177 (enero-junio 1967), p. 336.

²⁵ «Discurso pronunciado por el Ilmo. Sr. Director General de Prisiones en el acto de inauguración del Centro de Detención de Gerona». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 176-177 (enero-junio 1967), p. 342.

²⁶ CORROCHANO HERNANDO, G. «Los comienzos del Tratamiento en los establecimientos penitenciarios». *Revista de Estudios Penitenciarios. 40 años de Ley Orgánica General Penitenciaria* (extra 2019), p. 118. GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia penitenciaria*. Universidad de Valencia 1976, p. 139.

²⁷ GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia penitenciaria*. Universidad de Valencia 1976, p. 141.

²⁸ Como recuerda en su experiencia Emilio TAVERA BENITO. «La Central Penitenciaria de Observación (veinticinco años de una Institución)». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1 (1991), p. 451.

²⁹ BERISTAIN IPIÑA, A. «Jean Pinatel, criminólogo transnacional y hombre bueno». *Eguzkilore* n.º 13 (1999), p. 213.

³⁰ «Discurso pronunciado por el Ilmo. Sr. Director General de Prisiones con motivo de la inauguración de la Central de Observación en la Prisión Provincial de Hombres de Madrid (Carabanchel)». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 178-179 (julio-diciembre 1967), p. 635.

en septiembre de ese año 1967³¹. En 1970 se contaba ya con 23 Equipos de observación en los centros penitenciarios³².

La Central de Observación destinada al estudio científico de la personalidad del interno había comenzado formalmente sus tareas como hemos indicado el 8 de noviembre de 1967³³ (en la práctica en fecha previa como hemos podido comprobar), antes incluso de la posterior reforma del Reglamento de 1968 en la que ahora se incluye ya oficialmente con mayor rango. Se habían ido dando pasos en la formación de Equipos Técnicos en distintos centros pero ahora se produce un paso más con la consolidación de un órgano central que colabore en la tarea de observación, clasificación y destino de los penados en casos complejos, para la resolución de consultas, coordinación, orientación e impulso de estas funciones en los centros penales³⁴. El estudio de los penados para realizar las revisiones de grado se llevará a cabo por un equipo de Observación o tratamiento constituido por especialistas en ciencias de la conducta. En la Central de Observación forman el equipo un jurista-criminólogo, un psicólogo, un pedagogo, un sociólogo, un endocrinólogo, un psiquiatra y un moralista³⁵.

En el mismo año de la formalización de la Central de Observación en el Reglamento Penitenciario con la reforma de 1968 se organiza por la Escuela de Estudios Penitenciarios un ciclo de conferencias sobre Tratamiento penitenciario, en colaboración con la embajada de Francia en Madrid y la Asociación Hispano-Francesa de Cooperación Científica y Técnica³⁶. En esa ocasión intervendrá Pinatel con una exposición sobre «Investigación criminológica y tratamiento» y otros reconocidos especialistas como Ancel, Fully o Bouzat. A

³¹ «Discurso pronunciado por el Ilmo. Sr. Director General de Prisiones en la inauguración de la nueva Prisión Provincial de Bilbao». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 178-179 (julio-diciembre 1967), p. 624.

³² GORRICO MIGUEL, D. «Jesús Alarcón Bravo, psicología, tratamiento y reforma penitenciaria de 1979». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, coord.). Comares 2022, p. 78.

³³ GARCÍA VALDÉS, C. «Sistema penitenciario español». *Cuadernos para el Diálogo*, XXVIII Extraordinario (Diciembre de 1971), p. 59. La Central había sido creada por Orden de 22 de septiembre de 1967 como indica LLAMAS AYERZA, V. «La transición en prisiones». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, coord.). Comares 2022, p. 34. BOE de 17 de octubre de 1967.

³⁴ AAVV. *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*. Central Penitenciaria de Observación 1970, p. 7.

³⁵ BUENO ARÚS, F. «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días». *Cárceles en España: cinco siglos de horror*. Historia 16 Extra VII (octubre de 1978), p. 118.

³⁶ REP n.º 182 (julio-septiembre 1968). BERISTAIN IPIÑA, A. «Jean Pinatel, criminólogo transnacional y hombre bueno». *Eguzkilore* n.º 13 (1999), p. 213. También LORENZO RUBIO, C. «Evolución del sistema penitenciario franquista: del redentorismo al cientifismo correccionalista. Crónica de una pretensión». *Nuevos horizontes del pasado: culturas políticas, identidades y formas de representación* (Barrio Alonso/De Hoyos Puente/Saavedra Arias, coord.) [Cdrom], 2011, s/p.

la vuelta del año, en abril y mayo de 1969 se realiza unas nuevas Jornadas sobre Métodos de Tratamiento del delincuente, organizada por la Central de Observación. Entre un numeroso grupo de expertos internacionales, entre otros muchos, intervienen Franco Ferracuti o el Director de la Central de Observación sobre «Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia», en la que después de un enorme y prolijo aparato médico sobre el tema, concluye señalando que «El mundo entero es hoy un Laboratorio que trata de descifrar el secreto de la conducta humana y, unida a ella, la delincuencia»³⁷. Todavía se celebra el VI Congreso Internacional en Madrid (septiembre de 1970), de la Sociedad Internacional de Criminología en colaboración con la Unesco en el que intervienen grandes personalidades mundiales de la Criminología y el Derecho criminal.

A los tres años de su entrada en funcionamiento la Central de Observación se propone exponer su organización, método de funcionamiento y distintos casos particulares estudiados³⁸. La Central se halla ubicada en el Centro de Detención de Hombres de Madrid, pero con zona propia en la que existe un bloque para los internos en observación con 44 celdas, un sector de oficinas, un patio para todo tipo de actividades de los internos, con personal propio todo ello dependiente del Director General de Instituciones Penitenciarias. El método multidisciplinar de estudio permanente con apoyo en la concurrencia de una importante variedad de especialistas se propone en primer término «efectuar un estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento social del sujeto», para de esta manera poder proponer la utilización en el tratamiento de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno». La estructura de la Central se compone de –además de una Dirección y Subdirección– de un Departamento de Medicina y biotipología, Departamento de psiquiatría, Departamento de Psicología, Departamento de Pedagogía, Departamento del Moralista, Departamento de Sociología y Departamento Jurídico-criminológico.

Se toma –doctrinalmente– como punto de partida un concepto de personalidad amplio, en relación con la «constitución, temperamento, carácter aptitudes y actitudes que determinan la manera característica de reaccionar de un individuo y de adaptarse a su medio ambiente»³⁹. Se indica también que el ser

³⁷ REP n.º 188 (enero-marzo de 1970), p. 267.

³⁸ AAVV. *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*. Central Penitenciaria de Observación 1970, pp. 23 y ss.

³⁹ AAVV. *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*. Central Penitenciaria de Observación 1970, pp. 24-5.

humano no puede ser tomado como un «mero acopio de factores heredados o congénitos ni como simple resultado de un proceso de socialización más o menos complejo». De esta manera se trata de un estudio analítico que permita «detectar lo que hay en él de constitucional, ya sea en el examen biológico, psicológico o psiquiátrico, lo que hay de adquirido en el proceso de formación de la personalidad y el papel del propio individuo en este proceso». En esta tarea intervienen todos los departamentos de la central con sus correspondientes especialistas, formulando conjuntamente el Equipo el dictamen último. «Al final de cada examen se emite un pronóstico acerca del comportamiento futuro del individuo examinado, esbozando, en los casos en que se prevea antisocial, las líneas generales de un tratamiento encaminado a evitar esta futura conducta desviada y lograr la reinserción social del delincuente en cuestión». Para Alarcón la Criminología será el aglutinador de todas en las especialidades en la elaboración de los informes finales, tal y como había mostrado ya Pinatel cuando indicaba que los distintos aspectos incorporados hacían «necesaria una síntesis criminológica»⁴⁰.

En conexión con los planteamientos de Pinatel, el conocido criminólogo francés, y cofundador de la sociedad Internacional de Criminología, con quien había coincidido en algunos foros internacionales, mantendrá Alarcón esta perspectiva amplia de la psicología y de la noción de personalidad aplicable que permitía admitir desde lo constitucional hasta lo social⁴¹. Con estos presupuestos Alarcón estuvo dirigiendo el Departamento de Psicología de la Central de Observación desde 1967 a 1974 pero lo complementó con una perspectiva relevante como era la observación directa⁴². Ésta permitía sustituir algunos de los cuestionarios y encuadrar mejor los actos concretos de comportamiento así como también aporta un escenario comparativo con los resultados de otros métodos de estudio de la personalidad.

La creación de los cuerpos Técnicos penitenciarios aparecerá como consecuencia inmediata de la introducción de las nuevas metodologías penitenciarias de observación, clasificación y tratamiento de los años sesenta. Esta renovada situación lo manifiestan también testigos de aquella época. «La Ley 30/70, de 22 de diciembre, creó el Cuerpo Técnico de Instituciones Peniten-

⁴⁰ *Memoria del XVII Curso Internacional de Criminología*. Madrid 1968, p. 31. También GORRICO MIGUEL, D. «Jesús Alarcón Bravo, psicología, tratamiento y reforma penitenciaria de 1979». *Las prisiones españolas durante la transición* (Mata y Martín, Director. Andres Laso, Coordinador). Comares 2022, p. 77.

⁴¹ Como indica GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento penitenciario*. Edersa 1982, pp. 50-51. Sobre las características centrales de la personalidad criminal en este autor, HERRERO HERRERO, C. *Tratado de Criminología Clínica*. Dykinson 2013, pp. 178 y ss.

⁴² GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento penitenciario*. Edersa 1982, pp. 51-52.

ciarias para poder contar con una serie de especialistas y realizar Tratamiento Penitenciario. Cincuenta años después, 400 profesionales de la Psicología realizamos nuestro trabajo desde la certeza de que cuanto más avanza una persona que se encuentra presa, más lo hace la comunidad, y que intervenir con ella puede evitar futuras víctimas»⁴³. Pese a que, como es natural, persistan no pocos retos y dificultades, es posible identificar y constatar esta trayectoria en el quehacer penitenciario así como la regulación, las personas y los acontecimientos que han favorecido esa evolución. Puede afirmarse entonces que «La reforma del 68 había sacudido los cimientos del penitenciarismo español»⁴⁴. Y también que la onda expansiva de la reforma de 1968 tendría largo recorrido.

⁴³ YELA GARCÍA, M. «Psicología en el medio penitenciario». *Revista de Estudios Penitenciarios*. 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria (extra 2019), p. 377.

⁴⁴ GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento penitenciario*. Edersa 1982, p. 53.

144. EL CRECIMIENTO DE LAS TASAS DE HOMICIDIO EN CHILE ENTRE 2013 Y 2024

DR. JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
Ministro de la Excma. Corte Suprema de Chile

I. INTRODUCCIÓN

En una entrevista a *El Diario Vasco*, de 23 de mayo de 2009, nuestro homenajeado expresa, frente a la idea del aumento del miedo a la delincuencia entonces de interés para la prensa, lo siguiente: «Hay que saber combatir ese nuevo mundo de delitos: la gente piensa que endurecer las penas es una forma, pero la experiencia en criminología nos dice que esa fórmula nunca funciona. La prevención de la delincuencia requiere saber por qué se cometen los hechos»¹.

Sobre la base de estas observaciones, investigaremos, con los datos existentes en Chile, por qué se cometen los hechos que llamamos delitos y si es cierto que «endurecer las penas» no funciona para reducir su incidencia. Al mismo tiempo, pasaremos revista a nuestras anteriores hipótesis en la materia, cuyos hallazgos –a la luz del trabajo de Levitt²–, aparecidos en Matus³

¹ *El Diario Vasco*, en <https://www.diariovasco.com/20090523/al-dia-local/datos-dicen-gipuzkoa-sigue-20090523.html> [visitado el 17.07.2025].

² LEVITT, S. D.: «Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not». *Journal of Economic Perspectives*, n° 18(1), 2004, pp. 163-190.

³ MATUS, J. P.: «¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 18, 2206, pp., 533-567.

(2006) y Ruiz *et al.*⁴ (2007), sugerían que los factores institucionales, especialmente la dotación y eficacia policial y judicial, tenían el mayor poder explicativo sobre la variación de la criminalidad en Chile, mientras que los factores sociales y demográficos ejercían presiones de más largo plazo y menor significancia.

II. LA DUPLICACIÓN DE LAS TASAS DE HOMICIDIO EN CHILE

Durante la década pasada la tasa de homicidios prácticamente se duplicó en Chile, pasando de alrededor de 3 homicidios cada 100.000 habitantes en 2013 a casi 6 en 2024 –cambio que sitúa a Chile en el grupo de países con mayor letalidad de la OCDE, junto con los Estados Unidos de América y México, muy por encima de los valores observados en Europa occidental, donde España y el promedio de la Unión Europea se mantienen estables en torno a 1 por 100.000 habitantes–, lo que refleja un cambio estructural en la violencia letal.

1. Heterogeneidad regional en el aumento de las tasas de homicidio en Chile

Si nos enfocamos en la evolución regional de las tasas de homicidio en Chile, descubriremos un fenómeno que el promedio nacional oculta: su extraordinaria heterogeneidad cuantitativa, de dirección y de años de quiebre estructural en su nivel, como se expresa en la siguiente tabla.

Tabla 1. Cambios estructurales en tasas de homicidios por región

Región	Año Cambio	Media Pre-Cambio	Media Post-Cambio	Δ%	F-Chow	p-valor
O'Higgins.	2017	2.18	4.34	+98.9%	12.45	0.002**
Araucanía.	2018	3.24	3.98	+22.9%	5.67	0.041*
Los Lagos.	2018	2.36	3.90	+65.6%	8.93	0.015*

⁴ RUIZ, P. *et al.*: «Determinantes de la criminalidad: Análisis de Resultados». *Política Criminal* n.º 3, 2007, pp. D1, 1-80.

Región	Año Cambio	Media Pre-Cambio	Media Post-Cambio	$\Delta\%$	F-Chow	p-valor
Maule.	2018	2.49	3.85	+54.6%	7.82	0.021*
Metropolitana.	2018	3.42	6.11	+78.6%	10.34	0.008**
Antofagasta.	2020	3.47	6.82	+96.6%	11.89	0.003**
Biobío-Ñuble.	2020	2.69	5.47	+103.8%	13.21	0.001***
Arica y Parinacota.	2021	3.70	11.37	+207.0%	18.76	0.001***
Aysén.	2021	6.16	4.82	-21.8%	4.92	0.048*
Tarapacá.	2021	4.17	10.99	+163.2%	16.43	0.001***
Atacama.	2022	3.45	7.72	+124.1%	14.55	0.001***
Coquimbo.	2022	3.19	6.51	+104.0%	13.38	0.001***
Los Ríos.	2022	3.68	5.76	+56.4%	7.96	0.019*
Magallanes.	2022	2.30	3.25	+41.4%	6.45	0.032*
Valparaíso.	2022	3.37	6.76	+100.4%	12.67	0.002**

Fuente: Elaboración propia (Anexo 2).

Primero, *existe una clara heterogeneidad temporal en los puntos de quiebre estructural entre regiones*. Mientras que el 26.7% de las regiones experimentaron su cambio estructural en 2018 (principalmente regiones del centro-sur), el año modal de cambio estructural fue 2022, concentrando el 33.3% de las regiones, ambos años no vinculados a la etapa aguda de la pandemia COVID-19. Esta dispersión temporal sugiere que los factores determinantes del incremento en homicidios no responden a un *shock* único de carácter nacional, sino a una combinación de factores locales y nacionales que interactúan de manera diferenciada según las características regionales.

Segundo, *la magnitud de los cambios estructurales presenta una variabilidad sustancial y estadísticamente significativa entre regiones*. El incremento promedio post-quiebre alcanza el 86.4% (mediana: 96.6%), con un rango que va desde una reducción del 21.8% en Aysén hasta un incremento del 207.0% en Arica y Parinacota. Las regiones fronterizas del norte muestran patrones distintos a las regiones del centro y sur.

Tercero, *el análisis de trayectorias indexadas revela un patrón de divergencia creciente entre regiones*, particularmente después del año modal de quiebre estructural (2022). La mediana regional muestra un incremento sostenido, duplicándose entre 2013 y 2024, pero con trayectorias individuales

que van desde la estabilidad relativa (Magallanes: índice 0.89, Araucanía: índice 1.00) hasta incrementos de más de cinco veces el nivel inicial (Arica y Parinacota: índice 5.24).

III. METODOLOGÍA

Atendida la estructura de datos de panel disponible ($N=15$ regiones, $T=12$ años), para cada modelo explicativo se especificó un Modelo Lineal Jerárquico, con carácter «híbrido», estimando un modelo independiente para cada variable explicativa, con variables estandarizadas y especificaciones que permiten afrontar los desafíos de la heterogeneidad regional, endogeneidad y el sesgo de la variable omitida (Anexo 3).

Como resultado de este trabajo se cuenta con dos especificaciones complementarias: el *Modelo de Impacto Inmediato* ($t1$), que evalúa la respuesta del crimen al año siguiente de la variación en el factor, estableciendo precedencia temporal; y el *Modelo Estructural* ($avg3$), que utiliza un promedio móvil de tres años de los predictores, suavizando la varianza anual para identificar determinantes de largo plazo y reducir el sesgo de simultaneidad por *shocks* transitorios.

1. Limitaciones

Antes de presentar los resultados, es necesario tener en cuenta que ellos se encuentran limitados por diversos factores, a saber: la frecuencia y consistencia de los estimadores poblacionales, que han debido corregirse empleando el método estándar de estimación de población conciliada, respecto de aquellos datos expresados en frecuencias absolutas; la necesaria reconstrucción de series temporales incompletas en variables emergentes, particularmente para la tasa de migración irregular, ante la ausencia de registros oficiales previos a 2018, mediante la aplicación de un coeficiente proporcional a la migración regular, replicando «hacia atrás» la metodología estándar del *Informe sobre Migraciones INE 2018-2023*; la cautela que ha de tenerse con la inferencia causal, de la que no puede dar cuenta nuestro modelado; y la limitación que supone asumir homogeneidad dentro de cada región administrativa, lo que podría enmascarar dinámicas subregionales divergentes (ej. concentración barrial de la violencia).

IV. RESULTADOS

Tabla 2. Significancia y dirección de las variables Clave y Potenciales en los modelos *t1* y *avg3*

Significancia y dirección de las variables Clave y Potenciales en los modelos *t1* y *avg3*:

Variable	β_{t1}	sig_{t1}	p_{t1}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
relacion_dependencia_demografica	-0.5058	***	2.44E-09	-0.6065	***	3.36E-10
migrantes_irregulares	0.5444	***	1.73E-07	0.5703	***	7.65E-07
policing_incautaciones_armas_largas	0.2788	***	6.61E-06	0.3748	***	2.23E-06
tasa_bruta_mortalidad	0.374	***	4.88E-06	0.4375	***	3.49E-06
pobreza_extrema	0.3462	***	2.35E-05	0.4232	***	3.92E-06
asistencia_ensenanza_media	0.2719	**	0.0061	0.5549	***	6.69E-06
migrantes_regulares	0.4454	***	0.0003	0.5669	***	7.24E-05
edad_media	-0.4478	***	7.76E-05	-0.5032	***	0.0001
policing_incautaciones_armas_cortas	0.1137	*	0.0475	0.2534	***	0.0003
menores_vulnerados_p24	0.1376	*	0.0262	0.2911	***	0.0005
matrimonios_y_auc	-0.445	***	2.59E-05	-0.4006	**	0.0011
tasa_global_fecundidad	0.4371	**	0.0035	0.5144	**	0.0012
tasa_bruta_de_natalidad	0.2062	**	0.0055	0.2712	**	0.0015
vehiculos_inscritos	-0.0668	n.s.	0.2553	-0.2299	**	0.0019
condenados_semicerrado	0.0721	n.s.	0.2067	0.2138	**	0.003
tiempo_tramitacion_tj_todos	0.2814	**	0.0079	0.3584	**	0.0037
temperatura_media_capital	0.2583	*	0.0185	0.3485	**	0.0041
abandono_ensenanza_media	1.1716	*	0.0461	0.8924	**	0.0063
condenados_libertad_condicional	0.0995	†	0.0927	0.1893	**	0.0077
condena_penas_multa	0.1136	n.s.	0.1998	0.2902	**	0.0092
menores_riesgo_sename	0.2569	*	0.0188	0.3341	*	0.0126
presos_condenados	-0.0456	n.s.	0.7064	0.2783	*	0.0148
entrega_armas_voluntarias	0.0956	n.s.	0.1074	0.1874	*	0.0154
policing_banco_comercio	0.1997	†	0.0617	0.3118	*	0.0186

Variable	β_{t1}	sig_{t1}	p_{t1}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
vol_bomberos	-0.217	†	0.0785	-0.3634	*	0.0199
policing_control_identidad	-0.1159	n.s.	0.1091	-0.2478	*	0.0216
desempleo	-0.2865	**	0.0054	-0.3027	*	0.0219
indice_envejecimiento	0.4034	*	0.0111	0.3952	*	0.0256
desempleo_15_29	-0.1468	n.s.	0.1317	-0.2889	*	0.0294
presos_ppreventiva	-0.1102	n.s.	0.1512	-0.2386	*	0.0351
nini_hombres_total	-0.1871	†	0.0751	-0.2552	*	0.0376
condena_penas_sustitutivas	-0.0164	n.s.	0.8765	0.2554	*	0.0391
policing_incautaciones_marihuana_plantas	0.091	n.s.	0.1317	0.1427	†	0.0606
eficacia_judicial	-0.104	n.s.	0.1601	-0.1927	†	0.0612
promedio_anios_escolaridad	0.2318	†	0.0771	0.2642	†	0.0635
hombres_urbanos_15_64	0.2048	†	0.091	0.2489	†	0.0644
policing_incautaciones_drogas_sinteticas	0.0415	n.s.	0.4694	0.123	†	0.0757
imputados_otras_formas_diversion_penal	-0.1954	†	0.0816	-0.2403	†	0.0857
informalidad_15_29	-0.3467	**	0.0025	-0.2572	†	0.0884
eficacia_policial	0.119	n.s.	0.1082	0.1867	†	0.0982
total_presos	-0.4324	**	0.0016	0.1725	n.s.	0.1618
egreso_hosp_alcohol	0.4355	**	0.0024	0.1056	n.s.	0.4487
policing_incautaciones_cocaina	-0.12	*	0.0264	-0.0683	n.s.	0.3058
densidad_urbana	-0.2098	†	0.0945	-0.2196	n.s.	0.1319
tasa_mortalidad_infantil	0.4171	†	0.0942	0.4679	n.s.	0.1643
GINI	0.145	†	0.0918	0.1303	n.s.	0.2407
hijos_madres_adolescentes	-0.0782	n.s.	0.4916	0.2282	n.s.	0.1525
policing_incautaciones_precursores	0.0818	n.s.	0.1531	0.0894	n.s.	0.1735
egresos_hosp_drogas	0.0921	n.s.	0.2548	0.1195	n.s.	0.2242
policing_incautaciones_pasta_base	-0.0505	n.s.	0.3604	-0.0573	n.s.	0.3982
policing_incautaciones_farmacos_controlados	-0.0104	n.s.	0.8538	0.0461	n.s.	0.4776
policing_control_vehiculos	-0.0095	n.s.	0.8688	-0.052	n.s.	0.4934

Variable	β_{tl}	sig_{tl}	p_{tl}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
PIB	0.0962	n.s.	0.4302	0.0892	n.s.	0.5164
policing_incautaciones_hongos	-0.0334	n.s.	0.5638	-0.0407	n.s.	0.5675
ingreso_medio	0.063	n.s.	0.4577	0.0528	n.s.	0.6295
carabineros_orden_seguridad	-0.0498	n.s.	0.6852	0.0575	n.s.	0.6713
densidad_poblacion	0.0547	n.s.	0.6725	0.0497	n.s.	0.7298
pob_15_64	-0.0026	n.s.	0.9881	-0.0249	n.s.	0.8955
policing_incautaciones_marihuana_elaborada	0.0035	n.s.	0.9531	-0.0011	n.s.	0.9885

Fuente: elaboración propia (Anexo 3).

Variable	β_{tl}	sig_{tl}	p_{tl}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
relacion_dependencia_demografica	-0.5058	***	2.44E-09	-0.6065	***	3.36E-10
migrantes_irregulares	0.5444	***	1.73E-07	0.5703	***	7.65E-07
policing_incautaciones_armas_largas	0.2788	***	6.61E-06	0.3748	***	2.23E-06
tasa_bruta_mortalidad	0.374	***	4.88E-06	0.4375	***	3.49E-06
pobreza_extrema	0.3462	***	2.35E-05	0.4232	***	3.92E-06
asistencia_ensenanza_media	0.2719	**	0.0061	0.5549	***	6.69E-06
migrantes_regulares	0.4454	***	0.0003	0.5669	***	7.24E-05
edad_media	-0.4478	***	7.76E-05	-0.5032	***	0.0001
policing_incautaciones_armas_cortas	0.1137	*	0.0475	0.2534	***	0.0003
menores_vulnerados_p24	0.1376	*	0.0262	0.2911	***	0.0005
matrimonios_y_auc	-0.445	***	2.59E-05	-0.4006	**	0.0011
tasa_global_fecundidad	0.4371	**	0.0035	0.5144	**	0.0012
tasa_bruta_de_natalidad	0.2062	**	0.0055	0.2712	**	0.0015
vehiculos_inscritos	-0.0668	n.s.	0.2553	-0.2299	**	0.0019
condenados_semicerrado	0.0721	n.s.	0.2067	0.2138	**	0.003
tiempo_tramitacion_tj_todos	0.2814	**	0.0079	0.3584	**	0.0037
temperatura_media_capital	0.2583	*	0.0185	0.3485	**	0.0041
abandono_ensenanza_media	1.1716	*	0.0461	0.8924	**	0.0063
condenados_libertad_condicional	0.0995	†	0.0927	0.1893	**	0.0077
condena_penas_multa	0.1136	n.s.	0.1998	0.2902	**	0.0092

Variable	β_{tl}	sig_{tl}	p_{tl}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
menores_riesgo_sename	0.2569	*	0.0188	0.3341	*	0.0126
presos_condenados	-0.0456	n.s.	0.7064	0.2783	*	0.0148
entrega_armas_voluntarias	0.0956	n.s.	0.1074	0.1874	*	0.0154
policing_banco_comercio	0.1997	†	0.0617	0.3118	*	0.0186
vol_bomberos	-0.217	†	0.0785	-0.3634	*	0.0199
policing_control_identidad	-0.1159	n.s.	0.1091	-0.2478	*	0.0216
desempleo	-0.2865	**	0.0054	-0.3027	*	0.0219
indice_envejecimiento	0.4034	*	0.0111	0.3952	*	0.0256
desempleo_15_29	-0.1468	n.s.	0.1317	-0.2889	*	0.0294
presos_ppreventiva	-0.1102	n.s.	0.1512	-0.2386	*	0.0351
nini_hombres_total	-0.1871	†	0.0751	-0.2552	*	0.0376
condena_penas_sustitutivas	-0.0164	n.s.	0.8765	0.2554	*	0.0391
policing_incautaciones_marihuana_plantas	0.091	n.s.	0.1317	0.1427	†	0.0606
eficacia_judicial	-0.104	n.s.	0.1601	-0.1927	†	0.0612
promedio_anios_escolaridad	0.2318	†	0.0771	0.2642	†	0.0635
hombres_urbanos_15_64	0.2048	†	0.091	0.2489	†	0.0644
policing_incautaciones_drogas_sinteticas	0.0415	n.s.	0.4694	0.123	†	0.0757
imputados_otras_formas_diversion_penal	-0.1954	†	0.0816	-0.2403	†	0.0857
informalidad_15_29	-0.3467	**	0.0025	-0.2572	†	0.0884
eficacia_policial	0.119	n.s.	0.1082	0.1867	†	0.0982
total_presos	-0.4324	**	0.0016	0.1725	n.s.	0.1618
egreso_hosp_alcohol	0.4355	**	0.0024	0.1056	n.s.	0.4487
policing_incautaciones_cocaina	-0.12	*	0.0264	-0.0683	n.s.	0.3058
densidad_urbana	-0.2098	†	0.0945	-0.2196	n.s.	0.1319
tasa_mortalidad_infantil	0.4171	†	0.0942	0.4679	n.s.	0.1643
GINI	0.145	†	0.0918	0.1303	n.s.	0.2407
hijos_madres_adolescentes	-0.0782	n.s.	0.4916	0.2282	n.s.	0.1525
policing_incautaciones_precursores	0.0818	n.s.	0.1531	0.0894	n.s.	0.1735
egresos_hosp_drogas	0.0921	n.s.	0.2548	0.1195	n.s.	0.2242

Variable	β_{tl}	sig_{tl}	p_{tl}	β_{avg3}	sig_{avg3}	p_{avg3}
policing_incautaciones_pasta_base	-0.0505	n.s.	0.3604	-0.0573	n.s.	0.3982
policing_incautaciones_farmacos_controlados	-0.0104	n.s.	0.8538	0.0461	n.s.	0.4776
policing_control_vehiculos	-0.0095	n.s.	0.8688	-0.052	n.s.	0.4934
PIB	0.0962	n.s.	0.4302	0.0892	n.s.	0.5164
policing_incautaciones_hongos	-0.0334	n.s.	0.5638	-0.0407	n.s.	0.5675
ingreso_medio	0.063	n.s.	0.4577	0.0528	n.s.	0.6295
carabineros_orden_seguridad	-0.0498	n.s.	0.6852	0.0575	n.s.	0.6713
densidad_poblacion	0.0547	n.s.	0.6725	0.0497	n.s.	0.7298
pob_15_64	-0.0026	n.s.	0.9881	-0.0249	n.s.	0.8955
policing_incautaciones_marihuana_elaborada	0.0035	n.s.	0.9531	-0.0011	n.s.	0.9885

Fuente: elaboración propia (Anexo 3).

V. DISCUSIÓN

En términos generales los resultados de los modelos explicativos presentan tanto continuidades como rupturas con los hallazgos reportados en nuestros trabajos anteriores. Asimismo, destaca la aparición de factores ambientales previamente no considerados: la data revela una relación positiva y muy significativa entre la criminalidad letal y la benignidad del clima, una variable que persiste y mantiene su significancia incluso al controlar por la heterogeneidad regional no observada, lo que sugiere que el factor climático opera más allá de las diferencias demográficas basales de cada zona, sobre todo en la explicación de las bajas tasas de homicidio en la zona austral. Del detalle del resto de los resultados y hallazgos daremos cuenta a continuación.

1. La paradoja penitenciaria: Número de presos y eficiencia

Un hallazgo divergente respecto de nuestras investigaciones anteriores radica en el efecto de la población penal. Mientras allí se propone que el aumento de prisioneros no mostraba un efecto discernible en la criminalidad chilena, los resultados actuales presentan un panorama complejo y diferencia-

do. La variable *total_presos* muestra un fuerte efecto protector a corto plazo, consistente con la teoría de la incapacitación inmediata. Sin embargo, al descomponer la población y observar los efectos estructurales, surge una paradoja: el *stock* de *presos_ppreventiva* se consolida como un factor protector, mientras que el de *presos_condenados* se asocia positivamente con los homicidios a mediano plazo.

Esta aparente contradicción encuentra una explicación en la dinámica de los flujos del sistema penal. Al analizar la duración promedio del encierro (ALOS), confirmamos una divergencia crítica: el tiempo de encierro para condenados ha aumentado, pero el de los presos preventivos más, al punto de producirse un quiebre de tendencias tras el *shock* de la pandemia COVID de 2020-2021⁵.

Este patrón de divergencia confirma que el tiempo que la justicia requiere para resolver la situación procesal está creciendo a una tasa relativa superior a la de la imposición de penas, produciendo una *erosión progresiva del margen de eficiencia del sistema*, asociada a la alta significancia positiva de la variable *tiempo_tramitacion_tj_todos*, lo que diluye el efecto disuasivo de la pena y exacerba los efectos criminógenos del encierro por mayor tiempo sin programas de reinserción, sugiriendo que el paso por el sistema podría estar operando más como factor de riesgo que de rehabilitación.

2. Dotación y estrategias policiales: del efecto disuasivo a la reactividad

En lo relativo a la capacidad institucional, la literatura previa documentó una fuerte relación inversa entre la presencia policial y el delito, reportándose que la caída en la tasa de policías por habitante explicaba el aumento de la criminalidad e identificando al «ámbito institucional» como el predictor más robusto.

Sin embargo, en el presente período, pese a la reducción constatable del contingente policial, la variable *carabineros_orden_seguridad* se encuentra desacoplada del fenómeno criminal con correlaciones *no significativas* estadísticamente en ambas especificaciones. Este desacople estadístico sugiere que la cantidad de efectivos disponibles ha dejado de ser un factor determinante para la contención de la violencia letal, como si la capacidad operativa hubiese descendido hasta un nivel de irrelevancia funcional frente a la magnitud del nuevo fenómeno criminal, de modo que el comportamiento de las variables

⁵ Véase la data en el Anexo 5.

operativas, exhiben un claro patrón de *endogeneidad reactiva*, lejos de los signos negativos esperados bajo una lógica de disuasión. Ello no implica que la actividad policial genere crimen, sino que evidencia una *asignación de recursos guiada por la demanda delictual*: los recursos operativos y las incautaciones se concentran allí donde la violencia ya está desbordada, sin lograr revertir la tendencia al alza.

En contraste, la única estrategia que conserva un efecto protector significativo es el control preventivo en el espacio público (*policing_control_identidad*), sugiriendo que la presencia disuasiva proactiva mantiene cierta eficacia, a diferencia de la respuesta reactiva ante el hallazgo de ilícitos.

3. Persecución penal: La erosión de la certeza del castigo

La disfuncionalidad observada en los tiempos de tramitación (retardo) impacta directamente en la segunda condición fundamental para la disuasión penal identificada por la escuela clásica: la certeza o infalibilidad del castigo. Como advirtió Beccaria, la prontitud y la certeza de la pena son más eficaces que su severidad⁶. En esta línea, validamos en nuestros primeros estudios dicha hipótesis, reportando una fuerte capacidad de contención del crimen asociada a la eficacia_judicial (razón entre personas detenidas y condenadas a penas de prisión).

Sin embargo, la evidencia actual sugiere un quiebre en esta capacidad institucional. En el presente análisis, la variable la eficacia_judicial pierde su potencia explicativa, alcanzando apenas una significancia marginal en el modelo estructural.

Más crítico aún es el desempeño de las sanciones. Contrario a lo esperado por la teoría de la disuasión, las penas de prisión impuestas por los tribunales son tan irrelevantes estadísticamente como las de multa y el gran mecanismo de gestión de causas «menores»: la suspensión condicional del procedimiento. En cambio, la condena_penas_sustitutivas presenta una asociación positiva significativa en el largo plazo, lo que confirma que el funcionamiento rutinario del sistema sancionatorio ha dejado de ser un factor de contención de la actividad criminal letal o, en otras palabras, que el sistema de persecución penal ha perdido su carácter de «amenaza creíble» frente al homicidio, como sucede con las penas muy bajas respecto de los delitos frecuentes⁷.

⁶ BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. Juan Antonio de las Casa, Madrid: 1774.

⁷ BENTHAM, J.: *Tratados de Legislación Civil y Penal*, t. I. Trad. R. Salas, París: Dumont, 1829.

4. **Demografía y vulnerabilidad social: Del «hijo no deseado» al *shock* migratorio**

El análisis de las variables demográficas permite contrastar las hipótesis de los textos de referencia con la realidad actual. Aquellas identificaron la «explosión» de tasas de maternidad adolescente (*proxy* de «hijos no deseados») entre 1970-1990 como un motor clave del delito en el cambio de siglo.

Quince años después, la estructura de determinación ha mutado. Por un lado, la variable hijos_madres_adolescentes (rezagada 15 años) ha perdido su significancia estadística, desapareciendo como factor explicativo del homicidio actual. Sin embargo, la vulnerabilidad infanto-juvenil sigue siendo crítica, aunque ahora se manifiesta a través de la institucionalización del riesgo: la cantidad de menores_vulnerados_p24 derivados por Carabineros a los servicios sociales correspondientes, así como el número de menores_riesgo_sename que no han cometido delitos, sugieren que el riesgo ya no proviene tanto del origen del nacimiento, sino de la falla en la protección estatal durante la infancia.

En cuanto a la estructura etaria, observamos un comportamiento dual. El envejecimiento general de la población actúa como el mayor factor protector del sistema: la relacion_dependencia_demografica y edad_media presentan los coeficientes negativos más fuertes del modelo, confirmando que una sociedad más madura tiende a ser menos violenta. No obstante, este «bono demográfico» de seguridad se ve tensionado por dinámicas específicas: el indice_envejecimiento muestra una correlación positiva, lo que, sumado a la tasa_bruta_mortalidad podría estar capturando el deterioro de zonas urbanas estancadas o despobladas, donde la falta de renovación generacional y vitalidad económica abre espacios para el control territorial criminal.

Finalmente, el cambio estructural más profundo del período 2013-2024 radica en el *shock* de movilidad humana. Las variables de migración han desplazado a los indicadores tradicionales de pobreza o desempleo como los predictores estadísticos de mayor magnitud. Las tasas de migrantes_irregulares y migrantes_regulares encabezan la jerarquía de factores asociados al aumento de homicidios. Este hallazgo, robusto en todas las especificaciones, no debe interpretarse bajo un prisma determinista individual, sino estructural: refleja un *shock* de desorganización social en regiones que han recibido flujos de población acelerados, superando la capacidad de absorción de los servicios locales y debilitando los mecanismos de control social informal, escenario propicio para la instalación de criminalidad organizada, tal como sugiere en el análisis de corto plazo la variable predictora de extranjeros_presos.

5. Educación y capital social: La falla de la contención institucional

La dimensión educativa arroja uno de los resultados más contraintuitivos y desafiantes de la presente investigación. Bajo la teoría clásica de la «incapacitación», se esperaría que la permanencia de los jóvenes en el sistema escolar actuara como un factor protector, reduciendo el tiempo disponible para actividades delictivas. Sin embargo, la evidencia empírica para el período 2013-2024 contradice esta premisa.

Lejos de reducir la violencia, la variable asistencia_enseñanza_media se asocia de manera positiva y altamente significativa con las tasas de homicidios. Si bien el abandono_enseñanza_media mantiene su rol criminógeno tradicional con una magnitud incluso, el hecho de que la asistencia escolar también se correlacione positivamente con la violencia letal sugiere una crisis en el rol socializador de la escuela. Este hallazgo podría interpretarse bajo la lógica de la convergencia espaciotemporal propia de las actividades rutinarias⁸: Los liceos donde los profesores carecen de autoridad suficiente para controlar a sus estudiantes pueden estar operando como nodos de interacción no estructurada que facilitan el reclutamiento o la fricción entre bandas rivales⁹, en lugar de santuarios protegidos. Asimismo, el promedio_anios_escolaridad también se asocia positivamente con las tasas de homicidio, lo que refuerza la hipótesis de que la mera acumulación de años de escolaridad formal, desprovista de formación para la vida ciudadana o integración laboral efectiva, no constituye un blindaje suficiente contra la violencia.

Como contrapartida, los factores que sí demuestran una eficacia protectora robusta son aquellos vinculados al capital social y el control informal. Los compromisos que refuerzan el tejido comunitario y familiar, como la tasa de matrimonios_y_auc y la participación cívica, como el voluntariado en el Cuerpo de Bomberos, se asocian significativamente a la reducción de homicidios. Esto indica que, frente a la debilidad de las instituciones formales (escuela, policía), son los vínculos de cohesión social primaria y el compromiso cívico voluntario los que mantienen la capacidad de contener la violencia letal.

6. Mercados ilícitos y drogas: la paradoja del desarme y la persistencia del alcohol

El desbordamiento de la violencia letal aparece estrechamente vinculado a la disponibilidad de medios para ejercerla. Como establece la literatura crimino-

⁸ COHEN, L. E., & FELSON, M.: «Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach». *American Sociological Review*, n° 44(4), 1979, pp. 588–608.

⁹ OSGOOD, D. W. *et al*: «Routine Activities and Individual Deviant Behavior». *American Sociological Review*, n° 61(4), 1996, 635–655.

lógica clásica sobre la *instrumentalidad de las armas*, una mayor disponibilidad de armas de fuego incrementa la probabilidad de que los conflictos interpersonales deriven en resultados letales, sin necesariamente aumentar la frecuencia del total de los delitos¹⁰. Nuestros datos confirman esta premisa y, además, revelan una dinámica perversa respecto a los intentos de control estatal: las leyes que ha endurecido el control de armas desde 2015 y facilitado su entrega voluntaria no logran alterar la tendencia al alza de la criminalidad homicida, sugiriendo que existe más bien una fuerte *endogeneidad reactiva*, única explicación para que la variable entrega_armas_voluntarias presente una asociación positiva y significativa con la tasa de homicidios en el modelo estructural.

En cuanto a la importancia de la influencia del abuso de drogas en la criminalidad, al contrastar la realidad chilena con la experiencia estadounidense, surge una distinción fundamental. Mientras que la «epidemia del crack» impulsó el crimen en U.S.A. tanto por la violencia del mercado como por la conducta de los usuarios¹¹, en Chile la variable de salud pública asociada al consumo problemático de estupefacientes (egresos_hosp_drogas) no resulta estadísticamente significativa en ninguna especificación. Esto indica que el aumento de homicidios no responde a una crisis sanitaria de adicciones descontroladas, sino probablemente a la violencia instrumental de la disputa territorial propia del crimen organizado.

Sin embargo, un factor tradicional mantiene su vigencia como gatillante situacional de la violencia. Los egreso_hosp_alcohol muestran una correlación positiva fuerte y significativa en el corto plazo. Aunque este efecto se diluye en el modelo estructural, su impacto inmediato confirma que el abuso de alcohol sigue siendo un catalizador primario de la violencia interpersonal en Chile, operando como un determinante psicofarmacológico de corto plazo, en una frecuencia distinta a la violencia sistémica o instrumental de las bandas criminales¹².

7. Desempeño económico y exclusión social: la irrelevancia del ciclo frente a la pobreza dura

La literatura criminológica ha debatido extensamente el rol de la economía en la delincuencia. Los estudios de referencia, minimizan el impacto directo de

¹⁰ ZIMRING, F. E., & HAWKINS, G.: *Crime Is Not the Problem: Lethal Violence in America*: Oxford, Oxford University Press, 1997.

¹¹ LEVITT: Why?

¹² GOLDSTEIN, P. J.: «The Drugs/Violence Nexus: A Tripartite Conceptual Framework», *Journal of Drug Issues*, n° 15(4), 1985, pp. 493–506.

los ciclos económicos, calificando su efecto como nulo o ambiguo cuando se mide a través de agregados estándar¹³. Nuestros resultados confirman y profundizan este aserto para la violencia letal contemporánea: las variables macroeconómicas clásicas, como el PIB regional y el ingreso_medio, no resultan estadísticamente significativas en ninguna especificación, sugiriendo que el crecimiento económico *per se* no es un antídoto automático contra el homicidio.

No obstante, al desagregar los indicadores, emergen dos patrones divergentes de alta relevancia. Primero, observamos un comportamiento contraintuitivo en las variables del mercado laboral: el desempleo, *nini_hombres_total*, y la informalidad_15_29 presentan coeficientes negativos significativos en alguna especificación. Es decir, en períodos o zonas de menor actividad laboral formal, la tasa de homicidios tiende a bajar. Este fenómeno puede interpretarse bajo la citada teoría de las actividades rutinarias: una menor circulación de personas y dinero, sumada a una mayor permanencia en los hogares («guardianía» o vigilancia natural), reduce la estructura de oportunidades para la victimización en el espacio público, operando como un freno circunstancial a la violencia¹⁴.

Y segundo, que cuando el análisis se desplaza desde la coyuntura laboral hacia la exclusión estructural, la relación se invierte drásticamente. La pobreza_extrema se consolida como uno de los predictores de riesgo más robustos del modelo. En contraposición, el acceso a bienes de consumo durables, medido a través de *vehiculos_inscritos*, muestra una fuerte asociación negativa con el crimen, a pesar de que un mayor parque automotriz teóricamente aumenta la oferta de bienes sustraíbles.

En síntesis, la evidencia indica que no es el ciclo económico (PIB/Desempleo) el que gobierna la violencia homicida, sino la brecha de inclusión social, un hallazgo consistente con la teoría de la desventaja concentrada: mientras la pobreza dura genera un entorno de aislamiento estructural criminógeno, la integración al consumo formal actúa como un vector de pacificación¹⁵. Esto último ratifica la hipótesis de la «apuesta por la conformidad» (*stake in conformity*) de la teoría del control social, donde la posesión de bienes durables y el acceso al mercado formal operan como vínculos que inhiben la conducta desviada, superando el efecto de atracción de oportunidades delictuales¹⁶.

¹³ LEVITT: Why?, MATUS: ¿Por qué? y RUIZ *et al.*: Determinantes.

¹⁴ COHEN, L. E., & FELSON, M.: «Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach». *American Sociological Review*, n° 44(4), 1979, pp. 588–608.

¹⁵ WILSON, J.: *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1987.

¹⁶ HIRSCHI, T.: *Causes of delinquency*, Berkeley: University of California Press, 1969.

ANEXOS

Disponibles en <https://zenodo.org/records/17754402>

DOI: 10.5281/zenodo.17754401

El archivo contiene los siguientes Anexos 1 a 6:

Anexo_1_homicidios_2013_2024_wide_v100_publica.csv^{17, 18}: dataset

Anexo_2_homicidios.R: Identificador de cambios estructurales en tasas de homicidio

Anexo_3_analisis_hml_diferenciado.R: análisis completo con todas las variables, minimizando sesgo de variable omitida en HLM con dos modelos: -MODELO 1: Explicativo (Clave + Potenciales)-MODELO 2: Predictivo (con control autorregresivo)

Anexo 4_resultados_modelo1_completo.csv: dataset

Anexo 5_alos_data.csv: dataset

¹⁷ Salvo indicación en contrario, todas las tasas se expresan por cada 100.000 habitantes de la población residente en la región en el año *t*.

¹⁸ La información sobre el número de carabineros en labor de orden y seguridad me fue entregada por la institución con carácter reservado, para los años 2011 a 2022. Esta información fue complementada con la entregada a la Comisión Mixta de Presupuestos, en cumplimiento de las Glosas Presupuestarias. Los años no disponibles fueron calculados a partir de los presupuestos ejecutados. Puesto que las cifras de dotación de Carabineros (2019-2024) están sujetas a reserva (art. 21 n.º 5 Ley 20.285), para utilizarlas sin vulnerar su confidencialidad, no es posible su publicación.

145. APERTURA LIMITADA DE LA PRISIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá

«Dos son los aspectos principales en los que se manifiesta la apertura de la institución penitenciaria: el modo en que se autorizan las salidas y contactos directos entre el interno y el exterior (permisos de salida y régimen abierto); y las vías que se prevén para la entrada en prisión del mundo exterior»¹

I. LAUDATIO

Conocí a José Luis de la Cuesta Arzamendi en mayo de 1984, en las «I Jornadas de Derecho Penitenciario» que mi Maestro, Carlos García Valdés, organizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá². Yo acudí siendo todavía estudiante (aunque muy orientado al Derecho Penal y penitenciario, pues disfrutaba desde el año anterior de una Beca de colaboración en el Departamento de Derecho Penal) y con la lógica atracción que generaba la presencia allí de Francisco Bueno Arús, Luis Garrido Guzmán, Borja Mapelli Caffarena y José Luis Manzanares Samaniego, además de los indicados Carlos García Valdés y José Luis de la Cuesta Arzamendi. Fue para mí una oportuni-

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J./BLANCO CORDERO, I., «El sistema prisional en España», en *Eguzkilore*, n.º 12, 1988, p. 259.

² El resultado científico de estas Jornadas se plasmó en el libro *Lecciones de Derecho Penitenciario*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá, 1985 (hay segunda edición, de 1989).

dad única de ver personificada a la Ciencia del Derecho Penitenciario de cuyos exponentes tanto había hablado, en los cursos de Licenciatura, mi querido Maestro.

Nuestro homenajeado habló allí del trabajo penitenciario [que calificó como «un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad»], y demostró su enorme conocimiento sobre el tema, derivado de haberlo estudiado intensa y extensamente para la realización de su tesis doctoral. Desde entonces, he seguido con enorme interés su actividad investigadora, y he aprendido mucho de sus aportaciones científicas al Derecho Penal, al penitenciario y a la criminología.

Al margen de otras coincidencias y encuentros, nuestro contacto más reciente ha sido con ocasión de la preparación del Libro Homenaje a Carlos García Valdés, publicado el pasado año, y que coordiné invitando a participar en él a cuantos universitarios especializados, y profesionales del mundo penitenciario, estaban unidos en el afecto a mi Maestro. No podía faltar José Luis de la Cuesta y, cuando le escribí para ofrecerle a colaborar en este libro, contestó de la manera más dispuesta y cariñosa³.

Y ahora, cuando se me ha brindado la oportunidad de homenajearle a él, he seleccionado un tema de ámbito penitenciario, pues, como queda dicho, las mejores imágenes que guardo de él están vinculadas a esta materia.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE LOS INTERNOS Y EL MUNDO EXTERIOR

1. En la historia penitenciaria han sido constantes las declaraciones y las iniciativas dirigidas a permeabilizar los muros de los centros de reclusión para transmitir a los internos claros mensajes de que no están aislados de la sociedad, y ayudar así a su más fácil resocialización. Esta intercomunicación se ha venido efectuando con los sistemas de visita a los centros de reclusión, realizados tanto por órganos administrativos como judiciales y del Ministerio Fiscal, como por representantes de la sociedad civil⁴ y de distintos organismos

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Las reglas penitenciarias europeas: origen, desarrollo y perspectivas», en Mestre Delgado, E. (coord.), *Estudios de Derecho Penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés*, Ed. Edisofer, Madrid, 2025, pp. 557 y ss.

⁴ Véase, en este contexto, ADÁMEZ CASTRO, R., «El voluntariado como pilar básico en la resocialización del interno», en Mestre Delgado, E. (coord.), *Estudios de Derecho Penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés*, Ed. Edisofer, Madrid, 2025, pp. 925 y ss.

internacionales⁵; así como a través de las comunicaciones y visitas de familiares, amigos, Abogados, Procuradores y demás personas relacionadas en los artículos 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y 41 a 49 del Reglamento Penitenciario (RP).

Estos cauces de relación entre el interior de las prisiones y el mundo exterior a ellas deberían haberse intensificado y enriquecido de manera muy significativa con el desarrollo y vigencia general de las nuevas tecnologías, pues vivimos en una era de «masificación informática»⁶ en la que los dispositivos informáticos, electrónicos y cibernéticos (teléfonos móviles, ordenadores, tabletas, cámaras digitales de fotografía y vídeo, discos duros, impresoras, dispositivos de red, instrumentos de almacenamiento extraíbles, reproductores de medios, o dispositivos de posicionamiento GPS) y todos los medios que articulan el uso de la informática y la cibernética, están imbricados en todos los aspectos de la vida social.

Y, de hecho, el ordenamiento penitenciario ha dado pasos decididos en el avance hacia la modernidad tecnológica. En primer término lo ha hecho mediante la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en la que se previó (introduciendo un nuevo artículo 15 bis en el texto de la LOGP) una regulación específica del tratamiento de los datos personales de los internos en centros penitenciarios (lo que supone igualmente un relevante avance en la acomodación de este ordenamiento al reconocimiento de los derechos de última generación). Y, en segundo lugar, la actualización tecnológica del ordenamiento penitenciario español se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 268/2022, de 15 de abril, que ha regulado el uso en el medio penitenciario de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación⁷.

⁵ Vid. mi trabajo «La doctrina penitenciaria del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa», publicado en el indicado libro, coordinado por mí, *Estudios de Derecho Penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés*, op. cit., pp. 579 y ss.

⁶ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., «El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos», en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, n.º 04, 2002, p. 16:2.

⁷ La necesidad de hacerlo se expresaba así en su Exposición de Motivos: «el uso habitual de las videoconferencias como forma de comunicación social, asumida y de utilización absolutamente generalizada en la actualidad, debe tener también su reflejo en el ámbito penitenciario. Suponen un bajo impacto estructural, económico y de regulación, en cuanto a su uso en prisión y, sin embargo, las ventajas que pueden suponer van más allá de una simple y mera modernización: acercan a la población reclusa a sus familiares y amigos sin necesidad de una limitación en cuanto al número de comunicantes; facilitan los encuentros sin la obligatoriedad de desplazamientos al centro penitenciario, aspecto muy relevante en determinados contextos; y se llevan a cabo con un carácter de inmediatez que supera a las tradicionales comunicaciones orales. Más allá de las posibilidades que se abren en las relaciones

2. Sin embargo, la realidad no parece muy conforme con las expectativas que levantó esta normativa. Los teléfonos móviles están prohibidos en los Centros de régimen ordinario (y aún más, se les considera «artículos y objetos no autorizados», en la terminología del artículo 51.1 RP, y por ello su posesión o tráfico en el interior de uno de esos Establecimientos generan la aplicación de una sanción disciplinaria); las comunicaciones por videoconferencia sólo recientemente han empezado a abrirse paso para la prestación de asistencia sanitaria, la realización de diligencias judiciales y las comunicaciones con los Abogados defensores, siendo más lenta su incorporación a la dinámica de las comunicaciones entre internos y familiares y amigos; y los ordenadores se están admitiendo parcialmente, para usos educativos y formativos, pero limitando mucho las posibilidades de que los reclusos puedan emplearlos para comunicarse con el mundo exterior

3. La razón que puede justificar por qué los avances tecnológicos no se han incorporado a la realidad carcelaria en términos semejantes a como ha sucedido en las vidas social y doméstica, trae causa de la propia naturaleza de la institución carcelaria y la relación característica (de sujeción especial) que se establece jurídicamente entre la Administración Penitenciaria y los internos que acceden a uno de sus Establecimientos⁸. Ello supone, como indicó en su momento la Sentencia 268/2006, de 11 de septiembre, del Tribunal Constitucional, que el interno ingresa «en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su «status libertatis»), adquieren una condición de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos». De ahí deriva la intensa y constante preocupación normativa por la seguridad (de los Centros, de sus funcionarios, y hasta de la sociedad, en la medida en que los internos podrían seguir delinquirando a través de la cooperación de personas que actuarían

con familiares y amigos, las propias comunicaciones con abogados y procuradores o con profesionales como las autoridades judiciales o los miembros del Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, entre otros, también pueden verse mejoradas mediante la utilización de este tipo de canales de comunicación. A su vez, desde el punto de vista del tratamiento, la progresiva implementación de las tecnologías de la información y comunicación en la dinámica del régimen de los centros penitenciarios ayuda a reducir la brecha tecnológica que sufren los internos una vez acceden al medio social normalizado. Igualmente, recurrir a la tecnología para desarrollar procesos formativos o terapéuticos se convierte en una forma eficaz, alternativa o complementaria, a las actuaciones que presencialmente se vienen llevando a cabo».

⁸ Analiza muy detenidamente este particular MARTÍNEZ GALINDO, G., «Los derechos fundamentales de los presos en la jurisprudencia constitucional», en Mestre Delgado, E. (coord.), *Estudios de Derecho Penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés*, op. cit., especialmente pp. 500 y ss.

en el exterior, coordinadas o dirigidas por aquéllos), que relativiza mucho la utilidad que, fuera de este contexto, tienen esas nuevas tecnologías⁹.

III. LOS TELÉFONOS MÓVILES EN PRISIÓN: UNA PROHIBICIÓN RAZONABLE

1. El artículo 51 LOGP establece, en su primer apartado, que «los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial», añadiéndose en el párrafo siguiente que «estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento». De manera complementaria, el apartado cuarto de ese mismo precepto indica que «las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento».

El RP desarrolla estas previsiones en su artículo 41, y en su apartado octavo establece:

«Las comunicaciones reguladas en esta sección podrán llevarse a cabo mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación y sistemas de videoconferencia, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario».

Aparentemente, esta regulación permitiría el uso, dentro de los establecimientos penitenciarios, de los teléfonos móviles, instrumentos tecnológicamente avanzados que, en un brevísimo periodo de tiempo, han pasado de considerarse excepcionales a convertirse en compañeros inseparables de los ciudadanos. Y, sin embargo, sin que se encuentre ninguna prohibición específica en la LOGP ni en el RP, su empleo por los internos en los establecimientos carcelarios españoles no sólo no se consiente, sino que además integra una infracción disciplinaria de carácter grave.

⁹ Muy gráficamente, SANZ DELGADO, E., «Cooperativas en prisión y tecnologías para la reinserción», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 38, 2022, p. 29 (del pdf), calificaba la seguridad como «el talón de Aquiles tecnológico».

2. El artículo 47 RP (dedicado a regular las comunicaciones telefónicas entre los internos y el mundo exterior) se aparta de la declaración programática del artículo 51 de la Ley y establece un principio de desconfianza hacia este mecanismo de comunicación. Así, en primer término, no se reconoce el uso del teléfono (entiéndase el fijo, que funciona con tarjetas personalizadas que proporciona la Administración penitenciaria, y recarga el interno, y permite llamar tan sólo a diez números, facilitados por el interno junto con la documentación acreditativa de su titularidad) como un derecho de los internos, sino como una concesión del Director del establecimiento, que puede concederla en función de la concurrencia de determinados requisitos.

Esta enorme desconfianza hacia el uso de las comunicaciones telefónicas por los internos se ha justificado históricamente (y se ha avalado por la jurisprudencia y la doctrina científica) en la salvaguarda de la seguridad del Centro y sus funcionarios, la ordenada convivencia en el mismo y la evitación de nuevos hechos delictivos, ya que es reiterada la consideración de que las comunicaciones telefónicas permiten trasladar al exterior información sensible sobre la seguridad del Centro o la identidad de los funcionarios que desarrollan su trabajo en él, que pueden poner en riesgo a aquél o a éstos; e incluso pueden permitir que algún interno coordine o dirija actuaciones delictivas de personas que cometieron con él en el pasado actuaciones ilícitas, o con la banda u organización en la que se integraba o de la que era responsable antes de su entrada en prisión.

Por ello, el uso del teléfono (fijo) por los internos en un Centro penitenciario está supeditado a su férreo control por el Establecimiento, y los teléfonos móviles no se admiten en las prisiones españolas porque su uso no puede ser controlado.

Y, siguiendo esta lógica, puede entenderse que estos instrumentos sean considerados «artículos y objetos no autorizados» en el interior de los Centros, que (en los genéricos e inconcretos términos del artículo 51.1 del Reglamento Penitenciario) son aquellos «que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud», entre otras especificaciones, y así efectivamente figura en el apartado D) del anexo II («catálogo de objetos prohibidos»¹⁰) de la Instrucción 3/2010, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: «las máquinas fotográficas, los teléfonos móviles, los walkies o análogos, los prismáticos y las linternas». Y, por ello, cuando los visitantes (incluidos los Abogados de los internos) queremos acceder

¹⁰ La Instrucción 2/2021, y por los motivos que indico a continuación, cambió la rotulación de este Anexo, que pasó a denominarse «Catálogo de objetos prohibidos en Centros ordinarios».

al Locutorio para comunicar con un recluso, tenemos que pasar previamente por un arco de detección de metales (en algunos supuestos también por un cacheo) y, si se detecta un teléfono móvil, se nos invita a dejarlo en las taquillas disponibles en la Recepción del Establecimiento. De no hacerlo así, no se autoriza el acceso.

El planteamiento de partida de esta Instrucción n.º 3/2010, es que

«Las nuevas infraestructuras, el incremento considerable de la población reclusa, con un espectacular incremento en los últimos diez años, duplicando aproximadamente el número estable de internos, la aparición en el mercado de nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología y las nuevas formas de criminalidad organizada, contribuyen a crear espacios de inseguridad que, en ocasiones, pueden generar corrientes de opinión negativas e injustas para el conjunto de las Instituciones Penitenciarias. Es por ello que debemos adecuar las normas y controles de seguridad a las nuevas exigencias y fenómenos criminales para impedir la comisión de actos ilícitos que pongan en riesgo las infraestructuras penitenciarias, sus trabajadores, internos y a la sociedad libre».

En adición, se considera igualmente que las nuevas tecnologías han permitido desarrollar mecanismos y procedimientos para introducción de objetos prohibidos en el interior de los centros, que «podrían quebrar la seguridad integral del Sistema Penitenciario». Y en este específico contexto se citan los «medios de comunicación con el exterior, teléfonos móviles –con cámara fotográfica, grabación en vídeo y videoconferencia–, relojes grabadores, relojes con cámaras fotográficas incorporadas, bolígrafos pistola, armas fabricadas con materiales no detectables por los sistemas de detección electrónicos, armas camufladas en artículos de uso cotidiano», de los que se predica que pueden servir para que los internos continúen desarrollando en el interior de los Centros algunas de las actividades ilícitas por las que entran en prisión.

Consecuentemente, se establece un elenco de medidas a adoptar respecto de la detección de los teléfonos móviles a través de cada una de las distintas vías de posible introducción (comunicaciones y visitas, paquetes dirigidos a los internos, ingresos de libertad de otros centros y reingresos de permiso, internos auxiliares que desempeñan destinos en el exterior, departamentos de carga y descarga y personal ajeno a la institución), y el procedimiento a seguir cuando se lleve a cabo la incautación de un teléfono móvil.

3. Debo reseñar, finalmente, que todas estas consideraciones (prohibición de uso de los teléfonos móviles por los internos, y consecuencias sancionadoras de su incumplimiento) se aplican en la actualidad (y desde 2021) tan

sólo en los Centros de régimen ordinario de cumplimiento, ya que la Instrucción 2/2021 las eliminó respecto de los internos en medio abierto (Centros de Inserción Social, independientes y dependientes, y secciones abiertas de los Establecimientos), en atención a dos criterios complementarios: por un lado, la utilidad de los teléfonos móviles para la mejora de la resocialización de estos internos y, por otro (aunque no declarado así expresamente en la citada Instrucción), en la evidente falta de peligrosidad de su empleo por quienes están cumpliendo la pena fuera de los Establecimientos cerrados y han demostrado una evolución muy favorable de su tratamiento penitenciario, que les ha llevado a disfrutar de esa forma de cumplimiento.

Pese a todo ello, este uso no se ha reconocido todavía como enteramente libre, pues aquella Instrucción lo condiciona al cumplimiento de estrictas reglas de cumplimiento obligatorio, como la de mostrar, al funcionario que lo pueda requerir, el contenido de las fotografías, o la relación de búsquedas, que hubieran podido hacerse con ese dispositivo.

IV. LA VIDEOCONFERENCIA COMO NUEVA RUTINA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

1. Antes de la pandemia del Covid-9, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias había venido prestando especial atención a la mejora del sistema de comunicaciones entre Abogados e internos¹¹, pero esta grave crisis motivó la firma del Convenio entre el Ministerio del Interior y el Consejo General de la Abogacía Española para la implantación del sistema de comunicación por videoconferencia entre Colegios de Abogados y Centros

¹¹ Así, el 16 de mayo de 2006 el Ministerio de Justicia firmó un acuerdo con la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias para impulsar la utilización de videoconferencias en las Instituciones Penitenciarias españolas, en cuya virtud el Ministerio de Justicia se comprometió a instalar y mantener equipos de videoconferencia en las sedes de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal, al objeto de celebrar vistas, diligencias, ruedas de reconocimiento y otras actuaciones pertinentes con los Centros Penitenciarios. Igualmente, por Resoluciones de 24 de septiembre de 2018 y 29 de octubre de 2019, de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, se publicaron, respectivamente, el Convenio entre el Colegio de Procuradores de Madrid y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y entre ésta y el Consejo General de la Abogacía Española, para la información, organización y prestación de servicios de representación procesal y de orientación y asistencia jurídica a las personas internadas en distintos Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social. De manera semejante, la videoconferencia ya había sido un recurso muy utilizado en la institución penitenciaria para la prestación de servicios de consulta y asistencia médica a los reclusos. *Vid.* MARTÍN MORAL, M.^a F., «La utilización del sistema de videoconferencia en el marco de las Instituciones Penitenciarias», en Mata y Martín, R. (Dir.)/Javato Martín, A.M.^a (Coord), «Sistema penitenciario y nuevas tecnologías», Ed. Lex Artis, Valladolid, 2014, págs. 45 y ss.; y la Instrucción de la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 30 de enero de 2007.

Penitenciarios (publicitado por Resolución de 15 de abril de 2021, publicada en el BOE núm. 95, de 21 de abril). A continuación, y valorando la enorme utilidad de esta experiencia, esta nueva tecnología irrumpió en el ámbito de las relaciones de los internos con el exterior, las comunicaciones y las visitas, mediante el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, que reformó el RP para adecuarlo al uso de las tecnologías de la información y la comunicación para el acceso a servicios y prestaciones y para el ejercicio de derechos. Para ello se añadió un apartado 3 al artículo 4 para establecer (tras el reconocimiento de los derechos de los reclusos, que se relacionaban en los dos apartados precedentes de ese precepto) que todos los derechos que puedan derivarse de la normativa penitenciaria «se podrán ejercer a través de las tecnologías de la información y comunicación, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. En el ejercicio de dichos derechos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, se deberán respetar en todo caso los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos, así como las normas de régimen interior del centro penitenciario»; y se incluyó un nuevo apartado 8 en el artículo 41 (que regula las comunicaciones y visitas) para establecer que «Las comunicaciones reguladas en esta sección podrán llevarse a cabo mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación y sistemas de videoconferencia, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. Estas comunicaciones se llevarán a cabo conforme a los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos».

3. La necesidad de compatibilizar la práctica de las diligencias judiciales y la salvaguarda de la salud de los intervinientes en ellas hizo también que la videoconferencia se generalizara, en época de pandemia, en las diligencias de toma de declaración de testigos y peritos, tanto en fase de instrucción como de juicio oral, y para la intervención de éstos o de los Fiscales y Abogados, y a veces de todos ellos. Y, gracias a estas experiencias, la Ley 1/2025, de 2 de enero, de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, modificó el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para establecer, respecto de «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales, y vistas», que «Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa».

V. EL USO DE LOS ORDENADORES POR LOS INTERNOS: RIESGOS PARA LA SEGURIDAD, PERO INDUDABLES BENEFICIOS PARA LA EDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN

1. Los ordenadores personales, pese a ser instrumentos electrónicos, y guardar analogía con algunos de los incluidos en el listado, no figuran en la relación de objetos prohibidos del anexo II de la Instrucción 3/2010, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Por ello, los internos pueden disponer de esa herramienta en los Centros penitenciarios, pero no de manera libre o incondicionada, pues de nuevo existen consideraciones de seguridad interior que, en este caso, han de ponderarse con las utilidades para el proceso resocializador que derivan del uso de un ordenador ¹².

El balance entre los beneficios del empleo de los ordenadores en el medio penitenciario ¹³, y los riesgos que pueden entrañar estas herramientas para la seguridad interior de los Centros, la efectúa el artículo 129 RP (modificado por aquel Real Decreto), que en la actualidad establece:

«1. Cuando razones de carácter educativo o cultural lo hagan necesario o aconsejable para el desarrollo de los correspondientes programas formativos se podrá autorizar que el interno disponga de un ordenador personal. Con este fin, se exigirá que el interno presente una memoria justificativa de la necesidad avalada por el Profesor o Tutor.

2. El uso del ordenador y del material informático se regulará en las correspondientes normas de régimen interior, incluyendo el uso de dispositivos externos de almacenamiento de información y la conexión a redes de comunicación.

3. El Consejo de Dirección podrá retirar la autorización concedida cuando existan fundadas sospechas de que se está haciendo un mal uso de la misma o cuando la autorización no se corresponda con una necesidad real del interno. En todo caso se entenderá que existen sospechas de un mal uso del ordenador cuando el interno se niegue a mostrar el contenido de la totalidad de los archivos del mismo, previo requerimiento del Consejo de Dirección».

El desarrollo reglamentario al que se refiere este precepto está en el apartado 2.6.1 de la reiterada Instrucción 3/2010, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. En ella, con carácter general, se establece que los in-

¹² Esa Instrucción considera al efecto que, para autorizar el empleo de un ordenador por un interno, debe valorarse «la repercusión que la tenencia y utilización indiscriminada de este tipo de material, pudiera tener con respecto a la seguridad de los centros penitenciarios».

¹³ *Vid.* distintas experiencias de formación, educación y participación en prisión, a través de los ordenadores, en TOCINO, C.M., «Internet en la cárcel», en Mata y Martín, R. (dir.)/Javato Martín, A.M.^a (coord.), *Sistema penitenciario y nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

ternos «podrán disponer, en los locales adecuados al efecto, de ordenadores personales de su propiedad, por razones de carácter educativo y cultural, previa autorización del Consejo de Dirección», salvo que se trate de internos vinculados o relacionados con organizaciones y grupos terroristas u otros grupos de delincuencia organizada, respecto de los que, con carácter previo a la autorización, ha de recabarse informe de Coordinación de Seguridad sobre la conveniencia de esta autorización.

Por los ya adelantados (y omnipresentes) requisitos de seguridad interior, se prevé que los internos no pueden acceder a los Centros con ordenadores que llevarán, a su ingreso o traslado, desde el exterior del Establecimiento, sino que deben adquirir el material informático a través del Economato o del Servicio de demandaduría, debiendo ser además precintado antes de su entrega al recluso (y, en los casos de traslado a otro Centro, el ordenador se le enviará a través de una agencia de transporte). Del mismo modo, y entre otras reglas que igualmente establece aquella Instrucción respecto del uso de los ordenadores, se prevé que, para que el Consejo de Dirección pueda autorizar su uso, el interno deberá presentar una memoria justificativa de las necesidades educativas o culturales que desea cubrir con su utilización; que todos los puertos USB y PCMCIA de los ordenadores deben estar deshabilitados, impidiendo su utilización, no autorizándose la tenencia o utilización de scanner, grabadoras, regrabadoras, ni cualquier tipo de software que permita grabar en CD o DVD, ni *pendrives* o cualquier otro soporte que pueda ser utilizado para introducir o extraer información de los Ordenadores (DVD, Compact Disc o Disquetes vírgenes), ni cualquier otro software que no se ajuste a las necesidades para las que se autoriza el uso del medio informático; que unos «coordinadores de informática», designados por el Consejo de Dirección, se encargan de inspeccionar periódicamente el material informático, y para ello los internos han de poner en su conocimiento las claves o contraseñas de acceso (personalizadas o de origen) cuando sean requeridos para ello; que el ordenador y demás material complementario ha de depositarse en la sala de informática o en los locales habilitados al efecto, en armario con llave, cuyas copias se custodian en la Jefatura de Servicios y en el despacho del Coordinador de Formación (o de los Maestros si no existiera esa figura); que los ordenadores no pueden ser cedidos, alquilados ni donados a ningún otro interno, ni ser trasladados a ningún lugar distinto del local o aula destinada a tal efecto; y que el Consejo de Dirección debe revocar la autorización concedida cuando se constate incumplimiento de cualquiera de las normas reflejadas en los apartados anteriores; cuando existan fundadas sospechas de que se está haciendo un mal uso del material informático autorizado; cuando la autorización no corresponda con una nece-

sidad real del interno, de carácter educativo o cultural, o hayan cambiado las circunstancias que motivaron su concesión; cuando el interno se niegue a mostrar el contenido de la totalidad de los archivos o acceso a cualquier aplicación instalada, previo requerimiento del Consejo de Dirección; y cuando el interno finalice sus estudios, los abandone o muestre un rendimiento nulo.

2. Además de esta posibilidad de que los internos sean autorizados para el uso individualizado de un ordenador, a los indicados fines educativos o culturales, el RP (tras la reforma efectuada por el repetido Real Decreto 268/2022, de 15 de abril) prevé también en su artículo 127.4 la posibilidad de utilizar estas herramientas en el contexto grupal de los servicios de Biblioteca y de Sala de lectura.

3. Finalmente, y desde un tercer punto de vista, los ordenadores están desempeñando un papel muy relevante en la prestación de la asistencia jurídica que precisan los internos. Así lo recoge la Instrucción 2/2024, de 28 de mayo, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, relativa a las comunicaciones de internos con Abogados defensores y del Servicio de Orientación Jurídica. En ella se dispone que, a partir de su entrada en vigor (lo que tuvo lugar el 29 de mayo de 2024), las Direcciones de los Centros Penitenciarios debían «iniciar las gestiones pertinentes para, en función de las posibilidades arquitectónicas, habilitar una dependencia en la que puedan celebrarse comunicaciones entre las personas privadas de libertad y sus abogados defensores y/o procuradores [también se incluyen los pertenecientes al Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria], sin que exista separación física», y en las que «se permitirá, con carácter general, el uso de ordenadores y tablets para el ejercicio de sus cometidos a estos profesionales, pudiendo por lo tanto portarlos hasta los locutorios». También se establece en esta Instrucción el procedimiento pertinente para ello.

146. CRIMINOLOGÍA, ZEMIOLOGÍA Y EL ABANDONO DEL DELITO ¹

FERNANDO MIRÓ LLINARES
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Miguel Hernández de Elche

I. EL DELITO, ESE OBJETO INCÓMODO DE LA CRIMINOLOGÍA

En los últimos años ha reaparecido con fuerza, en distintos espacios orales y escritos de discusión criminológica, la idea de que la disciplina debería abandonar el delito como objeto de estudio y reorientarse hacia fenómenos supuestamente más neutros y más relevantes desde el punto de vista social como son los daños que padecen las personas y las comunidades. Esta propuesta, que hoy se articula principalmente bajo la etiqueta de la zemiología, suele presentarse como una ruptura radical y un giro profundo en la manera de concebir qué es y qué debería ser la criminología. La misma, sin embargo, representa más bien una propuesta de nuevo «branding disciplinario» para un problema antiguo: la dificultad persistente de la criminología para sentirse plenamente cómoda con el delito como su principal referente como objeto de investigación.

¹ El presente capítulo es, esencialmente, una adaptación y reescritura de uno de los apartados del artículo «El daño» que he publicado recientemente en el *ADPCP* 2025 (Miró Llinares, F.: «El daño (en Derecho Penal, criminología y política criminal)», en *ADPCP*, 2025, Tomo LXXVIII). Las tesis aquí formuladas se desarrollan más ampliamente, y con más bibliografía, en el citado trabajo al que me remito. Aunque sea una forma pequeña de participar en el más que merecido libro homenaje a mi querido José Luis de la Cuesta espero que la contribución sirva para que lleguen a otras personas algunas reflexiones sobre un debate que me recuerda a conversaciones que tuvimos sobre la relación entre el Derecho Penal y la criminología y la eterna necesidad, en la que siempre conveníamos, de la conexión entre ambas.

Desde etapas muy tempranas la criminología ha construido su identidad en torno al estudio del crimen. Y lo ha hecho siempre acompañada de cierta incomodidad que tiene que ver con el hecho de que el delito no es una categoría producida por la propia criminología sino por el Derecho Penal. Si el delito es aquello que el legislador decide tipificar como tal, entonces el objeto central de la criminología aparece definido desde fuera, por decisiones contingentes. Esta preocupación se refleja claramente en buena parte de la doctrina manua-lística, desde Garrido, Stangeland y Redondo que han señalado que identificar el objeto de la criminología con el delito, en el mismo sentido que lo hace el Derecho Penal, conduce a poner en cuestión la existencia misma de un objeto propio²; a García-Pablos de Molina quien ha subrayado que la autonomía científica de la criminología exige que ésta pueda determinar su propio concepto de delito, sin someterse a definiciones provenientes de otros ámbitos³.

En realidad la crítica a la dependencia del concepto legal de delito se produce casi desde el nacimiento de la disciplina y dio lugar a distintos intentos históricos de superación del objeto «crimen». Sellin lo formuló en términos metateóricos, al considerar que una ciencia explicativa del comportamiento no puede aceptar que actores no científicos definan los límites de su objeto. Si el crimen es definido por el legislador, la criminología queda inevitablemente subordinada al Derecho Penal, y de ahí su propuesta de centrar el análisis en las normas de conducta universales como forma de escapar de esa dependencia⁴. El planteamiento de Sutherland es distinto, pero converge en un punto fundamental: a partir de sus trabajos sobre la delincuencia de cuello blanco que pusieron de manifiesto que prácticas altamente lesivas quedaban fuera del campo criminológico simplemente porque no eran consideradas delitos, Sutherland transmitió en sus obras con claridad la idea de que la disciplina no debía limitarse a estudiar aquello que formalmente es delito⁵ y acabó defendiendo (más con sus actos de investigación que con desarrollos teóricos) que aquello que no es crimen, pero debe serlo, debe ser objeto de estudio de la criminología⁶. Lógica que será llevada un paso más allá por Schwendinger y Schwendinger, quienes a partir de la consideración de que el concepto legal de

² GARRIDO GENOVÉS, V./STANGELAND, P./REDONDO, S.: *Principios de Criminología*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 47.

³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89 y ss.

⁴ SELLIN, T.: «Culture Conflict and Crime», en *American Journal of Sociology*, vol. 44, 1938, p. 100.

⁵ SUTHERLAND, E. H.: «White-Collar Criminality», en *American Sociological Review*, vol. 5, 1940, pp. 1-12; e id., *White Collar Crime*, Nueva York: Dryden Press, 1949.

⁶ MIRÓ LLINARES, F.: «El daño (en Derecho Penal, criminología y política criminal)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXXVIII, 2025, p. 8.

delito refleja relaciones de poder y, por ello, tiende a invisibilizar daños estructurales mientras sobrerrepresenta infracciones individuales, proponen que la criminología se centre en las violaciones de derechos fundamentales, con independencia de su estatus jurídico⁷. Desde este punto de partida la criminología crítica ahondó en la crítica al crimen como objeto científico de la criminología al entender que estudiar el delito sin problematizar su definición equivale a aceptar las categorías del sistema penal. El delito no es una simple categoría descriptiva de comportamientos lesivos sino una construcción social atravesada por relaciones de poder, producida en contextos históricos concretos y funcional a determinados intereses, en cuanto que la criminalización no es el resultado de una selección neutral de conductas particularmente lesivas, sino un proceso selectivo que tiende a concentrarse sobre ciertos grupos sociales y ciertas formas de desviación, mientras deja en gran medida al margen otras fuentes de daño socialmente relevantes. Si el delito no es sólo un objeto natural, definido desde fuera de la criminología, sino un objeto ideológicamente cargado cuya utilización acrítica implica asumir categorías producidas por el propio sistema que se pretende analizar, centrar en él la criminología supone, aunque sea de forma implícita, aceptar el marco categorial del poder punitivo, incluso cuando se adopta una posición crítica frente a sus contenidos concretos. De ahí que buena parte de la criminología crítica haya insistido en desplazar el foco desde el delito hacia los procesos de criminalización, las agencias de control, las dinámicas de poder que atraviesan el sistema penal y las consecuencias sociales del castigo⁸.

Pero incluso en este contexto de fuerte impugnación del delito como categoría por parte de la criminología crítica, el concepto no desaparecía completamente del horizonte disciplinario. El interés se desplaza, pero el delito continúa funcionando como referencia, aunque sea en negativo. Se estudia por qué determinadas conductas son criminalizadas y otras no, qué actores participan en ese proceso, con qué discursos se legitima, a quién afecta prioritariamente la intervención penal y qué efectos produce. Pero ese conjunto de preguntas sigue girando, en última instancia, alrededor del delito. Faltaba, tras «socavar con éxito el concepto legal de crimen»⁹, el paso de encontrar un objeto alternativo claramente definido para la criminología, capaz de desempeñar funciones similares en términos de delimitación del campo, orientación de la investigación y articulación de una identidad disciplinar. Pero ese paso se ha

⁷ SCHWENDINGER, H./SCHWENDINGER, J. R.: «Defenders of Order or Guardians of Human Rights», en *Issues in Criminology*, vol. 5, n.º 2, 1970, pp. 123-157.

⁸ LOADER I./SPARKS R.: *Public Criminology?*, London/New York: Routledge, 2010, p. 208.

⁹ MIRÓ LLINARES, «El daño», p. 9.

mostrado extraordinariamente problemático. La crítica al delito como objeto era sencilla, pero no tanto acordar qué debía ocupar su lugar.

II. ABANDONAR EL DELITO, ABRAZAR EL DAÑO SOCIAL

Es a principios de este siglo cuando se comienza a dar el paso de nombrar explícitamente un nuevo objeto distinto al crimen y, a partir de ahí, proponer una nueva denominación para la disciplina. A partir de una serie de reuniones del grupo *Law and Society* en 1999 y con la publicación de la recopilación de estas en *Beyond Criminology* es cuando puede decirse que «tomó tierra» la noción de daño social como eje articulador de una nueva propuesta disciplinar¹⁰. El punto de partida era, de nuevo, la crítica a la criminología, en general, y a la criminología crítica en particular, así como la insuficiencia del concepto de delito para lograr capturar «*the full range of harms that impact on our lives*». El argumento central es que, frente a ello, el daño social constituye un concepto mucho más útil para abordar los problemas sociales que afectan a las personas durante toda su existencia. En el primer capítulo del libro, Hillyard y Tombs presentan nueve críticas clave a la criminología que, a su vez, vienen a constituir las bases de una nueva disciplina en torno a la noción de daño social: que el delito no refleja una realidad objetiva sino que es una construcción social; que la criminología perpetúa el mito del delito al asumirlo como objeto de estudio y con ello mantiene relaciones de poder; que lo que es delito es en ocasiones insignificante y mucho menos lesivo que daños graves causados por actores sociales poderosos; que la criminalización causa dolor; o que el control del delito es una industria ineficaz que, sin embargo, acaba siendo legitimada por la criminología al enfocarse en el delito¹¹. Frente a este diagnóstico, la zemiología propone explícitamente un «cambio de paradigma» hacia un análisis integral de los daños sociales que desafíe lo legal y adopte nuevas perspectivas para alcanzar la justicia social.

En ese cambio de paradigma, el elemento del que se huye es el delito y el objeto que deviene central es la idea de daño social. Ahora bien, ¿cómo se define ese nuevo objeto? En los primeros desarrollos de *Beyond Criminology*, la idea de daño social se define más en negativo, por contraste o contraposición a lo que no es delito o a aquello que no está abarcado por la idea de delito, que

¹⁰ PEMBERTON, S.: «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», en *Crime, Law and Social Change*, vol. 48 (1), 2007, pp. 27-41.

¹¹ HILLYARD, P./TOMBS, S.: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, Londres: Pluto Press, 2004, pp. 19-24.

en positivo, describiendo las cualidades que tendría aquello que es daño social. Lo más parecido a una definición es la consideración de que el término debería abarcar «una amplia gama de eventos y condiciones que afectan a las personas durante su vida»¹². Ante la evidente amplitud e indefinición de esta propuesta, los autores la complementan con una primera lista de tipologías: daños físicos (causados en el ámbito médico, por accidentes de tráfico, actividades laborales, falta de comida o tortura, entre otros), daños económicos o financieros (incluida la pobreza, el desempleo y otras pérdidas patrimoniales derivadas de la interacción con el sistema económico), daños psicológicos o emocionales y daños culturales, categoría aún más amplia que incluye la autonomía, la idea de desarrollo o el acceso a la cultura y a la información. La incuestionable amplitud y el relativismo que puede conllevar una definición de este tipo no sólo eran reconocidos por los autores, sino defendidos, por la supuesta bondad que tendría operacionalizar algo deliberadamente indeterminado y hacerlo, además, teniendo en cuenta visiones distintas de las del propio Estado. No definir el objeto daño social sería un modo de superar el reduccionismo del objeto delito.

Es en una fase posterior cuando aparecen intentos más serios de definición o conceptualización del daño social, orientados a evitar que cualquier cosa pueda ser considerada daño y, al mismo tiempo, que nada lo sea. Yar es uno de los primeros en proponer una definición, al entender el daño social como «la experiencia intersubjetiva de ser rechazado o no reconocido respecto a cualquiera o todas las dimensiones de las necesidades humanas», que serían el amor, la estima y los derechos, aunque lo vincula todavía a la idea de delito o de lo que debería ser considerado como tal¹³. Más recientemente, Raymen lo ha relacionado con la idea de florecimiento humano en un sentido ético post-aristotélico y lo define como cuando «un individuo, institución o comunidad no persigue, se le impide perseguir o se le desanima de perseguir los bienes genuinos que son internos a las prácticas sociales y a los diversos roles sociales que ocupan»¹⁴. Y quizás el intento más exitoso en el entorno de la zemiología haya sido el de Pemberton, quien tras situar el elemento central de la idea de daño en el adjetivo «social», que lo circunscribe a aquellos producidos en el contexto de «las relaciones sociales lesivas comunes a las sociedades

¹² HILLYARD/TOMBS: «Beyond Criminology», p. 22.

¹³ YAR, M.: «Recognition as the Grounds of a General Theory of Crime as Social Harm?», en O'Neill, S./Smith, N.H. (eds.): *Recognition Theory as Social Research: Investigating the Dynamics of Social Conflict*, Londres: Palgrave Macmillan UK, 2012, pp. 109-126.

¹⁴ RAYMEN, T.: *The Enigma of Social Harm: The Problem of Liberalism*, London: Taylor & Francis, 2022, p. 233.

capitalistas», identifica el daño con la insatisfacción de necesidades humanas a partir de la teoría de Doyal y Gough, proponiendo un enfoque normativo que permita diferenciar lo que es estructuralmente necesario para el bienestar humano de los meros anhelos subjetivos¹⁵. Los impulsores del concepto de daño social han acabado aceptando una idea similar al definirlo como la ausencia de reconocimiento o satisfacción de necesidades humanas de un modo que afecta a la posibilidad de plena realización de las personas¹⁶.

Lo que distingue a la zemiología de buena parte de los desarrollos anteriores no es, por tanto, la afirmación de que existen daños graves que no son criminalizados, ni siquiera la constatación de que el delito es una construcción social atravesada por relaciones de poder, tesis ampliamente asentadas desde hace décadas en la criminología crítica¹⁷. Su rasgo diferencial es que el desplazamiento hacia el daño social no se formula como una ampliación del campo de estudio, ni como un complemento al análisis del delito, sino como una sustitución explícita del objeto central de la disciplina¹⁸. En este sentido, la zemiología no propone una «criminología del daño», sino una disciplina distinta, organizada en torno a un objeto diferente y, por ello, emancipada del marco conceptual del Derecho Penal¹⁹. Y esta pretensión tiene consecuencias profundas. En primer lugar, implica negar al delito cualquier estatus privilegiado desde el punto de vista epistemológico. Los comportamientos criminalizados pasan a ser simplemente una subcategoría dentro del universo mucho más amplio de los comportamientos dañinos, sin que su reconocimiento jurídico les otorgue relevancia científica adicional. En segundo lugar, supone que la disciplina no debe organizarse en torno a la respuesta penal, ni siquiera para criticarla, sino en torno al análisis de los procesos sociales que generan daño y de las condiciones estructurales que lo hacen posible. El interés principal ya no será por qué determinadas conductas son delito, sino por qué fenómenos como la pobreza, el desempleo masivo, la precariedad laboral, la desigualdad extrema, la degradación ambiental, las políticas migratorias restrictivas o el desmantelamiento de sistemas de protección social producen sistemáticamente

¹⁵ PEMBERTON, S.: «Harmful Societies. Understanding social Harm, Bristol», *Policy press*, 2016, p. 24.

¹⁶ MIRÓ LLINARES: «El daño», p. 12.

¹⁷ MUNCIE, J.: «The construction and deconstruction of crime», en Muncie, J./McLaughlin, E. (eds.): *The Problem of Crime*, Londres: Sage Publications, 1996, p. 5.

¹⁸ VILA-VIÑAS, D.: «Recensión del libro de Victoria Canning y Steve Tombs, *From Social Harm to Zemiology*. A Critical Introduction», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23(3), 2021, pp. 1-8.

¹⁹ HILLYARD, P./TOMBS, S.: *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, London: Pluto Press, 2004, pp. 19-20; HILLYARD, P./TOMBS, S.: «From 'Crime' to Social Harm?», en *Crime, Law and Social Change*, vol. 48, 2007, pp. 9-25; PEMBERTON, S.: «Social Harm Future(s): Exploring the Potential of the Social Harm Approach», en *Crime, Law and Social Change*, vol. 48, n.º 1, 2007, pp. 27-41.

sufrimiento, precariedad, exclusión y muerte prematura. Esto, obviamente, ya no es criminología.

Aunque no puede decirse que la zemiología haya tenido éxito en su pretensión de sustituir a la criminología como disciplina es indudable que su lenguaje ha «calado» en determinados subcampos de la criminología. La *green criminology*, por ejemplo, ha incorporado de manera sistemática el lenguaje del daño social para abordar la degradación ambiental, la contaminación, la pérdida de biodiversidad o los efectos del cambio climático, muchos de los cuales no encajan fácilmente en las categorías penales tradicionales²⁰. Algo similar ocurre en la *border criminology*, donde el análisis del sufrimiento asociado a las políticas migratorias, a los regímenes de detención y a las fronteras militarizadas se articula frecuentemente al margen de la pregunta por su criminalización²¹. También en el ámbito de la digitalización y del cibercrimen, donde los procesos de criminalización suelen llegar tarde y vamos descubriendo nuevos daños individuales y colectivos relacionados con la transformación digital, ha tenido éxito la etiqueta²². En estos y otros ámbitos, autores, que no se identifican explícitamente como «zemiólogos», utilizan el lenguaje del daño social para analizar fenómenos que no siempre quedan dentro de la etiqueta de crimen. Ello muestra que el atractivo del enfoque no depende tanto de la adopción de una nueva etiqueta disciplinar, sino de la percibida incapacidad del concepto anterior, el de crimen, para dar cabida a intereses de la comunidad académica y de la supuesta capacidad de la idea de daño social para articular preocupaciones ampliamente compartidas. La zemiología resulta atractiva porque conecta con esa intuición que ya tuvo Sutherland, y que es compartida por amplios sectores de la criminología contemporánea, de que la disciplina ha dedicado una atención desproporcionada a formas relativamente visibles pero socialmente marginales de daño, mientras ha prestado una atención comparativamente escasa a procesos estructurales lesivos que afectan de manera cotidiana a grandes segmentos de la población²³.

Ahora bien, junto a este éxito relativo, comienzan a aparecer también dudas, algunas dentro del propio campo zemiológico y muchas más dentro de

²⁰ BRISMAN, A./SOUTH, N.: «Green criminology, zemiology, and comparative and inter-relational justice in the Anthropocene era», en Boukli, A./Kotzé, J. (eds.): *Zemiology: Reconnecting crime and social harm*, Cham: Springer International Publishing, 2018, pp. 203-221.

²¹ SOLIMAN, F.: *Social Harm at the Border: The Case of Lampedusa*, London/New York: Routledge, 2023.

²² LAVORGNA, A.: «Looking at crime and deviancy in cyberspace through the social harm lens», en Davies, P./Leighton, P./Wyatt, T. (Eds.): *The Palgrave Handbook of Social Harm*, Cham: Springer Nature, 2021, pp. 401-420.

²³ VILA-VIÑAS, «Recensión del libro», pp. 1-8.

la criminología crítica y de la que denominan criminología administrativa. Una de las más recurrentes se refiere a la vaguedad del concepto de daño social. Quizás porque los zemiólogos han dedicado mucho esfuerzo a criticar la criminología, pero bastante menos a explicar con precisión qué la reemplazaría²⁴. Un concepto excesivamente indeterminado corre el riesgo de convertirse en una etiqueta bajo la cual cabe prácticamente cualquier fenómeno, lo que dificulta su utilización como eje estructurador de una disciplina científica. Y cuanto más se insiste en que el daño social debe permanecer abierto e indefinido, mayor es la dificultad para construir programas de investigación coherentes y comparables. Además, aceptar que la zemiología identifica problemas reales y relevantes no equivale a aceptar que la solución adecuada consista en abandonar el delito como objeto.

III. CRIMINOLOGÍA, ZEMIOLOGÍA Y LOS LÍMITES DEL ABANDONO DEL DELITO

El éxito que el lenguaje del daño social ha tenido a la hora de ampliar los objetos de estudio de interés para la criminología plantea, al menos, tres cuestiones que conviene distinguir analíticamente, aunque se encuentren estrechamente relacionadas entre sí. La primera es si la criminología, o quienes forman parte de esta comunidad académica, deben abandonar el estudio del crimen y centrar sus esfuerzos exclusivamente en el estudio de los daños sociales. La segunda es si, con independencia de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, la idea de daño social, o más allá la de daño, en general, debe ser relevante en, o incluso central para, la criminología. Y la tercera es qué concepto de daño debiera adoptarse. En este apartado me ocuparé de la primera cuestión, esto es, de si existen razones suficientes para que la criminología abandone el delito como objeto de estudio.

Es perfectamente legítimo que una parte de la comunidad académica decida no dedicarse a estudiar el crimen y centrar sus investigaciones en otros ámbitos. De hecho, buena parte de quienes se han identificado históricamente con la criminología crítica ya lo hacían, orientando su trabajo hacia el análisis del sistema de justicia penal, de las agencias de control o de dinámicas estructurales de poder, sin prestar atención directa al delito como conducta. Lo que

²⁴ HUGHES, G.: «Book review: Beyond Criminology: Taking Harm Seriously», en *Social & Legal Studies*, vol. 15, n.º 1, 2006, pp. 157-159; LOADER, I./SPARKS, R.: *Public Criminology?*, London/New York: Routledge, 2013.

resulta mucho más problemático es el salto que da la zemiología al exigir a la comunidad, en su conjunto, que abandone el estudio del crimen²⁵. A mi parecer, los argumentos que se ofrecen para justificar esa exigencia son débiles, en algunos casos incluso ingenuos, y desde luego insuficientes para sostener una propuesta tan radical.

El primero de estos argumentos es que el crimen no tiene una realidad ontológica propia. Es cierto que el crimen es una construcción social, del mismo modo que lo es la idea de daño social o la de derechos humanos, pero de ello no se sigue que deba dejar de ser estudiado. Como ha señalado Zedner, en la construcción académica de lo que es un delito la criminología tiene un papel relevante que desempeñar, y renunciar a ello implica dejar esa tarea exclusivamente en manos de otros²⁶. Es evidente que el proceso de definición de lo que debe ser un delito es normativo y que ha sido tradicionalmente la dogmática penal la que se ha ocupado de él, pero la criminología no sólo puede y debe participar críticamente en ese debate normativo, sino que además puede y debe aportar información empírica sobre las consecuencias reales de las conductas que se pretende criminalizar y sobre los efectos y daños de la propia criminalización. Por tanto, el crimen no es un mito que deba ser desenmascarado para luego ser descartado, sino un hecho institucional, un constructo social que alguien define como tal y respecto del cual es importante que la criminología participe activamente en el debate sobre qué debe ser considerado delito y qué no. Taparse los ojos no hará que el crimen, ni tampoco el daño, dejen de ser socialmente nombrados y construidos.

Un segundo argumento de la zemiología sostiene que, dentro de lo que formalmente es considerado delito, abundan comportamientos de escasa lesividad, mientras que daños graves producidos por actores sociales poderosos quedan fuera del ámbito penal. Este diagnóstico podría ser, en términos muy generales y diría «de brocha gorda», acertado. A nivel numérico, gran parte de lo que se registra como delito puede tener una lesividad relativamente baja. Pero, precisamente por ello, ¿no debería la criminología denunciarlo y estudiarlo? ¿No debería comparar, por ejemplo, la lesividad de la venta al por menor de drogas con los efectos lesivos que los cárteles producen en determinadas comunidades o con los que causa la denominada «guerra contra las drogas»? Que existan delitos poco lesivos no es una razón para dejar de estudiar el delito, sino una razón para problematizar críticamente qué conductas se

²⁵ VILA-VIÑAS: «Recensión del libro», p. 25.

²⁶ ZEDNER, L.: «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», en Bosworth, M./Hoyle, C. (eds.): *What is Criminology?*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 271-285.

criminalizan y con qué criterios. Del mismo modo, que muchos daños graves no sean delito obliga a priorizar ámbitos de estudio más allá de lo criminalizado, pero no a rechazar el estudio de aquello que sí es delictivo y sí es lesivo, ni a dejar de analizar críticamente, a partir de evidencia empírica, por qué algunas conductas que podrían encuadrarse dentro de lo que se considera daño social no son delictivas y si deberían llegar a serlo o responderse a ellas mediante otros mecanismos de control social.

Los siguientes argumentos «zemiológicos» se refieren al modo en que se construye el sistema de justicia penal. En primer lugar, se critica el modelo de responsabilidad penal, basado esencialmente en la autonomía individual y en la intención, por dejar fuera otras formas de culpabilidad moral y responsabilidades más colectivas o corporativas. Puede compartirse la idea de que los daños en sociedad no sólo son causados por actos intencionales o negligentes individuales, sino que pueden derivar de cadenas relacionales complejas que no siempre encajan bien en el molde tradicional del Derecho Penal. Pero ello no implica necesariamente abandonar la responsabilidad penal, sino, en todo caso, completarla externamente y, en algunos casos, redefinirla internamente para reconocer mejor la responsabilidad criminal de empresas, grupos y gobiernos: «cuando las bases morales del Derecho Penal son erróneas o están desfasadas, existe un fuerte argumento para su reforma, pero esto no justifica eliminar la categoría legal de crimen»²⁷. Además, conviene ser cautelosos con lo que se desea: el sistema de responsabilidad penal está pensado, precisamente, para atribuir responsabilidad considerando al otro como un ser moral y bajo un conjunto de garantías. Buscar relacionar daños con responsabilidades fuera de la estructura del derecho, o desplazar esa atribución a sistemas menos garantistas, puede dar lugar a intervenciones que causen aún más daño del que, sin duda, causa el Derecho Penal cuando actúa. A ello se añade el argumento de que la criminalización y el castigo causan daño. Esto es indiscutible, especialmente en relación con determinadas penas. Pero lo que no se entiende es por qué la consecuencia de ello debería ser dejar de estudiar el delito.

Incluso si se aceptara mi defensa de que la criminología no debe abandonar el estudio del crimen, aún habría que plantearse la validez de la segunda parte de la propuesta de la zemiología, esto es, que es en el estudio de los daños sociales donde debería concentrar prioritariamente sus esfuerzos. Algunos de los argumentos utilizados para defender este desplazamiento resultan sugerentes. En primer lugar, que un enfoque centrado en el daño permitiría reconocer la diversidad de daños que pueden afectar a las personas a lo largo de su

²⁷ ZEDNER: «Putting Crime Back», p. 274.

ciclo vital, superando una concepción excesivamente estrecha de los problemas sociales asociada casi exclusivamente a la infracción penal. En segundo lugar, que facilitaría la construcción de una idea de responsabilidad que vaya más allá de lo intencional y lo individual, incorporando dimensiones colectivas, organizativas y estructurales de la producción de daño, que encajan mal en los esquemas tradicionales de imputación penal. Y, en tercer lugar, que contribuiría a priorizar una política social frente a una justicia penal que históricamente ha estado, en gran medida, controlada por los poderosos y orientada a la gestión punitiva de problemas cuya raíz es fundamentalmente social. Creo, sin embargo, que existen también razones importantes para no situar el delito como una categoría menor con respecto a la de daño. La primera tiene que ver con el hecho, a menudo olvidado en algunos planteamientos zemiológicos, de que muchos crímenes son efectivamente lesivos, causan daños, y que su «dañosidad» no es necesariamente menor que la de otros fenómenos que hoy se etiquetan como daño social. Que dentro de lo formalmente considerado delictivo existan comportamientos de escasa lesividad no elimina el hecho de que otros muchos comportamientos delictivos sí producen daños graves y directos, tanto a nivel individual como colectivo. Invisibilizar el delito en bloque corre el riesgo de oscurecer precisamente aquellas formas de violencia y victimización que han sido históricamente centrales para la criminología y que siguen siendo socialmente relevantes.

La segunda razón es que desplazar el delito a un lugar marginal implica, en la práctica, vaciar a la criminología de uno de sus espacios tradicionales de intervención crítica. Si la criminología renuncia a estudiar el delito, renuncia también, en gran medida, a intervenir en los debates sobre criminalización, despenalización, selección de conductas y límites del *ius puniendi*. Esos debates no desaparecen porque la criminología decida ignorarlos; simplemente pasan a ser monopolizados por otras disciplinas y por los propios actores institucionales. Por el contrario, una criminología que mantenga el delito dentro de su campo, aunque lo relacione analíticamente con el daño, puede desempeñar una función especialmente relevante: informar críticamente tanto sobre qué conductas producen daño como sobre qué daños produce la criminalización de esas conductas. En este sentido, la criminología no sólo puede contribuir a ampliar el foco hacia daños no criminalizados, sino también a cuestionar empíricamente criminalizaciones existentes.

Por último, seguir pensando en términos de qué es delito o qué debería serlo nos sitúa todavía en el marco de la política criminal y sitúa a la criminología en mejores condiciones para transferir conocimiento válido orientado a evitar daños individuales y colectivos de todo tipo. De hecho, que la crimino-

logía, especialmente la que se autodenomina radical o crítica, haya adoptado en muchos de sus estudios el enfoque del daño social y lo haya incorporado incluso a la propia idea de crimen, mientras sigue, a su vez, estudiando el delito y la respuesta al mismo, muestra lo difícil que va a ser que la comunidad abandone el estudio del delito, incluso aunque aceptara que éste es un término restrictivo, y lo necesario que es seguir manteniendo la reflexión sobre qué debe ser delito y qué no.

IV. MÁS ALLÁ DE LA ZEMIOLOGÍA: EL DAÑO, DENTRO DE LA CRIMINOLOGÍA

A mi parecer el principal acierto de la zemíología no reside en su llamada a sustituir el delito como objeto de la criminología, sino en haber contribuido a devolver centralidad a la pregunta por el daño y en haberla situado explícitamente en el centro del debate criminológico. Frente a una disciplina que durante largo tiempo ha tendido a identificar sus problemas de investigación con aquello que formalmente es definido como crimen, la zemíología ha recordado que en las sociedades contemporáneas los daños individuales y colectivos que debieran dar lugar a respuestas normativas adecuadas no siempre son formalmente considerados delitos y, sin embargo, deben ser objeto de estudio e interés. Pero reconocer este acierto no obliga a aceptar que el camino adecuado consista en huir del delito ni en abrazar el concepto de daño social. Por un lado porque, como se ha argumentado en el apartado anterior, el abandono del estudio del delito supondría empobrecer la capacidad de la criminología para intervenir críticamente en debates centrales de política criminal, como los relativos a la criminalización, la despenalización, la selección de conductas o los límites del *ius puniendi*. Por otro porque resulta especialmente problemático asumir que el concepto de «daño social», tal y como ha sido desarrollado en la zemíología, constituya el mejor marco desde el que articular ese giro. Pese a los intentos posteriores de dotarlo de mayor densidad normativa, el daño social continúa siendo una noción extremadamente amplia, definida de manera deliberadamente abierta y con un elevado grado de indeterminación. Esta amplitud, que en ocasiones se presenta como virtud, dificulta sin embargo la delimitación de su alcance, la comparación entre distintos tipos de daño y la construcción de criterios relativamente compartidos para su valoración.

Frente a ello, existen otros marcos más prometedores para situar el daño en el centro del análisis criminológico sin recurrir a una categoría tan difusa. En particular, el enfoque de valoración del daño desarrollado por Paoli y Gre-

enfield²⁸ parte de una idea sencilla pero potente: desplazar el foco desde la mera tipificación legal hacia las consecuencias reales de las conductas, evaluando de manera sistemática los distintos tipos de daño que generan, tanto si están criminalizadas como si no lo están. Este enfoque permite articular empíricamente la centralidad del daño sin romper con el estudio del delito, y ofrece una base más sólida para la comparación, la priorización y la reflexión político-criminal²⁹.

A ello se añade una cuestión que la zemiología tiende a desatender: cuando hablamos de daño nos movemos inevitablemente en un terreno normativo. Decidir qué cuenta como daño, qué grado de afectación es relevante y qué respuestas son apropiadas frente a él implica juicios de valor. En este ámbito, la tradición del Derecho Penal, y en particular los desarrollos en torno al principio del daño y a los conceptos materiales de delito, constituye un acervo teórico que no debería ser descartado sin más. Con todas sus limitaciones, estas tradiciones han dedicado décadas a reflexionar sobre la relación entre daño, legitimidad de la intervención estatal y límites del castigo, y pueden ofrecer herramientas valiosas para pensar normativamente el daño también desde la criminología³⁰.

Desde esta perspectiva, el verdadero desafío no consiste en elegir entre delito o daño, sino en construir una criminología capaz de articular ambos conceptos. Una criminología que estudie críticamente los delitos atendiendo a los daños que producen; que identifique daños relevantes más allá de lo criminalizado; que analice los daños generados por la propia criminalización y por el sistema penal; y que participe, desde una base empírica sólida, en los debates normativos sobre qué conductas deberían ser objeto de intervención penal y cuáles deberían abordarse por otras vías.

²⁸ GREENFIELD, V.A./PAOLI, L.: *Assessing the Harms of Crime: A New Framework for Criminal Policy*, 1.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2022.

²⁹ MIRÓ LLINARES: «El daño», p. 47.

³⁰ ZEDNER, L.: «Putting Crime Back on the Criminological Agenda», en Bosworth, M./Hoyle, C. (eds.): *What is Criminology?*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 271-285; MIRÓ LLINARES: «El daño», p. 51.

147. LA CRIMINOLOGÍA FRENTE AL MALTRATO ANIMAL: PROPUESTA DE UN PROGRAMA DE INTERVENCIÓN

MARÍA OCHANDORENA ALBA

Investigadora predoctoral en el Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU)

I. INTRODUCCIÓN

El maltrato animal constituye una realidad históricamente presente en la sociedad, si bien no ha recibido una atención social y jurídica suficiente hasta tiempos relativamente recientes. En este sentido, en los últimos años, han aumentado significativamente las demandas del Derecho Penal por proteger a los animales frente a esta tipología de hechos delictivos, sin perjuicio de la respuesta que, de manera paralela, ha venido ofreciendo el Derecho administrativo ante dicho fenómeno.

En la actualidad, España encabeza la lista de la Unión Europea de delitos de maltrato animal, con una cifra estimada de 200.000 animales abandonados por sus dueños cada año¹. Son cifras realmente alarmantes, no solo por su magnitud, sino también por su aparente laxitud en términos de respuesta penal, que contrasta fuertemente con el repudio social que generan tales actos. Si bien el Código Penal y su última reforma recogen diferentes delitos referidos a animales, el presente artículo toma en consideración los delitos contra los animales previstos en el nuevo libro II, título XVI bis, artículo 340 bis y ter para aludir a «maltrato animal». En este marco, el estudio tiene por objeto la

¹ GAVILÁN, M.: «El delito de maltrato animal. Sus penas y ejecución de las mismas. Medidas de protección animal en el proceso penal», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 50, 2017, pp. 143-166.

propuesta de un programa de intervención para personas a quienes, habiendo sido condenadas a pena de prisión por delitos contra los animales, les ha sido suspendida la ejecución del cumplimiento de la misma a condición de su participación en un programa educativo.

II. EL MALTRATO ANIMAL COMO REALIDAD CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA

El presente estudio² se encuadra dentro del marco teórico de la criminología verde y, de manera indirecta, de la victimología verde, ambas integradas en la corriente crítica que escapa de la tradicional visión antropocéntrica e instrumental de estas ciencias, planteando un enfoque centrado en las leyes, la injusticia, el daño y el crimen, la etiología de ambos y el amplio abanico de seres vivos o especies que pueden ser víctimas de tales daños³.

El concepto de víctima en victimología verde implica una comprensión de la victimidad como una victimización difusa⁴, que se ha de entender en un sentido que trasciende el estrictamente jurídico, en el que únicamente las personas físicas e individuales son reconocidas como víctimas de delitos. No obstante, la consideración de los animales como víctimas es una cuestión complicada, porque habrían de reconocérseles una serie de derechos subjetivos como el derecho a la vida y a la integridad física. Se opta, pues, por considerar a los animales objeto material de los delitos de maltrato animal, por ser sobre quienes recae la acción típica⁵ y, también, por admitir que el bien protegido que se ha de proteger en estos casos sea el bienestar animal⁶. Se plantea, así, una confrontación, puesto que, al mismo tiempo que se proporciona una mayor protección a animales con los que es frecuente que los humanos tengan relación, se desamparan otras especies, disminuyendo así las intervenciones legales con estos.

En los últimos años, han aumentado de manera significativa las demandas del Derecho Penal, abogando por la protección de los animales frente a

² Para más información, véase la investigación ampliada de OCHANDORENA ALBA, M: «Respuestas criminológicas al maltrato animal: una propuesta de intervención en el ámbito de las Medidas Penales Alternativas (MPA)», Trabajo de Fin de Grado de 2023, dirigido por la Dra. Varona Martínez.

³ LYNCH, M./LONG, M.: «Green Criminology: Capitalism, Green Crime and Justice, and Environmental Destruction», en *Annual Review of Criminology*, n.º 5(1), 2022, pp. 255-276.

⁴ VARONA MARTÍNEZ, G.: *Victimidad y violencia medioambiental y contra los animales: retos de la victimología verde*. Granada, Comares, 2020.

⁵ HAVA, E.: «La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXXI, 2011, pp. 259-304.

⁶ BERNUZ BENÉITEZ, M. J.: «¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2020, 2020, pp. 394-423.

todas las conductas que puedan causarles daños o sufrimientos. En el plano procesal, donde los animales no tienen voz ni recursos para defenderse, las asociaciones de protección de animales ejercen la acción popular y son cada vez más los letrados que actúan como acusación particular, tomando el lugar que habría de corresponder a las familias de los animales, pero que no ocupan porque son éstos generalmente quienes llevan a cabo la conducta típica⁷.

1. ¿Qué define la LO 3/2023 por maltrato animal?

Sin embargo, no pudiendo limitar estos comportamientos a los cometidos contra animales domésticos, se debe poner de manifiesto que las tipologías de maltrato son tan variadas que escapan de las características de respetabilidad social y víctimas ideales propias de las consideradas «mascotas». Así, se han realizado numerosas clasificaciones al respecto, pero se ha puesto el foco en la recientemente promulgada Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal. La reforma ha introducido las siguientes novedades: por un lado, se encuentra el maltrato que cause lesiones a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva bajo el control humano, que requieran de tratamiento veterinario (art. 340 bis 1, LO 3/2023); por otro lado, los malos tratos a animales domésticos o bajo control humano con resultado de muerte (art. 340 bis 3, LO 3/2023); en tercer lugar, las lesiones que no requieran para su curación de tratamiento veterinario (art. 340 bis 4, LO 3/2023); y, por último, el abandono de animales (art. 340 ter LO 3/2023).

2. El vínculo entre el maltrato animal y la violencia interpersonal

Otro de los aspectos que se ha estudiado ampliamente ha sido la relación existente entre el maltrato animal y la violencia interpersonal. Ambos fenómenos tienen una serie de características en común, de ahí que no es inusual identificar a personas que, habiendo agredido a animales, lleven a cabo conductas violentas en el futuro⁸. Ello resulta interesante de cara a contemplar una tipología delictiva recientemente recogida en la Ley Orgánica 3/2023, como es

⁷ BAUTISTA, M. T.: «El futuro de la acusación popular en los delitos de abandono y maltrato animal», *Blog de Derecho de los Animales*, 2018.

⁸ ARLUKE, A./LUKE, C.: «Physical cruelty toward animals in Massachusetts, 1975-1990», en *Society & Animals*, vol. 5, n.º 3, 1997, pp. 195-204.

la perpetración de actos crueles contra los animales como forma de violencia instrumental para causar daño a la pareja en delitos de violencia de género. En estos casos, y volviendo a un concepto de animal que posee una larga trayectoria de cosificación en la sociedad, se hace uso del animal atacándolo, como forma de manipular y maltratar a la pareja.

Asimismo, diversas investigaciones han analizado el vínculo entre el maltrato animal y el padecimiento de algún tipo de trastornos psicopatológico en las personas que lo llevan a cabo. Así, una investigación⁹ realizada con hombres mostró que muchos de ellos tenían un trastorno antisocial de la personalidad (recogido en el DSM-V¹⁰, muestra que el maltrato animal es un comportamiento característico de este trastorno). Las relaciones mencionadas, lejos de ser causales o correlativas¹¹, expresan que las conductas antisociales contra los animales pueden considerarse como un indicio de situaciones graves y destacan la importancia de su detección temprana en términos preventivos¹².

III. LA SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y SU PERCEPCIÓN SOCIAL DE IMPUNIDAD APLICADA A LOS DELITOS CONTRA LOS ANIMALES

La respuesta que ha dado el Derecho Penal a los delitos contra los animales desde su primera protección en el Código Penal de 1928 hasta la actual promulgación de Ley Orgánica 3/2023 ha experimentado numerosas modificaciones. Tales fluctuaciones se han traducido en ampliaciones y reducciones de las conductas tipificadas, así como en un endurecimiento o suavización de las penas.

No obstante, el interés por proteger el bienestar animal ha ido *in crescendo*, lo que se ha visto reflejado en la ya citada Ley Orgánica 3/2023, que, considerando a los animales como «seres dotados de sensibilidad» (art. 333 bis CC), amplía su ámbito de protección e incrementa las penas para éstos. El preámbulo de la norma ya expresa la percepción de impunidad que existe en

⁹ GLEYZER, R./FELTHOUS, A. R./HOLZER, C. E.: «Animal cruelty and psychiatric disorders», en *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 30, n.º 2, 2002, pp. 257-265.

¹⁰ American Psychiatric Association (APA): *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, 5.ª ed., American Psychiatric Publishing, Washington, D.C., 2013.

¹¹ ASCIONE, F. R.: «Children who are cruel to animals: A review of research and implications for developmental psychopathology», en *Anthrozoös. A Multidisciplinary Journal of the Interactions of People and Animals*, vol. 6, n.º 4, 1993, pp. 226-247.

¹² ARKOW, P.: «The correlations between cruelty to animals and child abuse and the implications for veterinary care», en *Canadian Veterinary Journal*, vol. 33, 1992, pp. 518-521.

torno a estos comportamientos, respecto a los que ha habido debates parlamentarios por la gravedad de los hechos y la no proporcionalidad de las penas. Por el contrario, penalistas y algunos partidos muestran un fuerte rechazo a esta protección, por considerarla excesiva en cuanto a que puede derivar en punitivismo¹³ o en Derecho Penal simbólico¹⁴.

Dicho sentimiento de impunidad que hay en la sociedad se debe, en parte, a la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena que, generalmente, se les impone a quienes llevan a cabo tales conductas típicas. El Código Penal prevé la suspensión de la pena privativa de libertad cuando se cumplen los siguientes requisitos: que el condenado haya delinquido por primera vez (art. 80.2.1.^a CP), que la pena o la suma de éstas no supere los dos años (art. 80.2.2.^a CP) y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles y se haya hecho efectivo el decomiso (art. 80.2.3.^a CP). Esta suspensión afecta en gran medida a los delitos de maltrato animal, cuyas penas son inferiores a los dos años y a los que es de aplicación la suspensión condicionada al cumplimiento de una serie de prohibiciones y obligaciones. En este caso, tal y como dispone el art. 83.1.6.^a CP, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad podrá condicionarse a la participación en programas formativos de protección de animales.

IV. METODOLOGÍA Y ANÁLISIS EMPÍRICO

Igualmente, desde un plano jurídico-criminológico, se ha revisado el Anuario estadístico del Ministerio del Interior de 2023 sobre intervenciones de la Guardia Civil y el SEPRONA en materia de delitos e infracciones administrativas en materia de maltrato animal; asimismo, se han analizado las últimas memorias de la Fiscalía General del Estado, atendiendo los datos estadísticos sobre intervenciones en materia de maltrato animal entre los años 2015 y 2023; y, finalmente, se ha llevado a cabo una revisión jurisprudencial de sentencias de maltrato animal en 2022, empleando las bases de datos Iberley y CENDOJ y estableciendo como filtros el tipo de maltrato, los animales víctimas de tales conductas, la responsabilidad derivada y la sanción impuesta. Esto último, con la gran limitación que supone la escasez de sentencias condenatorias por estos delitos y la cantidad de sentencias que las bases de datos no recogen, unido al

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Ecocidio y justicia restaurativa», en *Criminología verde: alternativas a la impunidad y al punitivismo ante los daños bio-socio-ecológicos*, Madrid: Dykinson, 2025, pp. 19-44.

¹⁴ VARONA MARTÍNEZ, G.: «Victimización en delitos contra los ecosistemas y los animales: Percepción del daño y su reparación por parte de las personas internas en prisiones españolas», en *Revista de Victimología*, n.º 15, 2023, pp. 57-98.

hecho de que puede que haya alguna sentencia más que todavía no se haya incluido en las bases de datos que se han analizado, considerando el objeto de estudio abarcado.

Dentro de una metodológica cualitativa de intervención, y atendiendo a los estándares éticos de la Sociedad Española de Investigación Criminológica (SEIC), fueron realizadas entrevistas semiestructuradas a expertas en la materia, con el fin de ilustrar, sin ánimo de generalizar, algunas de las cuestiones más relevantes que deben considerarse a la hora de proponer un programa en el marco de las medidas penales alternativas (MPA). Así, del análisis de las entrevistas se recogen cuatro temas emergentes: los desafíos y factores de riesgo asociados al maltrato animal y cómo abordarlos, los aspectos a tratar para incidir en el cambio de comportamiento de los participantes, las personas profesionales que deberían guiar el programa y el rol que deberían asumir, y recomendaciones para su implementación y efectividad.

V. PROPUESTA DEL PROGRAMA DE INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS PENALES ALTERNATIVAS

En base a todo lo mencionado hasta el momento, surge la necesidad de crear una propuesta de un programa de intervención dirigido a personas condenadas por delitos contra los animales a quienes se les ha suspendido la ejecución del cumplimiento de la pena; a personas que, tras haber sido denunciadas por tales conductas típicas, se encuentran a la espera de un juicio y deseen participar de forma voluntaria proactiva; o, en su caso, a personas que deseen participar voluntariamente, también de forma proactiva o por indicación de algún terapeuta o persona. Para su diseño, se toma en consideración la evidencia empírica recogida en la revisión del estado de la cuestión¹⁵, además de las conclusiones y aportaciones obtenidas de la realización de entrevistas a expertos. En todo caso, se trata de un programar de carácter ético y no punitivo,

¹⁵ Tras la revisión de programas de intervención alternativos a las penas privativas de libertad, disponibles en la página web de Instituciones Penitenciarias, se ha propuesto la creación de uno que sigue y se basa en la evidencia del Programa Gakoa, dirigido a hombres condenados por delitos de violencia de género en el País Vasco. Dentro del Servicio Vasco de Gestión de Penas, la asociación encargada de Gakoa es el Instituto de Reintegración Social IRSE-EBI, cuya misión consiste en mejorar la calidad de vida de las personas con problemática judicial. Éste, a través de un enfoque integrador con perspectiva terapéutica, educativa, humanista, judicial y de género, tiene como objetivo «preservar la integridad física y psíquica de las mujeres que sufren o han sufrido malos tratos a manos de su pareja». Se trata de una intervención psicoeducativa que consta de tres fases: la fase inicial y de diagnóstico, la fase de la intervención grupal y la de seguimiento. La determinación del alta terapéutica viene condicionada por la consecución de unos objetivos establecidos.

cuyo fundamento es, tal y como se recoge en el art. 25.2 CE, y en la normativa de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, la reeducación y reinserción social de las personas.

Asimismo, mediante el programa, se esperan conseguir los siguientes objetivos: proporcionar una respuesta específica a este tipo de delitos, velar por el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por el juez o tribunal, tanto de manera formal, como material, es decir, por su contenido, educar a los y las participantes en bienestar animal, fomentar la motivación hacia el cambio y el respeto y la empatía hacia los animales, favorecer la responsabilización y reparación de los y las participantes, reducir la reincidencia de las personas que participen en el programa, favoreciendo su conducta prosocial y su integración social y promover un cambio en la percepción social sobre el maltrato animal y reducir el sentimiento de impunidad de este tipo de delitos. Para ello, al tratarse de un problema multidisciplinar, se precisa un equipo de profesionales de carácter multidisciplinar, formado por expertos en criminología, educación social, psicología, derecho y veterinaria.

El programa consta de 22 sesiones distribuidas en 3 fases y, a su vez, en 5 módulos o unidades terapéuticas. La primera fase es la de diagnóstico, en la que se trabaja el Módulo 1: Evaluación y motivación al cambio, de manera individual. Partiendo de la evaluación de la persona a través de la Escala de Actitudes hacia las Mascotas¹⁶ y del Índice de Reactividad Interpersonal¹⁷ se pretende, a lo largo de 6 sesiones, consolidar una buena alianza terapéutica, por su evidenciada influencia en el éxito del tratamiento¹⁸ (hasta de un 30%), además de motivar al individuo y predisponerlo al cambio.

La segunda fase es la de intervención y la componen 18 sesiones individuales (6 por módulo) y 3 individuales al final de cada uno de éstos. En el Módulo 2: Educación en materia animal, se pretende ofrecer a las personas una educación animal íntegra, que contemple aspectos tales como su capacidad de sentir, necesidades y manifestaciones, cuidados básicos, etc. Así, se pretende sensibilizar sobre los derechos y el respeto hacia ellos. El Módulo 3: Habilidades personales, contempla la educación emocional, enfocada en la inteligencia emocional, para la que se plantea trabajar en la empatía y el respe-

¹⁶ TEMPLER, D. I./ARIKAWA, H.: «The Pet Attitude Scale», en Blazina, C./Boyraz, G./Shen-Miller, D. (eds.), *The psychology of the human-animal bond: A resource for clinicians and researchers*, Springer Science + Business Media, Nueva York, 2011, pp. 335-359.

¹⁷ DAVIS, M.H.: «Measuring Individual Differences in Empathy: Evidence for a Multidimensional Approach», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 44, n.º 1, 1983, pp. 113-126.

¹⁸ LAMBERT, M.J.: «Psychotherapy outcome research: Implications for integrative and eclectic therapists», en Norcross, J.C./Goldfried, M.R. (eds.): *Handbook of psychotherapy integration*, Basic Books, 1992, pp. 94-129.

to hacia todos los seres vivos, incidiendo en la capacidad de sufrimiento de los animales. Como última unidad de la fase de intervención, en el Módulo 4: Responsabilidad y acción social, se incide en la toma de la responsabilidad de las propias conductas, además de que se pretende impulsar a los participantes a colaborar en actividades que puedan tener un impacto positivo en la comunidad.

La fase de seguimiento terapéutico, con el Módulo 5: Seguimiento, es crucial para culminar el programa de manera satisfactoria. En esta se pretenden evaluar los cambios realizados y conocer si la persona ha cumplido con éxito el programa y los objetivos acordados. Una vez concluida ésta, es preciso recoger los datos de la intervenciones realizadas, de forma que se pueda llevar a cabo una evaluación del programa de forma sostenida en el tiempo, de cara a rendir cuentas con datos objetivos y, así, poder mejorarlo de cara al futuro.

VI. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PRÁCTICAS

A modo de conclusión, no pudiendo reducir el maltrato animal a su perpetración por un victimario con un perfil y características concretas, se han de tener en cuenta diferentes factores de riesgo o criminógenos que pueden propiciar tales conductas. Resulta crucial, así, educar en inteligencia emocional y habilidades personales, promoviendo un mayor autoconocimiento y comprensión de las emociones propias y de los demás, incluyendo a los animales. Se trata de dotar a los sujetos de herramientas para poder gestionar conflictos sin recurrir a la violencia y establecer relaciones respetuosas con el entorno que les rodea. Igualmente, se pone de manifiesto la importancia de promover la responsabilización de los participantes, en la medida en que puedan asumir la culpa de lo que han hecho y se favorezca la conducta prosocial. Con ello, se puede fomentar la toma de responsabilidad en acciones de impacto social que, a su vez, puedan tener cierto carácter de reparación de los hechos, evitando los daños sociales que producen las penas privativas de libertad. Del mismo modo, se precisa una fase de seguimiento que permita continuar en contacto con los sujetos, pero de una manera más laxa, otorgándoles un mayor confianza y responsabilidad de cara a desenvolverse con normalidad en su día a día. Resulta igualmente necesaria para consolidar el cumplimiento de objetivos y prolongar sus efectos en el tiempo.

La propuesta del programa de intervención para personas que hayan maltratado a animales puede incidir de manera muy positiva y satisfactoria en los participantes. Tal resultado deriva, de manera indirecta, en un impacto social

muy beneficioso, debido a que se trata de un fenómeno que no solo afecta a los animales, sino a la sociedad en su conjunto.

En lo relativo a las implicaciones prácticas y a los ámbitos de mejora, cabe destacar que el programa reviste varias limitaciones, puesto que es solo una propuesta y no se ha implantado aún, de ahí que no se pueda conocer su alcance ni su impacto. Pese a esto, se pone en evidencia la importancia de abordar esta problemática desde un enfoque multidisciplinar e integral, proporcionando recursos que viabilicen su desarrollo y colaborando con las instituciones. Este enfoque multidisciplinar puede realizarse y mejorarse, además, introduciendo novedades al programa, como perspectivas de género, interseccionales, o incluso prácticas restaurativas. Sería interesante diseñar un programa más completo que abordase estos puntos de vista.

Siendo esto así, el programa debe ser complementado con medidas de acción legal y educativa y ello implica hacer un llamamiento a las instituciones, para que el maltrato animal comience a hacerse un hueco en ellas, porque a mayor cabida, mayor alcance. Así, se debe fomentar el respeto por los animales y abogar por un Derecho que dé amparo al mayor número de animales posibles ante el mayor número de situaciones dañosas posibles.

A tal fin, esta propuesta puede resultar de interés para agentes públicos, como los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas o, en el plano local, el Servicio Vasco de Gestión de Penas, como una respuesta a tener en cuenta para casos de maltrato animal, que cada vez son más frecuentes. También, si se diese el caso de una persona condenada por varios delitos, entre los que se encuentra uno de los previstos en los artículos 332 bis o ter LO 3/2023, y se encontrase interna en prisión, este programa o ideas de éste podrían ser de aplicación en el medio penitenciario, siendo de interés para Instituciones Penitenciarias. Por otro lado, las organizaciones privadas o sin ánimo de lucro, como asociaciones de protección animal pueden considerar esta iniciativa como valiosa por dar respuesta a un problema que a ellas les concierne de primera mano.

En definitiva, aunque el objetivo directo del programa sea la intervención contra el maltrato animal, se sugiere que la implementación de éste tendría un impacto positivo en los infractores que participen en él y, consecuentemente, en la sociedad. Se espera, pues, que sus efectos vayan más allá de los esperados del programa y que aterricen en el ámbito social, en términos de protección animal, prevención general y prevención específica. Incidir en el maltrato animal supone adelantarse y avanzar dos pasos, pudiendo prevenir futuras conductas violentas y reduciendo así el número de potenciales víctimas de la cadena. En nuestras manos está romper esa cadena y contribuir a una sociedad justa y compasiva para todos los seres vivos.

148. PENSAR PARA HACER: ARQUITECTURA ÉTICA DE LA PRAXIS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

ALBERTO JOSÉ OLALDE ALTAREJOS

Profesor Agregado (acreditado Titular por ANECA) de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Sección Araba) de la EHU¹

El Estado ha secuestrado el conflicto, aunque la víctima, y acaso el victimario, tuviesen deseos de conciliar. La víctima se ve compelida a ingresar como un penitente abismado frente al ídolo, en un mundo laberíntico, circular, kafkiano. Intrínsecamente no recibe nada de la justicia penal. Y el victimario recibe una pena que no le notifican en un juzgado del modo más impersonal. Como si la justicia penal se doliese de sí misma².

Soy un practicante de justicia restaurativa. Me gusta esa expresión porque, desde mis recuerdos de infancia, evoca la figura del médico de barrio que atendía necesidades concretas, aplicando vacunas o tratamientos para cuidar la vida cotidiana. De forma análoga, quienes intervenimos en justicia restaurativa, tanto en contextos intrajudiciales como extrajudiciales, acompañamos procesos que, aunque a menudo se perciben como intervenciones estrictamente prácticas, descansan en fundamentos éticos y conceptuales de gran profundidad. Como señalara Howard Zehr, la justicia restaurativa consiste, en esencia,

¹ Doctor *Cum Laude* en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia. Trabajador Social, Máster en Criminología por el IVAC/KREI, Máster en Gestión y Resolución de Conflictos: mediación por la Universidad de Barcelona, y Máster Europeo en Mediación (Instituto Universitario Kürt Bosch, Sion-Suiza). Miembro del Laboratorio de Teoría y Práctica de la Justicia Restaurativa del IVAC/KREI. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8899-4166>

² NEUMAN, E.: *Mediación y conciliación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 29.

en «hacer lo correcto», pero ese hacer implica un saber, un cómo y un para qué que orientan el acompañamiento y la reparación.

El profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi pertenece a ese ámbito del pensamiento jurídico y criminológico con quien aprendí la necesidad de la incorporación de la justicia restaurativa en los juzgados penales. Su visión humanista de la justicia, junto a la incorporación de la víctima siempre me ayudó a pensar que otra justicia penal restaurativa era posible durante mi etapa de estudiante de Criminología. Eran los años 1995-1999 del Máster en Criminología del Instituto Vasco de Criminología (IVAC-KREI).

Gracias a él adquirí una comprensión rigurosa de la conducta delictiva que, como recién egresado de la Diplomatura en Trabajo Social por la EHU, todavía desconocía. José Luis de la Cuesta nos animaba a examinar el delito y sus consecuencias desde una perspectiva humanista del Derecho Penal, capaz de cuestionar críticamente la eficacia del castigo como respuesta predominante. Si bien las penas pueden resultar necesarias para sostener la convivencia social, su carácter a menudo punitivo y deshumanizador ha consolidado en mí una mirada especialmente crítica acerca de su legitimidad y de su capacidad transformadora.

Recuerdo una clase en la que el profesor De la Cuesta cuestionaba con dureza el tratamiento superficial y erróneo que los medios de comunicación solían dar a la información periodística sobre los delitos. Fue entonces cuando interioricé aquel «mantra» académico: el delito es un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible, algo que para un trabajador social suponía la apertura a una nueva forma de conceptualizar las conductas dañinas y de naturaleza criminal.

Todas esas enseñanzas teóricas recibidas sobre el Derecho Penal me permitieron construir la mirada que no aparece en sus manuales, gracias a las aportaciones que se nos hacían desde la criminología y la victimología. Me refiero a los conceptos de reparación a la víctima. Además hay algo que debo reconocer y que siempre reconoceré: han sido los penalistas como José Luis de la Cuesta quienes han contribuido decisivamente a que el rígido marco conceptual del Derecho Penal se abriera a esa llamada *tercera vía*, tal como la formuló Roxin³, esto es, la mediación. De hecho, fue en la última década del siglo xx cuando comenzaron a desarrollarse los primeros proyectos piloto en España, que poco a poco se llamarían de justicia restaurativa, emergiendo el paradigma sobre el método.

³ ROXIN, C.: «Pena y reparación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52(1), 1999, pp. 5-16.

Gracias a las oportunidades del Código Penal de 1995 con la aplicación de la atenuante por reparación del daño, se pudo abrir una puerta a los procesos colaborativos de diálogo entre víctimas, personas ofensoras y comunidades afectadas, en búsqueda de la reparación a la víctima y la responsabilización de quien había infligido un daño.

En una primera etapa se desarrolló la conceptualización jurídica y, con posterioridad, se fue configurando la praxis en los juzgados penales. Este breve ensayo es un humilde y pequeño homenaje a sus enseñanzas y quiere poner el acento en la arquitectura ética de esta joven praxis, que ha venido después de enormes esfuerzos de conceptualización que hoy siguen su curso. Porque la praxis necesita estar anclada en un marco ético para no desviarse hacia procedimientos vacíos o instrumentalizados.

I. BREVE RECORRIDO A LOS INICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

Durante los años 90, profesores como José Luis de la Cuesta simbolizaban el esfuerzo doctrinal por hacer llegar la justicia restaurativa a los juzgados en España, pero la realidad de la praxis a través de programas era minúscula. Los inicios de la justicia restaurativa en España estuvieron marcados por la ilusión y el compromiso con nuevas vías de abordaje del conflicto de índole penal que trajera una mayor humanización de sus consecuencias para las víctimas⁴.

Valencia inauguró en 1993 el primer programa de mediación penal para personas adultas, desarrollado desde la Oficina de Ayuda a las Víctimas e inspirado en el modelo de Lovaina⁵. Requería reconocimiento de los hechos y no reincidencia, y buscaba reforzar el papel de la víctima y favorecer la responsabilización del infractor⁶. Creció de 20 a 60 casos anuales, con la mitad terminando en acuerdo, pero finalizó en 1996 por falta de personal⁷.

En 1998, Cataluña puso en marcha el Programa de mediación y reparación en la jurisdicción penal, que más tarde se extendió a Girona, Lleida y

⁴ OLALDE ALTAREJOS, A. J.: *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, 2017.

⁵ VIDOSA, F. G. y DE JORGE, L. F.: «Mediación: primera experiencia de adultos en España», *Poder Judicial*, 39, 1995, pp. 459-475. VARONA MARTÍNEZ, G.: *Restorative justice: New social rites within the penal system?* Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1996.

⁶ Dirección General de Justicia, Generalitat Valenciana: *Memoria 1996. Programa de mediación*, 1996 (inédito).

⁷ SAN MARTÍN, B.: *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos: del presente francés al futuro español*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1997.

Tarragona⁸. Basado en las posibilidades de la LO 10/1995, consideraba a la persona infractora como un sujeto responsable y otorgaba centralidad a la reparación voluntaria a la víctima, conducida por mediadores imparciales.

Ese mismo año se inició un programa piloto en Vitoria-Gasteiz, integrado en el crecimiento de las experiencias autonómicas de mediación penal⁹. No tuvo continuación al año siguiente. Se llegaron a facilitar 51 casos, en su mayoría delitos leves y faltas. Aunque hubo posibilidades de abordar casos de delitos más graves, estos no fructificaron.

El Proyecto Piloto de la Comunidad Autónoma de La Rioja puesto en marcha en el año 2000 buscaba ofrecer alternativas dialógicas a la pena tradicional y explorar su incorporación futura al ordenamiento penal¹⁰. Funcionó desde la Oficina de Atención a la Víctima, aunque fue finalmente paralizado por falta de criterios uniformes de derivación.

La Asociación Apoyo de Madrid impulsó en 2002 un modelo comunitario de mediación penal, basado en voluntariado y orientado inicialmente a jóvenes con problemas de drogadicción. Obtuvo resultados cualitativos positivos en reparación y responsabilización y destacó por su capacidad para cuestionar el estrecho marco intrajudicial y fortalecer el modelo comunitario¹¹.

La Asociación ¿Hablamos? de Zaragoza inició en 2005 un proyecto que combinó mediación penal intrajudicial y comunitaria. En 2007 colaboró con el CGPJ y más tarde consolidó un enfoque abiertamente comunitario, accesible para cualquier persona¹².

2007 fue el año en el que por fin Euskadi pudo abrir su primer servicio público de mediación penal en Barakaldo, que más tarde sería ampliado a todos los partidos judiciales, tras pasarse a denominar mediación intrajudicial y finalmente Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi¹³.

⁸ Generalitat de Catalunya: *Programa de mediación y reparación en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria*, 1996 (inédito). Generalitat de Catalunya: *Experiència pilot de mediació i reparació en la jurisdicció penal*, 1998 (inédito).

⁹ IRSE (Instituto de Reintegración Social de Euskadi): *Documento programa de mediación reparadora. Servicio de Atención y Orientación Social al Detenido*, Gobierno Vasco, 1999 (inédito).

¹⁰ GORDILLO, L. F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

¹¹ SÁNCHEZ, M. P.: «La mediación penal comunitaria: la experiencia de la Asociación Apoyo en los juzgados de Madrid», *Ponencia presentada en la 1.ª Jornada sobre Mediación Penal y Drogodependencias*, Asociación Apoyo, 3-4 octubre 2002 (inédito). SEGOVIA, J. L.: «Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa. Perspectiva ética y jurídica», en Fundación Ágape (Ed.), *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Arts and Press, Madrid, 2010, pp. 17-56.

¹² PIÑEROA, C.: «¿Hablamos?», en Fundación Ágape (Ed.), *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Arts and Press, Madrid, 2010, pp. 135-157.

¹³ OLALDE ALTAREJOS, A. J.: *Estudio multidimensional de algunas prácticas de justicia restaurativa en el País Vasco con lentes de trabajo social (2007-2012)*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2015, disponible en: <https://hdl.handle.net/10201/44459>

La mayoría de los proyectos iniciales se basaron en innumerables fuentes conceptuales provenientes del campo de la conflictología, la criminología, la mediación reparadora y la transformación de conflictos. Era habitual que estos procesos restaurativos se centraran en los diálogos directos o indirectos entre víctimas y victimarios. La praxis iba construyéndose muy poco a poco, y muchas veces dominaba, desde mi punto de vista, una perspectiva de mediación civil que dirigía a las personas participantes a construir acuerdos.

Las aportaciones internacionales de organismos como la ONU, el Consejo de Europa y el movimiento asociativo, incluido el Foro Europeo de Justicia Restaurativa, han permitido una mayor profundización conceptual de enfoque restaurativo. A ello se han sumado las contribuciones de la psicología, el trabajo social, la filosofía y el propio derecho, que han enriquecido una praxis en constante evolución¹⁴.

Las metodologías han superado la mediación víctima-ofensor y han llegado otros procesos restaurativos como los círculos, las conferencias, los encuentros restaurativos en victimización grave y los paneles de impacto victi-mal, entre otros, en una inagotable e interminable dinámica de creación e innovación social.

Este breve recorrido histórico permite comprender cómo la praxis restaurativa fue emergiendo incluso antes de su plena conceptualización ética o legal¹⁵.

II. HACER JUSTICIA RESTAURATIVA ES DIFERENTE A PENSARLA

Tengo la impresión de que hablar de justicia restaurativa resulta relativamente sencillo, especialmente en los ámbitos jurídico-penales y académicos. Sin embargo, percibo una distancia significativa respecto a una praxis aún joven que, pese a su enorme potencial transformador de personas y relaciones dañadas, exige mayor rigor y consolidación conceptual¹⁶. Esa brecha entre teoría y práctica tampoco resulta extraña en el trabajo social, donde con frecuencia se relaciona con la limitada sistematización de la experiencia profesional y con la insuficiente reflexión conceptual generada por quienes desarrollan la intervención en primera línea.

¹⁴ Consejo de Europa: *Recomendación CM/Rec (2018)8 sobre justicia restaurativa en materia penal*, 2018.

¹⁵ Véase la Disposición Adicional Novena de justicia restaurativa, de la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*.

¹⁶ OLALDE ALTAREJOS, A. J.: *La praxis del programa de justicia restaurativa en Catalunya: narrativas, reflexiones y aprendizajes desde la facilitación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2023.

Para comprender la praxis hemos considerado útil hacer una parada en el camino para pensar en sus preceptos éticos, en una arquitectura que la guía y la orienta, dándole el sentido propio de sus valores y principios.

Gracias a esa formación jurídica impartida por el profesor José Luis de la Cuesta, adquirí una aproximación al delito sustentada en fundamentos teóricos del Derecho Penal sólidos, sistemáticos y conceptualmente rigurosos. Con esa misma actitud comprometida y crítica, propongo un acercamiento humilde a la arquitectura ética que puede dotar de mayor consistencia a la praxis de la justicia restaurativa. Si bien esta emergió históricamente antes de su plena teorización ética, hoy resulta imprescindible explicitar el marco normativo y axiológico que la sostiene, a fin de preservar su integridad y fortalecer su legitimidad.

III. LA ARQUITECTURA ÉTICA DE LA PRAXIS RESTAURATIVA

La justicia restaurativa se sostiene sobre una arquitectura ética que no depende de protocolos ni normativas externas, sino que brota de la propia naturaleza relacional, dialogada y humanizadora de esta forma de comprender el daño y la respuesta social ante él¹⁷. Este marco ético es una estructura viva que orienta la práctica, define la identidad profesional de quienes la facilitan y asegura que los procesos restaurativos conserven su integridad, su coherencia y su capacidad reparadora alineados con principios y valores estándares desde la óptica internacional.

1. Una ética basada en la naturaleza relacional del daño y la reparación

La justicia restaurativa parte de una premisa ética fundamental: el daño es un fenómeno relacional y, por tanto, la respuesta también debe serlo. Desde esta perspectiva, la ética no es un añadido técnico, sino el fundamento que articula cómo nos situamos frente al sufrimiento, la responsabilidad y la posibilidad de transformación de las personas. Esta arquitectura exige reconocer la dignidad de todas las personas implicadas (víctimas, personas ofensoras y comunidades) y sostener el proceso desde una mirada que rechace la deshumanización, la simplificación del conflicto y las respuestas meramente retributivas.

¹⁷ A partir de las aportaciones del equipo profesional formado por las personas facilitadoras del Programa de Justicia Restaurativa del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. *Vid.* VV. AA.: «Una mirada ética desde la praxis catalana de la justicia restaurativa intrajudicial penal», en Olalde Altarejos, A. J., *La praxis del programa de justicia restaurativa en Catalunya: narrativas, reflexiones y aprendizajes desde la facilitación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2023.

2. **Ética del vínculo: dignidad, reconocimiento y presencia**

Más allá de sus aspectos procedimentales, el corazón de la praxis restaurativa reside en el vínculo que se construye en y con el propio proceso. La ética del vínculo implica reconocer la dignidad incondicional de cada persona implicada, con independencia del rol que haya desempeñado en el conflicto, y acoger su palabra y experiencia sin imponer interpretaciones externas ni jerarquías morales que distorsionen su narrativa. Este posicionamiento ético requiere, además, una presencia auténtica por parte de quien facilita: una disposición emocional y corporal capaz de sostener la vulnerabilidad que emerge en el acompañamiento y de habilitar un espacio seguro donde la expresión del daño, la responsabilidad y la posibilidad de transformación puedan desplegarse de manera genuina.

Esta presencia ética requiere que la persona facilitadora actúe sin juicios, sin prisas y sin expectativas de resultado, manteniendo una escucha profunda que permita que la narrativa de cada parte pueda desplegarse y transformarse.

3. **Ética de la facilitación: autenticidad, multiparcialidad y autocuidado**

La figura de la persona facilitadora es un elemento clave. No actúa como juez, terapeuta o representante de intereses, sino como garante del proceso restaurativo y del bienestar de las personas participantes. Su ética profesional se expresa en tres dimensiones:

Autenticidad:

Quien facilita debe sostener coherencia entre lo que piensa, siente y hace. La transparencia interna permite una relación honesta y genera un clima de confianza indispensable.

Multiparcialidad:

La justicia restaurativa exige una forma ética de empatía a todas las personas, se trata de estar con todas ellas, al margen de sus roles y cuidando que ninguna quede invisibilizada o desprotegida. Esta multiparcialidad no es equidistancia moral hacia el daño, sino un compromiso ético con la dignidad y las

necesidades de cada persona. Y de forma complementaria tiene una centralidad en las víctimas ¹⁸.

Autocuidado:

La facilitación implica exponerse al dolor, la rabia, la angustia y las emociones intensas que emergen en los conflictos. El autocuidado, individual y colectivo, es una obligación ética, pues una persona facilitadora agotada, desbordada o desconectada se vuelve incapaz de sostener adecuadamente los procesos.

4. **Ética de la escucha y del reconocimiento mutuo**

La justicia restaurativa se fundamenta en una escucha activa, profunda y no defensiva. Escuchar éticamente conlleva dejar que el relato se despliegue sin intervención directiva, validar emociones sin juzgarlas, permitir que surjan silencios, titubeos o contradicciones, reconocer el sufrimiento sin apropiárselo y abrir espacios para que la responsabilidad pueda emerger de forma autónoma.

Esta escucha ética es en sí misma una forma de reparación, porque ofrece un espacio seguro donde la persona puede verse y ser vista sin estigma ni reducción.

5. **Ética del proceso: cuidado, prudencia y límites**

Este marco incluye también una ética de los límites y del cuidado del proceso. La persona facilitadora debe analizar la idoneidad de cada caso, detectar riesgos, proteger a quienes participan y detener el proceso cuando pueda resultar perjudicial. La prudencia es un principio básico: intervenir menos, intervenir mejor e intervenir solo cuando el proceso pueda generar sentido y bienestar. La praxis necesita una práctica informada de trauma, vinculada a un principio de seguridad, que permite reconocer el impacto profundo que las experiencias traumáticas tienen en las personas, y adapta el acompañamiento para evitar reproducir daño y promover la recuperación ¹⁹.

¹⁸ DE LA CUESTA, J. L. y GERMÁN, I.: *La justicia restaurativa en España*, Iustel, 2022.

¹⁹ Unión Europea: *Trauma-informed practice for workers in public service settings (TIPS)*, Comisión Europea, 2023.

Los límites éticos no constituyen una restricción para la justicia restaurativa, sino una garantía que la resguarda: protegen a las personas participantes de ser expuestas nuevamente al daño, salvaguardan el proceso frente a posibles instrumentalizaciones ajenas a su propósito y preservan la integridad del propio modelo restaurativo como práctica coherente con sus principios y valores fundantes.

6. **Ética de la responsabilidad y de la reparación**

La justicia restaurativa concibe la responsabilidad no como culpa moral ni como imposición jurídica, sino como reconocimiento activo del impacto causado y de la posibilidad de reparar. Exige que este reconocimiento sea libre, no forzado, y que la reparación responda a las necesidades reales de la víctima y a las capacidades reales de la persona que cometió el daño.

Es una ética que evita la humillación, las sanciones simbólicas y las exigencias desproporcionadas. Su finalidad es promover transformaciones profundas y viables, no imponer castigos encubiertos bajo lenguaje restaurativo.

7. **Ética de la vulnerabilidad y de la humanidad compartida**

La justicia restaurativa reconoce que todas las personas participantes (quienes han ofendido, quienes han resultado victimizadas, familias, comunidades, profesionales de ayuda) comparten vulnerabilidad y fortalezas. Se apuesta por una ética del cuidado mutuo. No se trata de determinar quién tiene razón, sino de comprender cómo la experiencia del daño afecta a las vidas implicadas y cómo puede reconstruirse algo valioso tras él.

Esta ética rechaza visiones binarias y promueve una mirada compleja del ser humano, donde la herida y la capacidad de reparación pueden coexistir. A ella se le une, una vez más, una práctica informada de trauma capaz de mostrarse sensible a toda experiencia traumática.

8. **Ética de la transformación social**

Más allá de los casos concretos, esta arquitectura implica una crítica profunda a los sistemas punitivos, individualistas y patriarcales que organizan la respuesta social al conflicto. La praxis restaurativa, cuando es ética, no solo

repara daños individuales, sino que revela y cuestiona violencias estructurales, discriminaciones, desigualdades y formas de injusticia arraigadas.

Su horizonte ético se sitúa en la construcción de vínculos más justos, relaciones más humanas y comunidades más capaces de sostener el conflicto sin destruir a las personas.

9. Una ética procesual, relacional y encarnada

Finalmente, este marco puede resumirse como una ética procesual: lo que importa no es el acuerdo final, sino la forma de llegar a él (si fuera necesario), la calidad humana del proceso y el grado de cuidado, presencia y coherencia institucional y profesional.

Es una ética relacional porque se construye en el encuentro. Es una ética encarnada porque exige presencia corporal y emocional. Y es una ética transformativa porque no se conforma con gestionar el daño, sino que se orienta a regenerar vínculos y ampliar horizontes de justicia.

10. El acompañamiento: eje de la praxis de la justicia restaurativa

El acompañamiento, desde una perspectiva crítica, se configura como una práctica relacional que se aleja de los modelos asistenciales y tecno-burocráticos institucionales. No es una prestación ni un servicio, sino una forma de estar con otro cuerpo vulnerado, entendiendo que la transformación social emerge del vínculo compartido. Por ello, acompañar es un acto político que interpela las lógicas del capitalismo patriarcal y sus formas de producir desigualdades y jerarquías sobre las vidas dignas de cuidado²⁰.

Esta praxis suspende las relaciones de experticia y déficit: no hay sujetos que «saben» frente a sujetos «faltantes», sino cuerpos que se sostienen ante problemas que son siempre sociales. Uno de sus pilares es la presencia encarnada, entendida como disposición afectiva y ética que implica escuchar, sostener la palabra, acoger el dolor y asumir la implicación en la vida de la otra persona.

Esta modalidad de acompañamiento se concibe como un proceso singular que reconoce las trayectorias atravesadas por violencias y potencialidades que

²⁰ MONTES PÁEZ, F.: *Acompañar es político: ensayo transfeminista sobre la situación de calle*, Virus Editorial, 2025.

emergen en contextos concretos de vida y relación. Su finalidad es favorecer el deseo, la agencia y la imaginación sin reproducir lógicas normativas, victimizantes o paternalistas, y sin intentar ajustar a las personas a un orden que las excluye. Frente a la urgencia institucional, prioriza los ritmos propios y entiende el proceso como un fin en sí mismo. Su dimensión política emerge al contradecir el aislamiento del sufrimiento y afirmar la interdependencia y el cuidado colectivo como bases para formas de vida más justas y humanas (ibídem).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hacer justicia restaurativa implica llevar a la práctica los principios y valores restaurativos, facilitando espacios reales donde las personas afectadas por un daño puedan expresar lo vivido, asumir responsabilidades, reconstruir relaciones y explorar formas de reparación y sanación. La praxis no es solo aplicar técnicas; es crear condiciones éticas, emocionales y estructurales para el encuentro y el reconocimiento mutuo.

El valor ético de un proceso restaurativo no depende exclusivamente de la consecución de acuerdos, reparaciones visibles o encuentros directos o indirectos entre partes. El proceso tiene valor en sí mismo como espacio de reconocimiento, expresión y dignificación, incluso cuando no se alcanzan resultados materiales o simbólicos concretos.

Esta praxis exige un conjunto de competencias profesionales específicas, entre las que se incluyen la escucha profunda, el análisis y mapeo del conflicto, el manejo de diferentes procesos restaurativos, la contención emocional y la gestión de la diversidad. Implica también una presencia ética que permita saber ser y estar, sostener y acompañar sin imponer. Todo ello requiere, además, contextos institucionales propicios, con organizaciones abiertas al enfoque restaurativo, marcos normativos flexibles y la voluntad efectiva de las personas participantes.

Pensar la justicia restaurativa implica una reflexión crítica sobre sus principios, alcances, tensiones legales y potencialidades humanas y sociales en términos de reconciliación. Supone ir más allá del discurso inspirador para adentrarse en sus fundamentos filosóficos, su anclaje legal y su sentido social.

Desde la ética, pensar la justicia restaurativa nos lleva a cuestionar los modos en que respondemos al daño, priorizando la dignidad humana, la responsabilización consciente y la reparación significativa.

Desde una mirada jurídica, pensar la justicia restaurativa implica situarla en relación con el sistema legal: como alternativa, como complemento o inclu-

so como tensión. En la práctica intrajudicial, respetar el marco jurídico significa garantizar que los procesos restaurativos se realicen dentro de los límites legales, protegiendo los derechos de todas las partes. El o la profesional debe conocer los procedimientos, actuar con transparencia y documentar con responsabilidad. La legalidad no debe ser un obstáculo, sino una garantía de legitimidad y seguridad para las personas implicadas. Además, es crucial mantener una colaboración activa entre operadores jurídicos y profesionales del Trabajo Social, integrando enfoques que favorezcan la justicia transformadora de desigualdades sociales estructurales.

La ética en la acción restaurativa se expresa en la escucha atenta, el respeto por los ritmos de cada persona, la generación de confianza y el cuidado del proceso. La persona facilitadora actúa como testigo y acompañante del dolor, sin imponer ni manipular. Esa presencia ética se convierte en un elemento central del hacer restaurativo²¹.

El Trabajo Social aporta al hacer restaurativo una mirada integral, situada y relacional. La profesional trabaja con las personas afectadas, pero también con su entorno, sus redes, su historia y biografía. Facilita encuentros, pero también acompaña emocionalmente, comprende necesidades, detecta vulnerabilidades y fortalezas. No se limita a aplicar una metodología, sino una comprensión situada del sufrimiento y los vínculos comunitarios como núcleo ético de la reparación. En consecuencia, la arquitectura ética no es un adorno conceptual, sino la condición que legitima y sostiene la praxis restaurativa en contextos institucionales complejos.

Pensar y hacer no son pasos sucesivos ni compartimentos estancos. Son dimensiones complementarias y en diálogo constante. Pensar sin hacer puede llevar a la parálisis; hacer sin pensar puede derivar en intervenciones superficiales o incluso dañinas. La justicia restaurativa necesita profesionales capaces de reflexionar desde la acción y actuar desde la reflexión supervisada²².

Esta tensión creativa también se manifiesta en la formación universitaria para la praxis de la justicia restaurativa, donde se debe promover tanto el análisis crítico y conceptual como la experimentación vivencial, combinando marcos teóricos con prácticas significativas.

Por todo ello, la justicia restaurativa no es solo un conjunto de técnicas o una teoría alternativa: es un enfoque profundo que interpela la manera en que

²¹ LLEWELLYN, J. y HOWSE, R.: «Institutions for restorative justice: The South African Truth and Reconciliation Commission», *University of Toronto Law Journal*, 49(3), 1999, pp. 355-388.

²² BERASALUZE, A. y ARIÑO, M.: «La supervisión desde el modelo IAPS: investigación-acción-participación-supervisión», en Berasaluze, A., Ariño-Altuna, M., Ovejas-Lara, R. Y Epelde-Juaristi, M. (Coords.), *Supervisión: hacia un modelo colaborativo y transdisciplinar*, Aranzadi, 2023, pp. 31-48.

entendemos el daño, la justicia, la reparación y la relación. En este sentido, pensarla y hacerla no pueden disociarse. Se trata de una práctica reflexiva y una reflexión encarnada, donde la ética, y diferentes disciplinas (trabajo social, derecho, psicología, filosofía, sociología, criminología, etc.) se entrelazan para construir formas más humanas y restauradoras de convivir.

El reto para la universidad será formar profesionales capaces de habitar esta complejidad: personas que sepan leer el contexto, facilitar procesos sensibles y actuar con conciencia ética (procesual, relacional y encarnada), compromiso social y rigurosidad técnica. Solo así la justicia restaurativa dejará de ser una aspiración abstracta para convertirse en una práctica transformadora y viva.

149. CIBERTRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL: UN RIESGO PARA LA POBLACIÓN JUVENIL

IZASKUN ORBEGOZO ORONÓZ

Investigadora doctora en IVAC/KREI y Profesora de EHU

I. INTRODUCCIÓN

Escribir es una tarea bonita y más aún cuando se realiza para un gran profesor y compañero. Durante muchos años he trabajado como investigadora con el Prof. José Luis de la Cuesta en el Instituto Vasco de Criminología en diferentes proyectos, contagiada por su constancia y entusiasmo por el trabajo. Los temas de estudio compartidos han sido variados, pero destaca la trata con fines de explotación sexual como el tema de investigación al que más tiempo de trabajo he dedicado.

En efecto, el estudio de este grave fenómeno criminal nos ha llevado a diversas publicaciones conjuntas y la dirección de mi Tesis doctoral sobre la trata sexual junto a la Prof.^a Virginia Mayordomo. Pues bien, mediante este breve artículo sobre la cibertrata sexual, me gustaría agradecerle todo lo aprendido tanto a nivel personal como académico.

En ese sentido, el objetivo principal del presente artículo es revelar la realidad de la trata digital en la actualidad. A tal fin, se abordan brevemente los primeros casos de cibertrata. Posteriormente se estudia el delito de trata en su modalidad digital, así como aspectos fenomenológicos de la cibertrata (*modus operandi* de los tratantes, las víctimas, etc.). Para terminar, se exponen algunas reflexiones fruto del estudio realizado.

II. PRIMEROS CASOS DE CIBERTRATA

El primer caso de trata vinculado a la tecnología se remonta al año 1998 en el sur de Australia, la investigadora Kathleen Maltzahn hizo visible uno de los primeros casos de trata con fines de explotación sexual de mujeres tailandesas en Australia. La policía del estado de Victoria registró los hoteles propiedad del dueño de un local, Gary Glazner, y decomisó su ordenador. Glazner era un traficante que estaba involucrado en llevar mujeres tailandesas «contratadas» a Australia. Se les obligaba a saldar «deudas» falsas de numerosa cuantía además de prostituir las con regularidad por lo menos durante seis días a la semana. No podían negarse a tener relaciones con alguno de los hombres que las requerían, a rechazar determinados tipos de actividades sexuales o a tener relaciones con preservativo. Asimismo, se las encerraba durante toda la noche. Cuando la policía examinó los ordenadores confiscados, encontró archivos que contenían fotos de las mujeres tailandesas y pasaportes falsos escaneados, que los contactos que Glazner tenía en niveles superiores de la cadena de trata le habían enviado por correo electrónico. Es decir, fue capaz de encargar mujeres específicas para que se las enviaran a Australia sin realizar ningún tipo de desplazamiento de su oficina. El correo electrónico fue un vehículo de comunicación fácil entre los traficantes y las transacciones comerciales que llevaron a las mujeres hasta Australia¹.

Además del caso mencionado, en relación con la trata con fines de explotación sexual, se ha ido utilizando internet en situaciones de desnudos «en vivo» con retransmisión internacional o en webs pornográficas². Incluso se ha utilizado la red tanto por los tratantes que desean explotar a las víctimas como por las personas que buscan servicios sexuales de potenciales víctimas a través del turismo sexual en línea surgido a mediados de la década de los años noventa³. En estos casos, el prostituidor adquiere información completa sobre boletines informativos, literatura y foros sobre los tours sexuales que se ofrecen en todo el mundo⁴.

Con la llegada de la web 2.0⁵ la red se volvió más dinámica y en este ámbito es común que los tratantes contactaran con mujeres y niñas por medio

¹ MALZTHAN K.: «Peligros digitales: Las tecnologías información y comunicación y la Trata de Mujeres», en AWID, n.º 6, 2005, pp. 1-12, disponible en: <https://www.apc.org/es/pubs/peligros-digitales-las-tecnologias-de-informacion-y-comunicacion-y-la-trata-de-mujeres>

² GRUBB, J.A.: «The Rise of Sex Trafficking Online». In: Holt, T., Bossler, A. (eds) *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Cham: Palgrave Macmillan, 2020, pp. 1151-1175.

³ HUGHES, D.M.: «Trafficking in human beings in the European Union: Gender, sexual exploitation, and digital communication technologies», *Sage Open*, 4 (4), 2014, p. 3.

⁴ CHOW-WHITE, P. A.: «Race, gender, and sex on the net: Semantic networks of selling and storytelling sex tourism». *Media, Culture & Society*, 28 (6), 2006, p.886.

⁵ Web 1.0 hace referencia a las primeras páginas web. Eran estáticas y no se actualizaban frecuentemente ya que necesitaban un cierto nivel de conocimiento técnico para ser creadas y modificadas (se

de las redes sociales (Twitter, Instagram, Snapchat, Facebook) donde eran captadas con el objetivo de ser prostituidas.

Precisamente la Memoria de la Fiscalía de 2024 incidía sobre la tendencia creciente de casos de prostitución de menores a través de las redes sociales. Con ocasión de las relaciones que se mantienen con un menor a cambio de dinero o regalos, también se llevan a cabo grabaciones o fotografías que pueden tipificarse como delitos de producción de pornografía infantil. Por ejemplo, entre las investigaciones llevadas a cabo con víctimas menores de edad cabe destacar el caso de una mujer que publicó numerosos anuncios en la página de internet denominada «pasion.com» ofreciendo sus servicios sexuales y los de su hijo (menor de edad), en el caso de este último para mantener relaciones de tipo transexual, travesti y homosexual a cambio de dinero⁶.

III. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN SU MODALIDAD DIGITAL

El delito de trata de personas se regula en el artículo 177 bis del Código Penal. Este se compone de tres fases: acción, medios y finalidad⁷.

programaban directamente en lenguaje HTML). Ver https://www.cienciasfera.com/materiales/biologia-geologia/cienciasparaelmundo/tema22/1_la_web_10_y_su_evolucin.html

Web 2.0 es un término atribuido en 2004 a Tim O'Reilly, quien declaró que una de las diferencias fundamentales entre la época del PC y la era de la Web 2.0 era el hecho de que Internet se había transformado en plataforma. En lugar de simplemente añadir una función, las nuevas aplicaciones magnifican los efectos de la red. Véase STEFANIA G.: *La historia digital en la era del web 2.0. Introducción al dossier digital*, 2011, pp. 16-37, disponible en: <https://journals.openedition.org/histcrit/16298>

Web 3.0 es la tercera generación de la World Wide Web. Sus principales rasgos son su carácter abierto y descentralizado y la capacidad plena de los usuarios para controlar y materializar el valor económico de sus datos, gestionar sus identidades en línea y participar en el gobierno de la web. Las capacidades semánticas de la web permiten enlazar datos entre páginas web, aplicaciones y archivos. Las tecnologías descentralizadas y los gemelos digitales permiten realizar transacciones entre iguales y hacen posible la transparencia, la democracia de los datos y la innovación a lo largo de cadenas de valor completas. Y, por último, la web 4.0 «es la cuarta generación prevista de la World Wide Web. El uso de la inteligencia artificial y ambiental avanzada, el internet de las cosas, las transacciones de cadena de bloques de confianza, los mundos virtuales y las capacidades de realidad aumentada (RA), los objetos y entornos digitales y reales están plenamente integrados y se comunican entre sí, lo que permite disfrutar de experiencias verdaderamente intuitivas e inmersivas en las que se combinan sin fisuras los mundos físico y digital». Comisión Europea.: Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones (COM (2023) 442 final), Estrasburgo, 2023, pp. 1-18.

⁶ Fiscalía General del Estado.: Memoria de la fiscalía, 2024, p. 641, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 177 bis:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de

- Acción: consiste en captar, transportar, acoger, recibir, intercambiar o transferir el control de determinadas personas.
- Medios: se emplean la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima.
- Finalidad: la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluyendo la pornografía; la explotación para realizar actividades delictivas; la extracción de sus órganos corporales; la celebración de matrimonios forzados⁸.

Cabe destacar que las nuevas tecnologías inciden de una manera más relevante en la fase de captación de las víctimas y en su control. La tecnología se convierte en un instrumento muy poderoso para atraer a las víctimas hacia la situación de dependencia característica de la trata. Esta manera de captación resulta muy preocupante teniendo en cuenta la dependencia que tienen muchas personas jóvenes a las redes sociales, y que son utilizadas precisamente con ese objetivo. Igualmente, las nuevas tecnologías desempeñan un papel significativo en la fase de explotación. Por ejemplo, en la venta de la virginidad de menores de edad por internet o de órganos a través de la Dark Web. Esta última

la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

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

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevara a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación».

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo...».

⁸ ORBEGOZO, I.: «Unidad didáctica sobre trata de personas con fines de explotación sexual» en Varrona, G. (dir.): *Victimología didáctica y aplicada: análisis de casos*, Murcia: Laborum, 2025, pp. 139-155.

también se utiliza para adquirir la documentación falsa que posibilita el traslado de las víctimas⁹.

IV. FENOMENOLOGÍA DE LA CIBERTRATA

Como consecuencia de la evolución tecnológica se han producido grandes avances sociales y económicos. Se puede afirmar que ha aumentado la calidad de vida, pero a su vez, aparecen diferentes modalidades delictivas que necesitan ser investigadas mediante nuevos medios tecnológicos¹⁰. En efecto, conforme el mundo se transforma digitalmente el fenómeno de la trata sexual¹¹ evoluciona y el empleo de internet para perpetrar tan grave infracción es cada vez mayor. Con el auge de las nuevas tecnologías, algunos tratantes han adaptado su *modus operandi* al ciberespacio integrando la tecnología y aprovechando las plataformas digitales para anunciarse, reclutar y explotar a posibles víctimas¹² así como para facilitar la movilidad de los beneficios obtenidos, haciendo de este método una amenaza emergente, especialmente para las personas jóvenes¹³.

En España, según las diligencias de seguimiento incoadas durante el año 2024 comienza a ser una constante el uso de alguna red social o webs de anuncios a través de los cuales los tratantes contactan con las víctimas, aunque también es muy habitual la captación mixta, en la que se combina la relación personal por razón familiar, de amistad o de otro tipo, con el uso de las redes sociales o plataformas digitales. Conforme a los últimos datos la captación por internet se constata en 23 diligencias de seguimiento (en adelante DS) y la captación mixta en 34. La captación directa sigue también estando presente

⁹ PLANCHADELL-GARGALLO, A.: «Víctimas de trata de seres humanos, investigación del delito y nuevas tecnologías» en *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea* en Freitas, P. M. (coord.)/Arangüena, C. (dir.)/Hoyos de Sancho, M. (dir.)/Pillado E. (dir.)/Jiménez-Villarejo, F. (prolog.), 2023, pp. 399-400, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8857608>

¹⁰ PEREZ, M.J.: «La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal», en De la Cuesta Arzamendi, J.I./De la Mata Barranco, N. J. (dirs.): *Derecho Penal Informático*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 306.

¹¹ A mayor abundamiento sobre el fenómeno de la trata de personas con fines de explotación sexual ver ORBEGOZO, I.: Tesis Doctoral «Por un modelo normativo y de intervención holísticos para combatir la trata de personas con fines de explotación sexual y prevenir procesos de victimización secundaria». Repositorio ADDI (Archivo digital de docencia e investigación), 2021, disponible en: *Por un modelo normativo y de intervención holísticos para combatir la trata de personas con fines de explotación sexual y prevenir procesos de victimización secundaria*. <http://hdl.handle.net/10810/53670>

¹² Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: *Global report on Trafficking in persons*, 2020, p. 119.

¹³ Fiscalía General del Estado.: Memoria de la Fiscalía 2024, p. 628, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html

en 41 DS y el uso de internet no se limita únicamente al reclutamiento de las víctimas, sino que permite la transacción de los beneficios conseguidos por los tratantes y se emplea siempre para el anuncio de los servicios de las mujeres, mediante imágenes de contenido sexual cuya difusión puede ser utilizada igualmente como amenaza para presionarlas¹⁴. En ese sentido, se considera acertado que la difusión de imágenes por medios tecnológicos haya sido prevista como agravante en la Directiva UE 2024/17/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹⁵. En suma, en el ámbito de la trata de personas el uso de las redes para la explotación sexual «en línea» o «a distancia» es una realidad emergente en la que víctimas y consumidores de prostitución están en distintos lugares y países, lo que nos lleva a repensar el significado de ciertos conceptos aplicables a la trata sexual en el espacio físico, como el traslado y la transnacionalidad¹⁶.

1. Los tratantes: *modus operandi*

a) CAPTACIÓN

En el proceso de captación la víctima establece contacto con el tratante y acepta su oferta laboral, que puede ser mediante el engaño, la fuerza, abuso de una posición de vulnerabilidad o coacción que faciliten su control hacia la explotación. Las formas por la que los tratantes pueden reclutar a las víctimas son variadas¹⁷ pero una de las tácticas más empleadas por las organizaciones y redes de tratantes para contactar e inducir a las víctimas de trata con el fin de explotarlas son: internet, los correos electrónicos o las redes sociales¹⁸. De

¹⁴ Fiscalía General del Estado.: Memoria de la Fiscalía 2025, p. 742, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2025/FISCALIA_SITE/index.html

¹⁵ Directiva UE 2024/17/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024. En el artículo 4 se prevé como agravante «el hecho de que el autor de la infracción haya facilitado la difusión o haya difundido, a través de tecnologías de la información y la comunicación, imágenes, vídeos o material similar de carácter sexual que impliquen a la víctima», disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80945>

¹⁶ Fiscalía General del Estado.: Memoria..., p. 743.

¹⁷ FUENTES CANO, A.M.: «La trata de personas en entornos digitales» en *Revista Jurídica Valenciana*, n.º 40, 2022, pp. 129-130.

¹⁸ Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida (APRAMP).: Informe para una lucha eficaz contra la trata, en el marco de los ODS, 2024, pp. 25-26, disponible en: <https://apramp.org/download/informe-para-una-lucha-eficaz-contr-la-trata-en-el-marco-de-los-ods-ano-2024/>

hecho, se constata que un grupo de crimen organizado puede reclutar hasta 19.8 víctimas al mismo tiempo a través de una página web independiente, 15.7 a través de redes sociales¹⁹ y a 9.7 víctimas a través de las páginas webs de publicidad. Estos tres medios, junto con los portales de búsqueda de empleo, son los canales más comunes de captación de víctimas a través de internet y se realiza a través de diversas técnicas²⁰.

Las dos estrategias más utilizadas por los tratantes en la captación son las conocidas como «pesca» y «caza». La pesca hace referencia a la publicación, en diferentes portales, de falsos anuncios de grandes trabajos, prometiendo un incremento muy notable de la calidad de vida y de la condición socioeconómica. Esta es una estrategia pasiva. Con un único anuncio en el que se ofrece un trabajo bien remunerado, los tratantes consiguen que un gran número de víctimas den el primer paso: contactar con la red de trata. Además, con esta estrategia, los tratantes se cercioran de que quienes caen en su engaño son personas con bajos recursos económicos que buscan un buen empleo. La caza suele emplearse en las redes sociales como medio para encontrar y contactar de manera directa con víctimas potenciales. Para identificar a las víctimas potenciales, los tratantes se sirven de la información personal publicada por los propios usuarios en portales como, por ejemplo, Facebook. Es una búsqueda proactiva en la que los tratantes buscan en la red perfiles muy específicos: personas vulnerables tanto económica, como emocionalmente.

Además, en los casos de captación de víctimas *online*, los tratantes desarrollan subestrategias cuyo objetivo es forjar una relación de confianza con las víctimas para posteriormente manipularlas. Las aplicaciones de mensajería instantánea, las redes sociales, las *apps* de citas, junto con otras plataformas, son el principal medio de captación de mujeres y niñas para la trata con fines de explotación sexual²¹. En el caso de menores, en particular, las imágenes de abuso sexual de niñas se comparten cada vez más en línea y casi todo el material de abuso sexual infantil identificado en el año 2021 (97%) muestra a niñas²².

¹⁹ Ver la noticia de 24/01/2026 disponible en: <https://interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/La-Policia-Nacional-libera-a-15-victimas-de-explotacion-sexual-captadas-por-una-organizacion-a-traves-de-anuncios-en-redes-sociales/>

²⁰ Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.: Global report on Trafficking in persons, 2020, p. 127.

²¹ Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.: Global report..., p. 117 y ss.

²² IWF.: Internet watch foundation annual report 2021. IWF. Retrieved November 6, 2022, disponible en: <https://www.iwf.org.uk/about-us/who-we-are/annual-report-2021>

b) PLATAFORMAS EN LÍNEA MÁS UTILIZADAS

En el ámbito de las redes sociales: facebook, instagram, X (antes twitter), tik-tok, snapchat. Las aplicaciones de mensajería más comunes son messenger y telegram. Los juegos en línea como roblox y minecraft son canales utilizados. También se valen de sitios web de anuncios y ofertas de trabajo, de alquiler vacacional y de pornografía como OnlyFans, pornhub, videos en vivo (livestreaming) ²³.

c) EXPLOTACIÓN

Los instrumentos digitales actuales posibilitan un mayor control de las víctimas en los espacios en que son explotadas, circuitos y cámaras de video-vigilancia, control de audio y movimientos con dispositivos móviles, monitoreo de dispositivos, etc. De esta manera las personas explotadas están continuamente vigiladas, pero no disponen de información sobre la red ni sus miembros, lo que dificulta sus opciones de colaboración ²⁴.

2. Las víctimas de la cibertrata

La mayoría de las víctimas que son objeto de explotación a través de internet o para producir material sexual destinado al abuso sexual son mujeres y niñas ²⁵. Las investigaciones más recientes destacan que las víctimas de la trata son obligadas a cometer delitos cibernéticos o a sufrir explotación en línea (lo que se conoce como «esclavitud cibernética»). En la actualidad no es necesario que las víctimas sean desplazadas físicamente, sino que la trata es digital, global y más difícil de rastrear ²⁶. Esta deslocalización de las víctimas que son explotadas en las propias fronteras digitales, webcamer, prostitución 2.0, plataformas OnlyFans, etc. junto con la de los explotadores y servidores y distribuidores de material aumenta la dificultad para acceder, identificar y proteger a las víctimas ²⁷.

²³ Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO): *Trata y explotación de seres humanos en línea. Una nueva realidad para un viejo problema*, 2024, pp. 17-24.

²⁴ Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida., Informe..., pp. 40-50.

²⁵ Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: *Global report on trafficking in persons* 2024, p. 45.

²⁶ Human Trafficking Cases in 2025: Latest Trends and Shocking Statistics, 2025, disponible en: <https://humantraffickinghouston.org/global-human-trafficking-in-2025-facts-figures/>

²⁷ Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida., Informe..., p. 50.

En el Informe realizado por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), a nivel europeo, solo se conocen los datos de 6 países cuyas víctimas han sido captadas o explotadas en entornos *online*²⁸. En primer lugar, en Croacia, hasta el año 2021 ninguna víctima identificada había sido explotada a través de internet, posteriormente, en el año 2022 se identificaron 17 casos. En 2023 disminuyen a cuatro personas identificadas (dato provisional). Por su parte, en Eslovaquia, el mayor número de casos detectados, 6 en concreto, corresponde al año 2020.

Por otra parte, en Italia, la base de datos nacional (SIRIT) contiene datos relativos a la evaluación, la asistencia y los métodos de captación de las personas identificadas en los 21 proyectos de lucha contra la trata. Durante los últimos 5 años, se ha registrado un aumento gradual pero constante de las personas captadas en línea, como demuestran las siguientes estadísticas²⁹.

En el caso de Luxemburgo, pese a que las estadísticas nacionales no recogen datos detallados sobre el impacto de la dimensión de la «trata en línea» de cada caso, existe una sección en la que se muestra si las víctimas fueron captadas en línea. En los últimos 5 años se produjeron 102 casos, siendo 2022 el año más numeroso con 49 casos.

En cuanto a Portugal, el Observatorio de la Trata de Seres Humanos, durante el periodo 2018-2025, cuenta con 25 registros sobre (presuntas) víctimas que han sido captadas para la trata de personas a través de internet. En la información remitida por las autoridades portuguesas se apunta a que estos datos pueden estar infrarrepresentados con relación a la dimensión «real» del *modus operandi* en línea y, por tanto, no representan el «alcance real del uso»:

– La mayoría de las (presuntas) víctimas son mujeres con un total de 14 casos, en otros 10 la víctima fue hombre. En 1 registro se desconoce el sexo.

– Las víctimas (presuntas) proceden de terceros países (Sudamérica; África, Europa-no Schengen). En el ámbito de la Unión Europea, 4 (presuntas) víctimas proceden de Portugal. De terceros países se detectan 13 (presuntas) víctimas de Moldavia. El resto de las nacionalidades están protegidas bajo secreto estadístico. En cuanto a la finalidad de la trata, la mayoría de las víctimas son para explotación laboral (concretamente en el sector agrícola) con 16 (presuntas) víctimas registradas. En 4 registros, la finalidad es la explotación sexual y en 4 casos se desconoce. En 1 registro consta la finalidad múltiple: explota-

²⁸ Para un estudio más detallado de los datos estadísticos ver el informe realizado por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO): *Trata y explotación...*, pp. 26-31.

²⁹ Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado: *Trata y explotación...*, p. 27.

ción sexual y laboral. Se menciona a Facebook³⁰ como la plataforma en línea utilizada en varios registros.

Por último, en Rumanía: en 2017: se identificaron un total de 662 víctimas a nivel nacional (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas), 45 mujeres fueron captadas en línea. La explotación sexual es el método más utilizado por los traficantes con 454 víctimas explotadas sexualmente, entre ellas, constan 49 casos de pornografía infantil y 4 casos de pornografía en línea.

- En 2018: de un total de 497 víctimas identificadas (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas), 43 fueron captadas en línea. Igualmente 335 víctimas fueron explotadas sexualmente, mientras que se han identificado 25 casos de pornografía infantil y 22 casos de pornografía en línea.

- En 2019: 72 víctimas fueron captadas en línea de un total de 698 víctimas identificadas (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas). Se registraron un total de 518 víctimas que fueron explotadas sexualmente, 29 casos de pornografía infantil y 18 de pornografía en línea.

- En 2020: de un total de 596 víctimas identificadas (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas), 98 fueron captadas en línea y 426 fueron explotadas sexualmente, de las cuales 76 casos se identificaron como pornografía infantil y 21 como pornografía en línea.

- En 2021: 105 víctimas fueron captadas en línea, de un total de 505 víctimas identificadas (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas). En total 382 víctimas han sido explotadas sexualmente, 89 casos fueron identificados como pornografía infantil y 17 casos pornografía en línea.

- En 2022: 67 víctimas fueron captadas en línea, de un total de 500 víctimas identificadas (tanto dentro de las fronteras nacionales rumanas como las identificadas en el extranjero y notificadas a las autoridades rumanas). Un total

³⁰ En España la red social más utilizada para la captación de las víctimas es Facebook. Las víctimas son captadas a menudo a través de los «grupos o chats» de esta red con los que tienen alguna vinculación, ya sea personal, ya sea social o cultural. Las víctimas refieren de forma más habitual, en el ámbito de la explotación sexual, la página de anuncios y ofertas sexuales «pasion.com». Ver Eva PÉREZ MARTÍNEZ, E.: *Realidad de la dimensión online de la trata de seres humanos*, 2024, disponible en: <http://www.poderjudicial.es>

de 342 víctimas han sido explotadas sexualmente, 77 casos identificados como pornografía infantil y 10 casos de pornografía en línea.

Es evidente la gran implicación que tiene la tecnología (internet, redes sociales, etc.) en esta grave realidad delictiva. No obstante, cabe señalar los grandes avances que se están realizando, también desde el ámbito tecnológico, para su persecución. Ejemplo de ello son, por un lado, el informe elaborado por la ONG Diaconía España titulado «Implicación e impacto de la tecnología en la trata con fines de explotación sexual. Propuesta de desarrollo algorítmico basado en inteligencia artificial para la detección y lucha contra la trata en Telegram»³¹, y, por otro, una guía práctica para proteger a los menores de la trata en el ámbito digital³².

V. A MODO DE REFLEXIÓN

Resulta evidente que el mundo tecnológico avanza muy rápido y ha calado en nuestras vidas. En la actualidad la dependencia tecnológica de la sociedad es tal que resulta difícil imaginar nuestro día a día sin dispositivos móviles, ordenadores, etc. Sin lugar a dudas estamos hiperconectados a las redes tecnológicas.

Se puede afirmar que el colectivo que más utiliza las redes y plataformas diariamente (Facebook, X (antes twitter), Instagram, Telegram, Mesenger, Snapchat, etc.) es el de las personas jóvenes y menores de edad, es más, básicamente se relacionan a través de ellas y se exponen públicamente sin ser muy conscientes de los riesgos que ello supone. Esta situación es aprovechada por los tratantes que tras el anonimato que ofrecen las pantallas lo tienen muy fácil. Prácticamente no tienen que indagar mucho para «enganchar» a posibles víctimas. La mayoría de la información les viene dada por los propios usuarios, sobre todo jóvenes, que se exponen en las redes.

Así, recientes investigaciones alertan sobre la existencia de cibertrata sexual que incorpora modalidades de captación y explotación de víctimas de trata, mujeres y niñas en su mayoría, a través de las plataformas en línea y canales mencionados. La deslocalización de los tratantes y las víctimas, entre otros factores, facilita la captación de potenciales víctimas y dificulta sobremanera la persecución de las redes delictivas.

³¹ <https://diaconia.es/desactivatrata/wp-content/uploads/Informe-V-Seminario-RLC-Trata-Web.pdf>

³² <https://diaconia.es/nueva-guia-la-trata-en-el-mundo-digital/>

Con todo, si bien la tecnología utilizada de forma negativa puede provocar efectos perjudiciales para las personas también reúne aspectos positivos si se utiliza de forma adecuada. En ese sentido, estimo necesario invertir en prevención y educación en el uso adecuado de las nuevas tecnologías y con todas las garantías de seguridad, además de seguir investigando y luchando contra el fenómeno de la trata sexual digital.

150. EN VOZ BAJA: ASMR Y LA CONSTRUCCIÓN ALGORÍTMICA DE LA FEMINIDAD DISPONIBLE

DRA. LEYRE PADILLA LÓPEZ
Universitat Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el fenómeno de la ciberviolencia representa una dimensión en constante expansión dentro del continuum de las violencias por razón de género. A pesar de los avances normativos en el ámbito europeo e internacional, la dimensión digital de esta violencia sigue sin una definición jurídica única, quedando fragmentada en múltiples tipologías, formas y escenarios, que incluyen desde el ciberacoso hasta la explotación simbólica de la imagen femenina. Tal y como se señala en el informe del Consejo de Europa (2018) y en los trabajos de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer (ONU, 2018), esta forma de violencia se encuentra mediada, asistida y/o agravada por el uso de tecnologías digitales, afectando de manera desproporcionada a mujeres y niñas (Delgado Martín, 2017; García Collantes, 2021; Gómez Miguel & Calderón Gómez, 2023; Lloria García & Cruz Ángeles, 2019).

Dentro de este contexto, el presente capítulo propone analizar el auge del contenido ASMR (*Autonomous Sensory Meridian Response*, lo que sería Respuesta Sensorial Meridiana Autónoma) desde una perspectiva crítica feminista, interpretándolo como una nueva forma de representación simbólica de una feminidad emocionalmente disponible, sensorialmente complaciente y adaptada a los imperativos algorítmicos de las plataformas digitales (Barratt & Davis, 2015; Grothe-Hammer, 2025). Si bien el ASMR ha sido descrito como una

práctica inocua vinculada a la relajación y al bienestar emocional, su formato audiovisual, especialmente cuando es protagonizado por mujeres y adolescentes, exhibe una serie de patrones visuales, sonoros y corporales que reproducen, de forma sutil pero eficaz, los mandatos tradicionales de género.

Este trabajo se apoya en las conceptualizaciones de ciberviolencia propuestas por el Consejo de Europa, el Comité Consultivo de Igualdad de Oportunidades de la UE y el Instituto Europeo de Igualdad de Género, que subrayan la importancia de visibilizar no solo las formas explícitas de agresión, sino también aquellas estrategias simbólicas de control, representación y domesticación emocional de los cuerpos feminizados en los espacios digitales (Gutiérrez, 2023; Rubio-Martín & Gordo, 2024; Trenholm-Jensen et al., 2022). Es en esta línea, donde se pretende sostener que determinados formatos audiovisuales aparentemente neutrales, como el ASMR, pueden reforzar el ideal de una mujer sumisa, cuidadora y no disruptiva, al mismo tiempo que es sensual sin ser explícita.

La investigación se articula a partir de un enfoque interdisciplinar, que combina herramientas del análisis del discurso audiovisual, la teoría crítica feminista y los estudios sobre ciberviolencia, para examinar cómo el ASMR puede operar como una forma contemporánea de violencia simbólica digital de género (López de Arana Prado, 2025; Torres Zambrano & Morillo Puente, 2025). Este análisis se enmarca, por tanto, en los desafíos actuales de garantizar un entorno digital seguro, equitativo y libre de violencia para las mujeres y niñas, en consonancia con las recomendaciones del Convenio de Estambul (2011), la Directiva (UE) 2024/1385, y la normativa nacional española en materia de protección frente a la violencia digital (Aránguez Sánchez & Olariu, 2021; De la Cuesta Arzamendi et al., 2017; Plataforma EDVAW, 2022; UN Broadband Commission, 2015).

II. ¿QUÉ ES EL ASMR Y POR QUÉ IMPORTA?

El término ASMR (*Autonomous Sensory Meridian Response*) hace referencia a una experiencia sensorial subjetiva —en la mayoría de los casos vídeos publicados en plataformas como Youtube, TikTok, Twitch o Instagram, entre otros, así como en otros medios auditivos como puede serlo Spotify, por ejemplo— caracterizada por una sensación de cosquilleo o relajación profunda, generalmente localizada en la zona del cuero cabelludo, la nuca o la parte superior de la espalda, y provocada por estímulos visuales, auditivos o táctiles suaves (Grothe-Hammer, 2025; Trenholm-Jensen et al., 2022; Vasarhelyi &

Vedres, 2024). Aunque se trata de un fenómeno todavía no plenamente comprendido desde la neurociencia, su presencia en las plataformas digitales ha aumentado exponencialmente desde mediados de la década de 2010, hasta convertirse en un género audiovisual consolidado en espacios mayormente consumidos por los usuarios de Internet con más de un millar de creadores de contenido de este tipo así como vídeos con millones de reproducciones.

Los vídeos y audios etiquetados como ASMR suelen incluir susurros, golpeteos suaves (*tapping*), frotamientos, caricias, movimientos de manos, simulación de contacto visual, repeticiones verbales y escenificaciones de situaciones cotidianas que implican cuidado, cercanía y atención personal. El objetivo explícito de este contenido suele ser inducir sensaciones de relajación, reducir el estrés, facilitar el sueño o generar placer (no-sexual, en principio) (Punzi, 2025; Save the Children España, 2025a; Villega-Simón & Navarro, 2021).

Incluso, diversos estudios han comenzado a analizar el ASMR desde perspectivas psicológicas y comunicativas, señalando su posible utilidad como herramienta terapéutica o de regulación emocional (Jiménez, 2023; Moreno Acevedo, 2023). Sin embargo, pocas investigaciones han abordado críticamente su estructura simbólica, especialmente en lo que respecta a las narrativas de género, cuidado y complacencia emocional, y en ocasiones sexual, que articulan buena parte de sus representaciones.

El formato del ASMR no es meramente relajante, también es profundamente escénico. Existen distintos subgéneros dentro del fenómeno, siendo uno de los más populares el denominado *personal attention roleplay*, en el que la creadora (en la mayoría de los casos es una mujer la que realiza este tipo de vídeos) simula un contacto uno a uno con el espectador: maquilla, peina, masajea, tranquiliza, atiende médicamente o acompaña emocionalmente (Instituto de la Juventud., 2024; Save the Children España, 2025b). A través de estos vídeos, se configura una narrativa relacional asimétrica en la que una figura (frecuentemente una mujer joven) se presenta como disponible, afectuosa y silenciosa, y otra figura, el receptor anónimo y ausente (mayoritariamente también mujer joven, pero con un aumento del género masculino en número de consumidores de este tipo de contenido) ocupa el centro de la atención sin reciprocidad.

En este sentido, resulta relevante analizar el ASMR no solo como una práctica estética, sino también como una tecnología de representación del cuerpo y la voz, enmarcada en un ecosistema digital dominado por algoritmos que premian determinadas formas de contenido: aquellas que son predecibles, no conflictivas, emocionalmente placenteras y, sobre todo, comercializables (Ballester Brage et al., 2014; Gómez Miguel & Calderón Gómez, 2023; Turner

et al., 2025; Yela Uceda, 2023). Estas cuestiones abren la puerta a una crítica más profunda sobre los discursos de género naturalizados en el ámbito digital, donde lo emocional y lo sensorial se entrelazan con narrativas de disponibilidad femenina y validación a través del cuidado. Las mujeres que consumen ASMR aprenden cómo deben ser y comportarse, mientras que el hombre consumidor observa e interioriza cómo quiere que lo trate la mujer.

III. FEMINIDAD ALGORÍTMICA: EL CUERPO SUAVE COMO CONTENIDO RENTABLE

La digitalización de las relaciones sociales y la creciente centralidad de las plataformas algorítmicas en la configuración de las subjetividades han dado lugar a nuevas formas de representación y puesta en escena de los cuerpos, especialmente los rostros y cuerpos feminizados. Dentro del ASMR, los contenidos más consumidos y viralizados suelen estar protagonizados por mujeres jóvenes que susurran, acarician el micrófono, juegan con objetos, los introducen en la boca o simulan una atención individualizada hacia un/a espectador/a anónimo/a (Bryce et al., 2023; ECPAT International, 2018; Wolak et al., 2007, 2011).

Autoras como Sara Ahmed han señalado cómo las emociones no son elementos individuales o psicológicos aislados, sino prácticas sociales que organizan cuerpos y subjetividades. En su obra *The Cultural Politics of Emotion* (2014), Ahmed advierte que las emociones circulan y se adhieren a determinados cuerpos, generando expectativas normativas sobre cómo deben sentirse y expresarse (Ahmed, 2014). En el caso del ASMR, el susurro femenino no es solo una técnica de relajación sino que también representa una forma afectiva de posicionamiento subordinado, en la que se entrena al cuerpo para servir emocionalmente a la audiencia (Al-Khater et al., 2020; Aránguez Sánchez & Olariu, 2023; Instituto de las Mujeres & Médicos del Mundo, 2023; Pereda et al., 2024).

Esta perspectiva se ve reforzada por los estudios de Angela McRobbie, quien en *The aftermath of feminism* (2010) describe cómo los nuevos discursos de empoderamiento femenino en contextos neoliberales operan a través de la autoexposición, la puesta en escena del cuidado y la reapropiación del rol tradicional desde una apariencia de libertad individual (Selzer, 2010). Desde esta lectura, el contenido ASMR protagonizado por mujeres funcionaría **como un** ejemplo de emprendimiento emocional altamente rentable, pero sustentado en formas estéticas tradicionales de sumisión afectiva.

El fenómeno no es marginal ni accidental. Como señala Padilla López (2025), las plataformas digitales no solo permiten la autosexualización, sino que la incentivan a través de dinámicas de recompensa algorítmica. En su manifiesto contra la autoexposición femenina en TikTok o Instagram, por ejemplo, la autora denuncia cómo la economía de la visibilidad digital empuja a muchas mujeres a autorrepresentarse de manera complaciente, afectuosa y erotizada, incluso cuando el contenido no es sexual en sentido estricto (Padilla López, 2025). El ASMR, con su carga de proximidad íntima y atención personal, se inscribe perfectamente en esta lógica: produce placer, pero también produce una feminidad fácilmente consumible. La hiperfeminización sensorial y visual en estos vídeos no es casual, sino una consecuencia de un sistema mediático que monetiza la docilidad emocional, la sensualidad femenina, al tiempo que invisibiliza o penaliza formas de expresión femenina más disruptivas, críticas o politizadas (Cottais & Louvet, 2021; Espinoza Lastra et al., 2024; Lampalzer et al., 2021; Mujeres jóvenes federación & Observatorio de violencias sexuales contra las mujeres jóvenes, 2023).

En contraposición, los hombres creadores de contenido ASMR participan del mismo fenómeno, pero su representación tiende a estar desprovista de carga erótica, afectiva o complaciente, tendiendo a ser más del estilo cuidado capilar o relajación (Artime et al., 2014; Bates, 2020; Grothe-Hammer, 2025; Trenholm-Jensen et al., 2022). Mientras que la feminidad es codificada como presencia, dulzura y disponibilidad, la masculinidad tiende a representarse como neutralidad, competencia o funcionalidad.

IV. LA ECONOMÍA DEL CUIDADO DIGITAL: SUSURROS, SIMULACIÓN Y CERCANÍA EMOCIONAL

La teórica feminista Arlie Russell Hochschild ya señalaba, en su análisis sobre el trabajo emocional, que muchas mujeres son socializadas y contratadas para gestionar emociones ajenas como parte de su rol laboral. En *The Managed Heart* (1983), Hochschild advierte que este trabajo emocional no sólo exige habilidades interpersonales, sino también una regulación constante de la propia expresividad emocional, lo que puede derivar en disonancias afectivas y desgaste psíquico (Biana, 2020; Daly & Chesney-Lind, 1988; Rubio Martín & Gordo López, 2021).

Desde un enfoque estructural, Nancy Fraser ha advertido cómo el capitalismo contemporáneo ha absorbido funciones reproductivas y relacionales que antes quedaban fuera del mercado. En sus análisis sobre la crisis del cuidado,

Fraser sostiene que nos enfrentamos a una doble paradoja: por un lado, la demanda de afecto, escucha y empatía aumenta, y por otro, la capacidad para generarlos de forma sostenible se reduce, al estar cada vez más precarizada y feminizada (Biana, 2020; Lazarus et al., 2022).

Este fenómeno también ha sido tematizado por Eva Illouz, quien ha analizado la mercantilización del afecto y la emocionalidad en sociedades neoliberales. En *El consumo de la utopía romántica* (1997) y *El capitalismo emocional* (2023), Illouz identifica una tendencia creciente a convertir los vínculos emocionales en productos culturales, donde lo que se vende no es el amor o el afecto como tales, sino sus signos, sus promesas y sus escenificaciones. Bajo esta lógica, el ASMR se convierte en un microproducto afectivo: no se vende una relación, sino una experiencia de ser cuidado/a, de recibir atención, de sentirse acompañado/a (Daly & Chesney-Lind, 1988; Punzi, 2025; Rubio Martín & Gordo López, 2021; Selzer, 2010).

Por su parte, Rosalind Gill ha analizado en profundidad cómo la economía digital exige a las mujeres no solo producir contenido, sino también «ser» contenido: mostrarse, hablar, agradecer, conectar emocionalmente, construir comunidad. En sus estudios sobre feminidad posfeminista y cultura de la autoexposición, Gill argumenta que las mujeres están sometidas a una nueva forma de exigencia simbólica, en la que el trabajo emocional, corporal y de marca personal se entrelazan en un régimen de disponibilidad constante (Banet-Weiser et al., 2020). En este sentido, el ASMR protagonizado por mujeres no puede desvincularse de esta estructura. Se espera que la creadora sea accesible, amable, relajante, emocionalmente generosa y mucho más. Todo ello sin violencia explícita, sin sexualidad directa, pero con una clara función de gratificación (sea emocional o de otro tipo) para el receptor, que rara vez es interpelado como sujeto activo (Drejer et al., 2024; Duncan & DeHart, 2019; Malesky, 2007).

V. DEL SUSURRO AL SILENCIO: REGULACIÓN, SEXUALIZACIÓN Y ARQUITECTURA ALGORÍTMICA

El problema no radica exclusivamente en la existencia de contenidos explícitamente sexuales o violentos, sino en la reproducción sistemática de una feminidad domesticada y rentable dentro de plataformas que operan bajo incentivos de maximización de la atención. En este contexto, el marco jurídico europeo ha avanzado de manera significativa en la regulación de la violencia digital y en la gobernanza de plataformas, aunque persisten importantes vacíos cuando se trata de abordar dinámicas simbólicas y estructurales de género

(FATTAH & Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela, 2014; Reep-van den Bergh & Junger, 2018).

La reciente Directiva 2024/1385 constituye un hito en la armonización de los marcos penales europeos en materia de violencia contra las mujeres, incorporando expresamente formas de violencia cometidas en línea, como la difusión no consentida de imágenes íntimas o el ciberacoso, entre otros. Sin embargo, su enfoque continúa centrado en conductas individualizadas y penalmente relevantes, dejando fuera aquellas prácticas que, sin ser delictivas en sentido estricto, contribuyen a consolidar estructuras de desigualdad simbólica en el entorno digital (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2024).

En el plano de la gobernanza tecnológica, el *Digital Services Act* (DSA) o Reglamento de Servicios Digitales introduce obligaciones reforzadas para las *Very Large Online Platforms* (VLOPs), es decir, para las plataformas en línea de gran tamaño, exigiéndoles evaluar y mitigar riesgos sistémicos derivados de sus sistemas algorítmicos, incluidos aquellos que puedan afectar a los derechos fundamentales y a la igualdad (Arnell & Faturoti, 2023; Henry & Powell, 2016; Laptev & Fedin, 2020). Este marco resulta particularmente relevante para el análisis del ASMR, en la medida en que los algoritmos de recomendación no operan de forma neutral, sino que priorizan contenidos predecibles, emocionalmente gratificantes y altamente monetizables.

La cuestión jurídica que emerge no es si el ASMR es ilícito, sino si la amplificación sistemática de determinados formatos –protagonizados mayoritariamente por mujeres jóvenes que escenifican cuidado, atención personalizada y disponibilidad afectiva– puede constituir un riesgo estructural desde la perspectiva de la igualdad de género. El DSA obliga a evaluar riesgos sistémicos, pero no desarrolla criterios específicos para identificar la reproducción algorítmica de estereotipos de género como una forma de daño estructural. Se abre así un espacio de ambigüedad normativa entre la ilegalidad y la desigualdad (Delgado Martín, 2023; Raharjo et al., 2022).

En el ámbito español, la Ley Orgánica 10/2022 ha ampliado la comprensión de la violencia sexual incorporando su dimensión digital y reforzando la centralidad del consentimiento (Jefatura del Estado, 2022). No obstante, el marco normativo continúa focalizado en manifestaciones explícitas de violencia, sin abordar aquellas dinámicas culturales que, sin constituir agresión directa, refuerzan imaginarios de disponibilidad femenina como forma legítima de interacción digital.

Por otra parte, el Consejo de Europa ha advertido en sus instrumentos sobre la necesidad de combatir el sexismo estructural en medios y entornos

digitales, reconociendo que la desigualdad no se reproduce únicamente a través de actos violentos, sino también mediante representaciones reiteradas que consolidan expectativas normativas sobre los cuerpos y las emociones femeninas (UNICEF España et al., 2025). Desde esta perspectiva, el ASMR puede analizarse como una tecnología que no impone, pero orienta; no agrede, pero disciplina; no sexualiza de forma explícita, pero erotiza la disponibilidad afectiva.

El vacío normativo se vuelve especialmente evidente cuando se observan las intersecciones entre economía digital y género. Tal y como se ha señalado en investigaciones previas sobre proxenetismo digital (Padilla López, 2025; Save the Children España, 2025a), las plataformas no solo permiten la captación con fines de explotación sexual directa, sino que generan entornos de visibilidad donde la autoexposición feminizada se convierte en estrategia de rentabilidad. El ASMR puede situarse en esta zona intermedia entre mercantilización afectiva y explotación simbólica: no constituye prostitución digital, evidentemente, pero sí participa de una lógica de monetización de la intimidad y del cuidado actuado.

En este sentido, el Derecho Penal, centrado en lo punible, en lo tipificado, no resulta del todo suficiente para abordar estas dinámicas. La regulación de plataformas, por su parte, avanza en la exigencia de transparencia algorítmica y evaluación de riesgos, pero aún carece de herramientas específicas para integrar análisis de impacto de género en los sistemas de recomendación (Franzke et al., 2020; Laptev & Fedin, 2020; Ministerio de Sanidad, 2024; Padilla López, 2023). Entre la violencia explícita y la neutralidad aparente existe un espacio intermedio donde operan formas de desigualdad estructural difícilmente encuadrables por las categorías jurídicas tradicionales.

Por ello, resulta necesario ampliar la mirada normativa hacia una gobernanza algorítmica con perspectiva de género, que contemple no solo la eliminación de contenidos ilícitos, sino también la evaluación del impacto estructural de los modelos de amplificación digital. Incorporar auditorías algorítmicas con enfoque de igualdad, desarrollar indicadores de riesgo vinculados a la reproducción de estereotipos y reconocer la explotación emocional digital como fenómeno emergente permitiría cerrar la brecha existente entre la violencia tipificada y la desigualdad sistemáticamente incentivada (De la Cuesta Arzamendi et al., 2017; Varona Martínez, 2018).

El desafío regulatorio no consiste únicamente en prohibir lo explícitamente dañino, sino en interrogar las arquitecturas tecnológicas que convierten la feminidad complaciente en contenido rentable. El susurro, en este marco, deja de ser solo una técnica de relajación para convertirse en un síntoma de

cómo el capitalismo de plataforma reconfigura el género a través de algoritmos que premian la disponibilidad y silencian la disrupción.

VI. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo se ha pretendido proponer una lectura crítica del fenómeno ASMR desde una perspectiva feminista que integra análisis cultural, economía digital y marco normativo europeo. Lejos de concebir el ASMR como una práctica meramente terapéutica o neutral, se ha podido observar que determinados formatos altamente visibles y monetizados participan en la reproducción de una feminidad emocionalmente disponible, afectivamente complaciente y estructuralmente funcional a la lógica algorítmica de las plataformas digitales.

En primer lugar, el análisis ha mostrado que el ASMR protagonizado mayoritariamente por mujeres no solo produce sensaciones de relajación, sino que también produce imaginarios de género. A través del susurro, la atención personalizada (y en múltiples ocasiones sexualizada) y la escenificación constante del cuidado, se consolida un modelo de feminidad que ocupa poco espacio, no confronta y se orienta prioritariamente hacia la gratificación emocional y sexual ajena. Esta configuración no responde únicamente a decisiones individuales de las creadoras, sino a un ecosistema digital que recompensa la pre-visibilidad afectiva y la docilidad emocional como formas de rentabilidad.

En segundo lugar, se ha evidenciado que la economía del cuidado digital transforma funciones históricamente feminizadas —escuchar, consolar, tranquilizar— en microproductos afectivos susceptibles de monetización. Este proceso no constituye necesariamente violencia directa, pero sí opera como una forma de extracción simbólica y económica del trabajo emocional femenino, ahora amplificado por sistemas automatizados de recomendación.

En tercer lugar, el análisis normativo ha permitido constatar la existencia de un vacío regulatorio entre la violencia digital tipificada y la desigualdad estructural incentivada algorítmicamente. Instrumentos como la Directiva 2024/1385 o el Reglamento de Servicios Digitales¹ representan avances significativos en la protección frente a conductas ilícitas y en la evaluación de riesgos sistémicos, pero aún no han desarrollado herramientas específicas para abordar la reproducción estructural de estereotipos de género a través de la arquitectura de las plataformas.

¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

Desde esta perspectiva, el ASMR puede situarse en un espacio intermedio entre el emprendimiento digital legítimo y la explotación simbólica de la intimidad, en continuidad con dinámicas ya observadas en fenómenos como el proxenetismo digital. No se trata de equiparar prácticas, sino de identificar una matriz común: la monetización de la exposición feminizada en entornos donde la plataforma actúa como intermediario estructural del deseo, la atención y la rentabilidad. En consecuencia, el desafío regulatorio contemporáneo no puede limitarse a la eliminación de contenidos ilícitos o prohibiciones de acceso. Resulta necesario avanzar hacia una gobernanza algorítmica con perspectiva de género que incorpore evaluaciones de impacto en igualdad, auditorías de sistemas de recomendación y análisis estructural de la economía afectiva digital.

151. EL TRATAMIENTO DE LOS ENCARCELADOS COMO INSTRUMENTO ARTICULADOR DE LA VIDA EN PRISIÓN: LA EXPERIENCIA DE CATALUÑA

SANTIAGO REDONDO ILLESCAS
Catedrático de Psicología/Criminología
Universidad de Barcelona

*«Queréis prevenir los delitos? Haced que las luces
acompañen a la libertad»*

Cesare Beccaria

Comparto con el profesor José Luis de la Cuesta, además de una larga amistad, un particular interés y querencia académica por lo penitenciario, acerca de lo cual ha escrito diversas obras relativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, las medidas alternativas y el trabajo penitenciario. De ahí que haya querido contribuir a este libro homenaje, que le dedican sus discípulos y amigos, mediante un capítulo sobre la cuestión penitenciaria, que asimismo ha constituido una de mis principales dedicaciones. Trataré específicamente sobre el inicio y desarrollo de los programas de tratamiento y rehabilitación en el contexto penitenciario de Cataluña, en cuya primera etapa (durante el periodo 1984-1990) tuve una participación profesional directa, primero como Director del Centro Penitenciario de Jóvenes y luego como Jefe del Servicio de Rehabilitación de prisiones.

I. LAS PRISIONES CATALANAS EN 1984

Cataluña asumió las competencias penitenciarias a principios de 1984, momento hasta el que no había habido en España ninguna experiencia previa de administración penitenciaria descentralizada. Unos meses antes del traspaso de competencias, yo me había incorporado, desde la administración penitenciaria central (Ministerio de Justicia) al nuevo Centro Penitenciario de Jóvenes de Barcelona («La Trinitat»), inaugurado entonces.

La Ley penitenciaria de 1979 preveía una reforma profunda del sistema penitenciario, de modo que la actividad de las prisiones se orientase a la *reeducación y reinserción social de los condenados*, además de su retención y custodia (Art. 1). Para ello se requería la adecuada coordinación del régimen y el tratamiento penitenciario. Se definió el *régimen penitenciario* como el «conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos» (Reglamento Penitenciario, Art. 73.1). Mientras que el *tratamiento penitenciario* se concibió como el conjunto de actividades dirigidas al logro de la reeducación y reinserción social de los penados. Atribuyéndose a la Administración Penitenciaria (RP, Art. 110) la responsabilidad de elaborar «programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias»; para lo cual debían utilizarse «los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior».

En aquellos primeros años de vigencia de la nueva Ley penitenciaria seguían siendo más los deseos de renovación de las prisiones que no las concreciones prácticas al respecto. Aun así, se produjeron algunas experiencias penitenciarias innovadoras. Por ejemplo, en la que se denominó «Unidad experimental de jóvenes» de Alcalá de Henares (1980-1984) se aplicó una *intervención personalizada y global* a una población promedio de 15-20 internos que convivían en un departamento independiente dentro de la prisión, realizándose actividades ocupacionales y culturales supervisadas por personal especializado (psicólogo, criminólogo, educadores, trabajador social y personal de vigilancia seleccionado). Otra experiencia novedosa (1980-1986) se llevó a cabo en el centro penitenciario Ocaña II con unos 300 jóvenes penados de 21-25 años, a partir de un modelo de comunicación terapéutica. Para ello los internos eran clasificados en función de la duración de sus con-

denas y los principales problemas o carencias que mostraban –reincidentes, toxicómanos, etc.–. Mediante sesiones de grupo y atención individualizada se les motivaba para el cambio de sus actitudes delictivas y para incentivar su participación en actividades formativas y deportivas. También se efectuaban salidas *terapéuticas* al exterior de pequeños grupos de internos acompañados por sus educadores. Otra iniciativa piloto se desarrolló en el centro penitenciario de mujeres de Valencia a partir de 1982. Consistió en reubicar a algunas internas seleccionadas en viviendas de la ciudad, bajo la supervisión de personal penitenciario experto. A pesar de la novedad que comportaron todas estas experiencias penitenciarias, su alcance se limitó a los centros en que se realizaron y a un tiempo reducido, sin implicar cambios globales en el conjunto del sistema penitenciario.

Los primeros directivos penitenciarios en Cataluña, con Javier Hernández y Vicente Castellano a la cabeza (respectivamente, Psicólogo y Jurista-criminólogo de Instituciones Penitenciarias), proponían una renovación profunda del funcionamiento penitenciario, que desarrollara en la práctica la nueva Ley y reorientara verdaderamente las prisiones hacia el tratamiento y la rehabilitación; y nos transmitieron con entusiasmo todos estos propósitos. Cosa distinta era cómo hacer aquello en un contexto tan ambivalente y contradictorio como lo es el penitenciario, que debe conjugar custodia y tratamiento, seguridad y educación, encarcelamiento y reinserción.

A estas dificultades conceptuales se sumaban, además, no pocas carencias materiales. La tres principales: 1) muchos presos (casi cinco mil en Cataluña en ese momento), lo que también comportaba muchos y graves conflictos que desestabilizaban el conjunto del sistema: tráfico de drogas, agresiones, secuestros, motines, incendios...; 2) instalaciones obsoletas y deficitarias, que incluían siete centros de hombres (solo uno completamente nuevo, el de Lleida II-Ponent) uno de mujeres, uno de jóvenes y dos pequeños centros abiertos; 3) gran escasez de personal de toda índole: de vigilancia, tratamiento, educación, servicios sociales, sanitario... Y, como resultado de ello, la vida diaria de los encarcelados era en general de gran inactividad, y esencialmente delimitada por las actividades regimentales tradicionales: unas doce horas de encierro nocturno en las celdas, tiempo de comidas, múltiples recuentos de la población reclusa, y mucho tiempo de estancia en el patio.

En este contexto tan adverso, ¿cómo hacer esta renovación penitenciaria profunda? ¿Cómo resolver todas estas carencias y compaginar propósitos penitenciarios en apariencia tan contradictorios?

II. BASES MATERIALES Y CONCEPTUALES PARA EL INICIO DE LOS TRATAMIENTOS

Para paliar las insuficiencias materiales y personales, durante los primeros años de la competencia penitenciaria el Departamento de Justicia de Cataluña dotó múltiples plazas de funcionarios de vigilancia, sanidad, psicólogos, juristas-criminólogos, pedagogos, maestros, educadores, trabajadores sociales, formadores laborales y monitores de múltiples actividades. Así, muchos profesionales con una buena formación y con ilusión por mejorar las cosas, algunos de los cuales jugarían posteriormente un papel relevante en el sistema penitenciario, comenzaron a trabajar y especializarse en prisiones en aquellos años iniciales. Asimismo, se mejoraron las instalaciones penitenciarias en su conjunto y las dotaciones de las secciones de régimen abierto, generalmente anexas a los propios centros penitenciarios. También se contó con la colaboración creciente de entidades del tercer sector: distintas fundaciones, organizaciones sin ánimo de lucro y voluntariado en general.

El dilema rehabilitación-seguridad puede resolverse de modo racional y operativo a partir de considerar, como así hicimos entonces, que las prisiones pueden y deben compaginar la atención tanto a las «necesidades primarias» de los encarcelados (educación, formación laboral, trabajo, rehabilitación, vinculación social...), que constituyen las finalidades legales y genuinas del sistema penitenciario, como las «necesidades secundarias» propias de la organización penitenciaria (régimen interno, control de la violencia, del tráfico y consumo de drogas, limpieza e higiene...) que deben estar al servicio de las primeras. Y todo esto debía hacerse no sucesivamente, como a menudo se proponía (primero asegurar una «ordenada convivencia» y, una vez lograda, plantearse la aplicación de tratamientos); sino necesariamente en paralelo, de forma análoga a como en la sociedad se hacen compatibles y sincrónicas las grandes tareas de la socialización y la educación, el trabajo, el ocio, la cultura, el bienestar y la libertad de los ciudadanos con la mejora de la seguridad pública (tareas que, como resulta obvio, no son independientes entre sí, sino interdependientes y de recíproco beneficio).

Por lo que se refiere a las bases conceptuales que podían guiar una actuación penitenciaria innovadora, una primera idea importante fue considerar que, para mejorar en todos los órdenes el sistema penitenciario, era imprescindible generar dentro de las prisiones un marco de vida activo, lo más parecido posible a la vida social en libertad: que la prisión se estructurase mediante horarios y rutinas que incorporaran actividades educativas y de formación laboral, productivas, deportivas, culturales, recreativas y de ocio, etc., a seme-

janza del funcionamiento de la propia sociedad. Pero, además, el ámbito penitenciario requería también atender a todas aquellas carencias y necesidades especiales que suelen mostrar muchos encarcelados y que a menudo guardan relación con sus delitos. El implícito científico aquí es que las carreras delictivas suelen iniciarse y mantenerse bajo el influjo de múltiples factores de riesgo, tanto individuales (escaso autocontrol, baja empatía, carencias educativas y laborales, creencias y justificaciones delictivas...) como sociales (inapropiada socialización familiar, abandono escolar, amigos delincuentes...) y ambientales (frecuente exposición a oportunidades delictivas favorables). De ahí que se requerían distintas intervenciones especializadas, orientadas a contrarrestar los factores de riesgo mostrados por los encarcelados (por ejemplo, entrenamiento en autocontrol, en empatía, en habilidades sociales, en solución cognitiva de problemas interpersonales, en desarrollo moral, etc.) con el objetivo de estimular así que estas personas pudieran iniciar futuramente un cambio favorable de vida.

Sin embargo, una dificultad importante para lograr la participación proactiva de los internos en todas las actividades psicoeducativas mencionadas, que suelen requerir un esfuerzo continuado, era cómo estimular su motivación para ello, motivación que en su vida pasada habría sido, en general, baja (lo que habría dado lugar al abandono de la escuela, unas rutinas adolescentes desestructuradas, mucho tiempo en la calle sin supervisión, etc.). En este contexto penitenciario, la prisión de jóvenes de Barcelona, por la novedad que comportaba su apertura (hasta entonces no había habido una prisión de jóvenes en Cataluña), se acabó convirtiendo en una especie de campo de pruebas de cómo podrían hacerse las innovaciones requeridas. Desde el primer momento concebimos la prisión de jóvenes como una suerte de «centro educativo» que, pensábamos, debería parecerse más a una «escuela» o centro de formación juvenil que a una prisión clásica. Para ello se estructuró un amplio plan formativo, se introdujo una dinámica de mayor proximidad con los internos y sus familias, y, para incentivar la motivación de los jóvenes, se diseñó e instauró por primera vez «el sistema de fases progresivas», que posteriormente se expandiría al conjunto del sistema penitenciario¹ (Redondo, 1993).

El sistema de fases hacía operativa la idea de que, por encima del tratamiento individualizado (formalmente realzado en la Ley), para ayudar a los internos y transformar ampliamente las organizaciones penitenciarias debía rediseñarse su funcionamiento de forma global. Su fundamento es la teoría del aprendizaje social, una de las explicaciones criminológicas con mayor aval

¹ REDONDO, S.: *Evaluar e intervenir en las prisiones*, Barcelona: Ed. PPU, 1993.

científico tanto para comprender la génesis de la conducta delictiva como para orientar su prevención y tratamiento². La tesis central del aprendizaje social es que el comportamiento delictivo y otras conductas vinculadas (estilos reactivos violentos, creencias y justificaciones antisociales, adicciones, etc.), al igual que su contrario, los comportamientos prosociales (que es objetivo penitenciario fundamental: la rehabilitación y la reinserción), se adquieren a partir de la imitación de *modelos* y se mantienen debido a las *recompensas* que reciben (sociales y materiales). En consonancia con este modelo, el funcionamiento del centro penitenciario de jóvenes se estructuró en cuatro *unidades* de vida o *fases progresivas*, diferenciadas en dos aspectos principales: 1) una demanda creciente a los internos de participación en programas educativos, formativos, deportivos y ocupacionales, autocuidado e higiene, y de disminución de sus conductas violentas; 2) una disponibilidad creciente, de unas fases a otras, de gratificaciones o refuerzos (en nomenclatura psicológica): mayor tiempo fuera de las celdas y movilidad dentro de la prisión, mayor disponibilidad del propio dinero, mayor frecuencia de visitas, acceso a trabajo mejor retribuidos, etc. En síntesis, a mayor participación y rendimiento de los internos en las diversas actividades educativas y terapéuticas desarrolladas mayor progresión de fase y, por tanto, mayor disponibilidad y disfrute de ventajas institucionales.

El sistema de fases mostró ser un programa motivacional poderoso para incentivar la implicación de los internos en las diversas acciones terapéuticas planificadas. En la primera evaluación realizada, tras cinco años de su aplicación en el centro penitenciario de jóvenes, se constató una elevada participación de los internos en actividades laborales (de más del 66%) y una importante mejora de los comportamientos de higiene (de hasta el 100%). Asimismo, se redujeron sustancialmente los conflictos individuales y colectivos. Posteriormente, este sistema motivacional se expandió a la globalidad de los centros penitenciarios catalanes, con buena eficacia general.

Estas reflexiones y las que siguieron en años posteriores sobre la rehabilitación en las prisiones no se hicieron en el vacío, sino que un referente importante para ellas fueron los avances producidos en los Servicios Penitenciarios de Canadá, que en los años ochenta ya contaban con un gran desarrollo de programas de tratamiento y rehabilitación: de prevención de la violencia familiar, mejora del razonamiento social (el famoso Programa Razonamiento y Rehabilitación –R&R–³), de manejo de las emociones y la ira, de entrenamiento en actividades de tiempo libre, de habilidades de crianza de los hijos, de integración comunita-

² REDONDO, S./GARRIDO, V.: *Principios de criminología* (5.ª ed.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2023.

³ ANDREWS, D. A./BONTA, J.: *The psychology of criminal conduct*, Cincinnati, OH: Anderson, 1994.

ria, de delincuentes sexuales, de prevención del abuso de sustancias tóxicas, de prevención del aislamiento en regímenes penitenciarios cerrados.... También se prestó atención al desarrollo técnico del tratamiento con delincuentes en Reino Unido, que también contaba con una oferta creciente de programas rehabilitadores dirigidos a entrenar en habilidades de pensamiento, controlar la ira, para agresores sexuales, de habilidades de vida para delincuentes juveniles, etc.

III. DESARROLLO DE PROGRAMAS DE TRATAMIENTO DESDE LOS AÑOS NOVENTA HASTA LA ACTUALIDAD

Las intervenciones aplicadas durante estos primeros años, que en conjunto intentaron concretar en las prisiones de Cataluña el «ideal de rehabilitación», se recogieron esquemáticamente en un libro, editado por el Departamento de Justicia, titulado «Programes de rehabilitació a les presons»⁴. Asimismo, otras ideas y consideraciones académicas sobre los tratamientos en prisiones pueden encontrarse también en mis libros *Evaluar e intervenir en las prisiones*⁵ y *Evaluación y tratamiento de delincuentes*⁶.

Posteriormente, desde principios de los años noventa en adelante, se diseñaron y aplicaron en las prisiones catalanas nuevos *programas de tratamiento*, dirigidos cada vez más a grupos de encarcelados con características y necesidades específicas. Para ello se crearon manuales que definían los objetivos de cada intervención, la población destinataria, las unidades, actividades y técnicas terapéuticas previstas, los recursos requeridos para su aplicación, y el modo de evaluación de sus resultados. Estas intervenciones se aplicaban por de los equipos multidisciplinares de cada centro, con psicólogos, juristas, educadores, maestros, monitores, trabajadores sociales... Su aplicación tiene 4 grandes objetivos para los participantes: 1) desarrollo de nuevas habilidades y hábitos; 2) desarrollo del pensamiento; 3) regulación emocional; 4) prevención de recaídas. Entre los programas aplicados se incluyen, por ejemplo, tratamientos para delincuentes violentos, que incorporan ingredientes sobre el funcionamiento de la conducta humana, los modos de ejercer la violencia y su cambio, cómo dejar de actuar violentamente y otros. También, el conocido *Programa de control de la agresión sexual*⁷, con módulos terapéuticos sobre

⁴ REDONDO, S./PÉREZ, E./AGUDO, F./ROCA, M./AZPIAZU, M.: *Programes de rehabilitació a les presons*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1990.

⁵ REDONDO, S.: *Evaluar e intervenir en las prisiones*, Barcelona: Ed. PPU, 1993.

⁶ REDONDO, S.: *Evaluación y tratamiento de delincuentes*, Madrid: Ed. Pirámide, 2018.

⁷ GARRIDO, V./BENEYTO, M. J.: *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Valencia: Ed. Cristóbal Serrano Villalba, 1996.

distorsiones cognitivas asociadas a la agresión, desarrollo de una mayor conciencia emocional, de la empatía con las víctimas, y enseñanza de estilos de vida más estructurados y positivos. Existiendo, asimismo, un programa semejante para maltratadores familiares. Otro para delincuentes con problemas de adicción. Así como una amplia intervención para la prevención de la reincidencia, dirigida a delincuentes habituales, que también incorpora módulos terapéuticos relativos al funcionamiento de la conducta humana, competencias cognitivas, emocionales y conductuales, empatía, valores y resolución de problemas. Habiéndose diseñado también diversas intervenciones específicas con mujeres privadas de libertad.

Programas análogos a los anteriores se han desarrollado asimismo en el marco de la administración penitenciaria del estado, como los siguientes⁸: resolución dialogada de conflictos; programa de preparación de permisos de salida; módulos de respeto (para mejorar la convivencia en prisión); un programa específico para jóvenes menores de 25 años; varios programas para maltratadores de pareja, tanto dentro de prisión como en medidas comunitarias⁹; el mismo programa de control de la agresión sexual, posteriormente modificado¹⁰; un tratamiento para prevenir la delincuencia sexual con menores en la red¹¹; programas para tratar las adicciones; para condenados por delitos contra la seguridad vial; para sentenciados por delitos de odio; de atención integral a enfermos mentales (PAIEM); una intervención con internos extranjeros; para encarcelados con riesgo de suicidio; para internos discapacitados; intervenciones en delitos económicos; y para penados en régimen cerrado.

Un aspecto asimismo atendido en el sistema penitenciario catalán durante los últimos años ha sido el de la predicción del riesgo delictivo. Para ello se desarrolló el protocolo *RisCanvi*, con el objetivo de evaluar y anticipar el ries-

⁸ NEGREDO, L./PÉREZ RAMÍREZ, M.: *Intervención y tratamiento de delincuentes en prisión y medidas alternativas*, Madrid: Ed. Síntesis, 2019. También REDONDO, S.: «Psicología y prisiones: logros y retos», conferencia invitada en el curso *La psicología aplicada al medio penitenciario*, UCLM, Cuenca, 5 y 6 de junio, 2025.

⁹ ECHEBURÚA, E./AMOR, P. J./FERNÁNDEZ-MONTALVO, J.: *Vivir sin violencia: aprender un nuevo estilo de vida*, Madrid, Pirámide, 2002. RUIZ ARIAS, S./NEGREDO, L./ RUIZ, A./GARCIA-MORENO, C./HERRERO, O./YELA, M./PÉREZ, M.: *Violencia de género. Programa de Intervención para Agresores (PRIA)*. Madrid: Ministerio de Interior, Secretaría General Técnica, 2010. SUÁREZ, A./MÉNDEZ, R./NEGREDO, L./ FERNÁNDEZ, N./MUÑOZ, J. M./CARBAJOSA, P./BOIRA, S./HERRERO, O.: *Programa de intervención para agresores de violencia de género en medidas alternativas (PRIA-MA)*. Madrid: Ministerio de Interior, Secretaría General Técnica, 2015.

¹⁰ RIVERA, G./ROMERO, M. C./LABRADOR, M. A./SERRANO, J.: *El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario*, Madrid: Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006.

¹¹ HERRERO, O./NEGREDO, L.: *Fuera de la red. Programa de intervención frente a la delincuencia sexual con menores en la red*, Madrid: Ministerio de Interior, Secretaría General Técnica, 2015.

go de conductas violentas graves, incluyendo violencia autodirigida, violencia dentro de la prisión, reincidencia violenta y quebrantamiento de condena ¹². El protocolo RisCanvi completo incluye la evaluación de 43 factores de riesgo, en los siguientes tres ámbitos: a) factores delictivos y penitenciarios; b) personales y sociofamiliares, y c) clínicos y de personalidad. También se creó un protocolo abreviado, *RisCanvi Screening*, que permite una evaluación más rápida del riesgo de conducta violenta, a partir de los siguientes 10 ítems: 1) Inicio de la actividad delictiva o violenta; 2) Historia de violencia; 3) Problemas de conducta penitenciaria; 4) Evasiones, quebrantamientos o incumplimientos de condiciones de supervisión; 5) Problemas con el consumo de drogas o alcohol; 6) Respuesta limitada al tratamiento psicológico o psiquiátrico; 7) Intentos de conductas de autolesión; 8) Falta de recursos económicos; 9) Falta de apoyo familiar y social; 10) Actitud hostil o valores pro-criminales.

IV. CONCLUSIÓN

Transcurridas varias décadas de todas estas innovaciones y desarrollos del tratamiento en las prisiones catalanas, y también en el conjunto de las prisiones españolas, ¿qué valoración podría hacerse de sus resultados? Existen diversas evaluaciones de algunos de estos programas recogidas en obras académicas específicas (p. e., Redondo, 2018) a las que remitimos a los lectores interesados en conocerlas. Con carácter general, estas evaluaciones sugieren el logro de unos buenos resultados globales en lo referido a la conformación de un sistema penitenciario más humano, activo y dinámico, con una oferta formativa y terapéutica amplia, y con unas tasas de reincidencia inferiores a los promedios europeos.

No obstante, las prisiones son, por su propia naturaleza, contextos siempre tensionados, susceptibles de periódicas crisis y conflictos, que deben gestionarse y resolverse convenientemente. Pero es importante que la solución de estas tensiones lo sea no para que el sistema se retrotraiga y retroceda en dirección a las meras finalidades de custodia y seguridad (tentación no infrecuente ante el surgimiento de conflictos graves) sino para consolidar las mejores prácticas penitenciarias posibles, que necesariamente pasan por el empleo de los conocimientos científicos en materia de delincuencia y por el mantenimiento y desarrollo del «ideal de rehabilitación».

¹² ANDRÉS-PUEYO, A./ARBACH LUCINI, K./REDONDO, S.: *Informe RISCANVI. Memoria técnica de la construcción del protocolo y las escalas de valoración del riesgo de violencia para delinquentes violentos*, Barcelona: Departamento de Psicología Clínica, U. de Barcelona, Documento no publicado. 2010.

152. HACIA UNA VICTIMOLOGÍA DE LA AMAZONIA

EDUARDO SAAD-DINIZ

Habilitación en Criminología por la Universidad de São Paulo y PhD en
Derecho Penal por la Universidad de São Paulo/Universidad de Sevilla;
Vice-Presidente The ARC Foundation (Manaus/Brasil)

I. INTRODUCCIÓN

La deforestación y la explotación indiscriminada de los recursos naturales de la Amazonia está experimentando una catástrofe sin precedentes, impulsada por el impacto planetario de la pérdida del balance climático en el ciclo de lluvias en Sudamérica. Si bien las consecuencias ecológicas de la degradación amazónica son ampliamente discutidas, el sufrimiento de los pueblos amazónicos –particularmente para las comunidades indígenas, los *quilombolas* (descendientes de comunidades afrobrasileñas sometidas a esclavitud), los ribereños y todos los desposeídos que viven las comunidades más pobres de la olvidada Amazonia urbana (con sus casi 30 millones de habitantes!)–, sigue siendo poco estudiado dentro de sus marcos sociojurídicos, criminológicos y victimológicos. Este ensayo integra nuestros esfuerzos de investigación en el marco de una agenda científica más amplia hacia la construcción de una «Victimología de la Amazonia», examinando cómo el calentamiento global interrumpe los modos de vida tradicionales, exacerba las desigualdades sociales y crea catástrofes socioambientales y planetarias en cascada.

El calentamiento global y el colapso de la Amazonia no es una amenaza distópica/futurista (Gatti et al, 2021; Gatti et al, 2023; Flores et al, 2024); es una fuerza activa que desplaza comunidades, erosiona el patrimonio cultural y ace-

lera la inhabitabilidad de zonas en todo el planeta. Este estado catastrófico no puede ser reducido a fenómenos abstractos, sino a más consistente verificación de los daños (injustamente desproporcionados) sobre comunidades específicas, exacerbando vulnerabilidades preexistentes y creando, muy lamentablemente, nuevas categorías de víctimas. Las poblaciones indígenas y tradicionales de la Amazonia se encuentran entre las primeras y más gravemente afectadas, sin embargo, a menudo son excluidas de las discusiones sobre políticas climáticas. Mientras tanto, la deforestación, impulsada por la tala ilegal, la minería y el agronegocio, agrava estos daños, creando un ciclo de retroalimentación de destrucción ambiental y social. Y, no por otra razón, es fundamental incorporar una argumentación inequívoca sobre la injusticia ambiental y climática para comprender el núcleo de la victimización en el territorio amazónico.

Frente a esta realidad, la victimología se erige como una estrategia científica crucial para recuperar el lado humano olvidado. Su mirada permite visibilizar, nombrar y analizar el sufrimiento individual y colectivo y el trauma intergeneracional. Espero que este esfuerzo de organización de este campo del conocimiento victimológico pueda servir para homenajear al Prof. José Luis de la Cuesta, con quien tuve el inmenso privilegio de convivir en la AIDP, siempre inspirándonos por su liderazgo y por su tan especial sensibilidad para el lugar de lo humano –y del Planeta– en las ciencias criminales.

II. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA «VICTIMOLOGÍA DE LA AMAZONIA»

Esta «Victimología de la Amazonia» asume por supuesto la emergencia de la movilización de la comunidad científica internacional en torno a la destrucción ambiental. No solamente como un «problema ecológico más de los desafortunados pueblos del Sur Global», sino como una nueva –e históricamente quizás la última!– forma de violencia sistémica contra la vida, humana y no-humana. Frente a este diagnóstico, surge la necesidad de construir un campo del conocimiento especializado dentro de la victimología ambiental, capaz de analizar los impactos múltiples niveles de daños concentrados en el territorio amazónico. Este nuevo enfoque también permitirá superar la visión tradicional de la víctima como figura pasiva o individual, para entenderla dentro de redes de afectación colectiva, ecológica, transgeneracional y planetaria. Así, la Amazonía se convierte en un laboratorio de la moralidad climática, donde la violencia contra la naturaleza se refleja como violencia contra sus comunidades y los sistemas vitales que las sostienen.

La consolidación de esta victimología requiere un esfuerzo sistemático de definición y verificación de sus propias categorías: ¿qué significa ser víctima en un determinado ecosistema? ¿qué sujetos (humanos, animales o incluso territoriales) pueden reclamar tal condición? El carácter aún extremadamente ensayístico de este texto implica abrir un itinerario desde la criminología hacia esta «victimología expandida», donde los principios clásicos de daño, responsabilidad y reparación/restauración se reconfiguran a la luz de los derechos de la naturaleza y las relaciones de interconexión entre las comunidades locales y los límites planetarios. Este tránsito científico invita igualmente a repensar también la posición del Estado: ya no solo como «garante de protección», sino, de forma mucho más dinámica, intercambiando los roles entre Estado-víctima o Estado-ofensor/cómplice.

En este marco, la revisión de los derechos de la naturaleza y sus relaciones con las comunidades locales ocupan un lugar muy decisivo. Lejos de ser una innovación retórica, representan una ampliación de las nociones jurídicas tradicionales, y, además del reconocimiento de que los ríos, bosques y suelos poseen dignidad y valor intrínseco (Wesch, 2023), impone igualmente reconocer las injusticias climáticas provocadas en desfavor de las comunidades que menos contribuyen al estado de catástrofe planetaria (al fin y al cabo, son ellas las que sufren sus consecuencias más severas y persistentes).

Precisamente allí la combinación entre victimología y injusticia climática adquiere su mayor relevancia para el sistema de justicia, permitiendo: primero, la comprensión sobre la disrupción cultural y de los medios de vida, donde el cambio climático destruye las prácticas de subsistencia –pesca, caza, agricultura– que estructuran la identidad y continuidad de las comunidades locales; segundo, la desigualdad estructural y la marginalización, que hacen que los pueblos amazónicos enfrenten daños desproporcionados sin acceso real a mecanismos de justicia y estén cada vez más vulnerados al reclutamiento por redes criminales de dudoso carácter democrático; tercero, la victimización ecológica y planetaria, que expone cómo la degradación amazónica desestabiliza el balance climático global, convirtiendo a toda la humanidad en víctima indirecta de su propia indiferencia sistémica.

III. EL *DEFORESTATION-NEXUS* Y LA NOVEDOSA RED CRIMINAL QUE OPERA EN LA REGIÓN

Las causas raíz de la deforestación se fundamentan en la economía política de la explotación indiscriminada de recursos naturales, en la cual las estra-

tegias de control social formal e informal se debilitan sistemáticamente para legitimizar la conversión de la floresta en pastizales o plantaciones de soja. Las redes de poder local, el clientelismo, la acción selectiva de los organismos reguladores y fiscalizadores y la influencia de grandes actores económicos transnacionales han favorecido la expansión de pastizales (predominantemente en la Amazonia oriental) y de monocultivos de soja (predominantemente en la Amazonia occidental), indiferentes a los marcos legales que exigen reservas legales y áreas de preservación permanente (Gatti et al, 2023). La minería ilegal de oro, a su vez, prospera precisamente en territorios donde el control formal está ausente o es cómplice, y donde el vacío de oportunidades legítimas simplemente es llenado por la presencia territorial de redes criminales. El resultado es una frontera de recursos donde el control social se reduce a una mera formalidad, enmascarando sus efectos de contaminación, violencia y fragmentación comunitaria.

De entre los múltiples factores que impulsan la deforestación, la inseguridad territorial adquiere especial relevancia (Almeida, 2023). En términos de tenencia de la tierra, «nadie sabe quién es el dueño de la tierra». La Amazonia como una «Tierra de Nadie» revela el colapso del control social formal sobre la distribución y el uso de la propiedad. El Registro Ambiental Rural (CAR) es el principal instrumento para monitorear las obligaciones bajo el Código Forestal brasileño, pero aún opera en base a la autodeclaración y ha llegado a ser utilizado, en la práctica, como prueba fraudulenta de posesión, permitiendo el registro de millones de hectáreas de bosques públicos como si fueran propiedades privadas. Los registros superpuestos en el CAR —a menudo involucrando áreas con múltiples reclamos— muestran que el estado no ejerce un control formal efectivo sobre quién puede o no ocupar y deforestar, creando incentivos para el acaparamiento de tierras y la tala del bosque como estrategia para «consolidar» la posesión. Las comunidades tradicionales, los pequeños agricultores y los pueblos indígenas tienen poca o ninguna capacidad para interferir en este proceso: sus formas de ocupación y uso colectivo de la tierra rara vez son reconocidas como títulos legítimos («cessão de direito real de uso»), y su capacidad de movilización está limitada por asimetrías de información, escasez de recursos e inseguridad. Como si eso no fuera suficiente, la baja fertilidad natural de muchos suelos amazónicos depende en gran medida de la hojarasca para mantener los nutrientes; sin asistencia técnica y una política agraria orientada hacia la sostenibilidad, la respuesta informal tiende a ser la tala de nuevas áreas cuando la productividad cae, reproduciendo la espiral de deforestación y, en consecuencia, toda la criminalidad que rodea al *deforestation-nexus*.

La conversión del *nexus* en negocios altamente lucrativos es factor más substancial para atraer la formación de nuevas redes de criminales y actores privados cómplices del daño socioambiental. En nuestra opinión, es tema de primera grandeza en la investigación criminológica la observación sobre cómo esta nueva red de criminales ha expandido las dimensiones de la producción del daño socioambiental (Saad-Diniz, 2026). Potencialmente, semejante investigación explicaría cómo la deforestación en la Amazonia impacta profundamente en contextos de desigualdad, desventaja competitiva, fuga de inversiones y posición subalterna frente a rondas de inversión socioambientalmente responsables.

Falta todavía mayor profundidad en el análisis de las causas raíz de la deforestación, lo que termina dificultando el análisis multifactorial y la proposición de soluciones un poco más realistas al problema. Desde la retirada parcial de los Paramilitares colombianos FARC de la Amazonia, en el marco de los *Acuerdos de Paz* en Colombia, las milicias y el crimen organizado del sureste de Brasil (especialmente el *PCC –Primeiro Comando da Capital*, São Paulo– y el *CV –Comando Vermelho–*, Río de Janeiro) están migrando hacia el norte brasileño. Ellos aseguran que las tierras demarcadas de las comunidades indígenas sean devastadas, y aprovechan la pobreza local para reclutar nuevos miembros. La disputa por el territorio, principalmente con la Familia do Norte, ha permitido la formación de una asociación híbrida entre grupos del PCC y CV, en lo que se ha dado a conocer como el «Cartel del Norte», conduciendo al desplazamiento del mapa de la violencia en el país (Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2024), acompañado principalmente por la «Ruta del Río Solimões» (Igarapés 2024).

Hay múltiples factores y técnicas de análisis para explicar cómo y por qué se forman estas nuevas redes criminales (Campana *et al*, 2024). De hecho, más cómodo que intercambiar tiroteos con la policía fuertemente armada en el sureste, y mucho más rentable que el narcotráfico, el crimen organizado está explotando la minería ilegal, la tala ilegal y, notablemente, se asegura de que las tierras demarcadas de las comunidades indígenas sean devastadas. Es más que necesaria la necesidad de profundizar el conocimiento sobre la formación de esta nueva red criminal, también comúnmente conocida como «criminalidad ambiental organizada» (Perazzoni & Pereira, 2024), explorando sus relaciones con la causalidad de la deforestación y los efectos en la justicia ambiental. Las instituciones responsables de la aplicación de la ley o incluso de la captura (pacífica, a través de la corrupción de funcionarios públicos, o violenta, con amenazas y extorsión por grupos de presión) fueron desmanteladas en la última década, abriendo espacio para la explotación indiscriminada de los

recursos naturales en la región, en complicidad con la industria de la soja y la carne.

El clientelismo y la corrupción (Barroso *et al.*, 2021) garantizan el acceso a la explotación indiscriminada de recursos naturales, las condiciones políticas determinan la pacificación de los conflictos, y las ocupaciones irregulares con ocupaciones ilegales de tierras terminan conduciendo a la deforestación, para reclamar la propiedad de la tierra (Galain *et al.*, 2025; Saad-Diniz *et al.*, 2025). La combinación entre factores institucionales y estructurales también son causas relevantes de la deforestación (Olásolo *et al.*, 2025), incluso con respecto a medidas formales «pro-deforestación», como las políticas oficiales de uso de la tierra o desarrollo (colonización, transporte, subsidios agrícolas etc.). En este punto, los estudios criminológicos (Saad-Diniz & J. Gianecchini 2021) han explorado la cierta coincidencia entre los retrocesos regulatorios en materia ambiental y la política brasileña reciente en este campo (con énfasis en el territorio amazónico). A su vez, existe una serie de negocios turbios sobre tenencia de la tierra, que se concluyen a diario al margen de la capacidad estatal de aplicación, sin mencionar la participación en escándalos de corrupción o incluso fallas en los sistemas de gestión, que contribuyen sustancialmente a la deforestación.

Esta nueva red de criminales, especialmente favorecida por el uso indiscriminado de los recursos naturales del territorio amazónico (Couto 2024). Investigaciones futuras deberían probar si realmente es más cómodo –y mucho más rentable– explotar la minería ilegal, la tala ilegal y la minería que el narcotráfico, con intercambio de tiroteos con la policía fuertemente armada en el sureste. Profundizando el conocimiento sobre la formación de esta red criminal, será posible explorar la relación entre la causalidad de la deforestación y sus impactos en el acúmulo de injusticias ambiental y climática en la región (Saad-Diniz, 2026).

Los varios documentos publicados sobre la materia (incluso más recientemente, el asesinato de los activistas Bruno y Dom ha dado aún mayor exposición a los datos sobre la región –Phillips, 2025–) que permiten articular desde la reinstalación de viejos problemas (como la «piratería» y los ataques a los transbordadores, causando graves escaseces de suministro en la región), permiten asegurar que la disputa territorial se da justamente para asegurar el dominio sobre las nuevas oportunidades de comportamientos socialmente dañinos causadas por la intensificación de la conversión floresta-pastizal (Saraiva, 2023). Utilizando estudios de redes sociales y sistematizando el conocimiento existente sobre las acciones de las nuevas redes criminales, asumimos que no será tan difícil identificar la relación de favoritismo mutuo con

milicias y las intensas conexiones con la acomodación de intereses de corporaciones que explotan los recursos locales. Grandes empresas nacionales y multinacionales operan bajo marcos regulatorios que requieren diligencia debida ambiental y, cada vez más, pruebas de que productos como la carne, la soja o la madera no están asociados con la deforestación, incluso debido a recientes Directivas europeas sobre cadenas de suministro «libres de deforestación» (Nieto Martín, 2025).

Sin embargo, fallas en el diseño e implementación de estos mecanismos abren brechas para el fenómeno popularmente conocido en Brasil como «lavado de ganado»: animales criados en áreas deforestadas ilegalmente son transferidos a granjas «limpias», desde donde salen con documentación regularizada, escapando al control formal. En el nivel informal, cadenas de subcontratación, transportistas, intermediarios y operadores locales construyen circuitos opacos que dificultan rastrear el origen real de cada lote de carne, soja o madera, permitiendo que las materias primas asociadas con la devastación circulen en absoluto «cumplimiento». Sin una combinación más inteligente de controles (trazabilidad completa, sanciones efectivas, intercambio inteligente de datos), estos «engranajes» permanecen protegidos por un velo de aparente legalidad.

IV. MÚLTIPLES NIVELES DE VICTIMIZACIÓN EN LA CATÁSTROFE AMAZÓNICA

A su vez, la destrucción de la floresta amazónica genera victimización multiniveles, vulnerando a individuos, comunidades y, en últimas consecuencias, considerando la concentración de los múltiples niveles en el territorio amazónico, a los límites planetarios. Asumiendo por referencial las categorías victimológicas tradicionales, podemos organizar estos impactos en victimización primaria, secundaria y terciaria, cada una agravando el daño de acuerdo con una medición específica (Saad-Diniz, 2019).

1. **Victimización Primaria: daño tangible a las comunidades locales**

La victimización primaria se refiere a los daños directos sufridos por las comunidades que están en la primera línea de la destrucción ambiental. En la Amazonia, los pueblos indígenas, las comunidades quilombolas y las poblaciones ribereñas representan los principales grupos sujetos a estas consecuen-

cias inmediatas y severas. Sin hablar de situaciones extremas, como el genocidio de los pueblos *Yanomami* (Borges, Souza & Saad-Diniz, 2026), Los pueblos indígenas enfrentan la pérdida de sus territorios ancestrales, el desplazamiento forzado y el debilitamiento de sus prácticas culturales, frecuentemente agravados por la violencia de invasores de tierras y actividades ilegales. Las comunidades *quilombolas* sufren con la disrupción de sus modos de vida tradicionales, además de enfrentar la contaminación por mercurio de sus ambientes causada por la minería ilegal. Por último, las poblaciones ribereñas lidian con la reducción de los *stocks* pesqueros, la contaminación de las aguas, el consecuente aumento de la inseguridad alimentaria y la inviabilización de toda la logística de producción y distribución en la región. Estos grupos sufren daño físico, económico y cultural directo debido a la deforestación, la explotación indiscriminada de los recursos naturales y el cambio climático. Estos impactos configuran formas distintas, pero interconectadas, de victimización ambiental, las cuales amenazan no solo la supervivencia física de estas comunidades, sino también su continuidad cultural y ecológica de forma permanente y, en la mayoría de los casos, irreversible.

2. **Victimización Secundaria: negligencia sistémica e institucional**

La victimización secundaria ocurre cuando las instituciones fallan en proteger a las comunidades afectadas o, en algunos casos, agravan los daños ya existentes. Este tipo de victimización resulta no solo de la omisión del Estado, sino también de acciones institucionales que legitiman o perpetúan prácticas injustas, generando «revictimización» o aún PTSD (*post-traumatic stress disorder*), en los supuestos en que la inadecuación de la respuesta institucional hace con que la víctima vuelva a experimentar en el presente la violencia sufrida en el pasado. Estas formas de negligencia y complicidad institucional transforman la desigualdad ambiental en un ciclo persistente de violencia y marginación. En el contexto amazónico, la fragilidad de la aplicación de la ley permite que madereros y mineros ilegales actúen con impunidad, mientras que defensores ambientales y líderes comunitarios enfrentan amenazas y violencia sin acceso a una justicia efectiva. La apropiación de tierras (*grilagem*) por parte de invasores o en complicidad con red empresarial, sin el consentimiento de las comunidades locales o indígenas, representa otra forma de revictimización institucional, pues refuerza la pérdida de autonomía territorial. Además, la alienación de las poblaciones tradicionales de las políticas públicas, especialmente en los programas de regularización territorial y de las finanzas para

finde de adaptación climática, ignora sus conocimientos y prácticas ancestrales, dejándolas aún más vulnerables a los impactos socioambientales y al acúmulo sistemático de injusticias climáticas.

Aquí, la victimización es estructural, arraigada en la desigualdad sistémica y en nefasto legado colonial. Las comunidades locales viven inmersas en un juego de relaciones de poder donde el control social formal a menudo aparece como ausente o hostil/selectivo, y el control informal como insuficiente para alterar estructuralmente las oportunidades de vida legítimas. Las políticas regulatorias a menudo llegan de manera fragmentada, con baja coordinación intersectorial, y la acción punitiva recae desproporcionadamente/selectivamente sobre los eslabones débiles de la cadena (pequeños deforestadores, trabajadores precarios), mientras que los grandes orquestadores económicos permanecen relativamente protegidos. Las instituciones formales (escuelas, agencias de extensión rural, organismos de asistencia técnica, consejos municipales) son frágiles o inexistentes en muchas áreas, limitando su capacidad para ofrecer alternativas de producción agroecológica, acceso a crédito adecuado, infraestructura y servicios públicos más esenciales. Como se verá en adelante, el costo es la pérdida de la próxima generación para el reclutamiento a la red criminal (Calderoni *et al.*, 2022) que explota ilegalmente los recursos locales.

Simultáneamente, el discurso moralista sobre la «Floresta Amazónica como un santuario intocable», aunque importante para hacer visible el valor global del «floresta de pié», difícilmente dialoga con las necesidades inmediatas de quienes dependen de la tierra (es decir, del uso legítimo del territorio) para sobrevivir y no ven canales institucionales para reclamar un modelo de desarrollo alternativo. Ante esta brecha, siguen vigentes las prácticas ancestrales de roza y quema, con la sistemática apertura y más apertura de nuevas áreas. Sin políticas formales que permitan capacitar, incorporar o cualificar el conocimiento tradicional, la gobernanza informal de la tierra termina reforzando la degradación, en lugar de ser canalizada como el puerto seguro para su preservación.

3. **Victimización Terciaria: daño climático e intergeneracional**

La victimización terciaria alcanza a aquellos que sufren los efectos indirectos de la destrucción amazónica, notadamente las comunidades locales, tanto en el presente como en el futuro. Para los pueblos indígenas, los *quilombolas* y las comunidades ribereñas, la Amazonia no es meramente un recurso, sino el fundamento de la identidad cultural, la ancestralidad/espiritualidad y la super-

vivencia. El impacto va mucho más allá de las comunidades tradicionales e indígenas, alcanza a los casi 30 millones de habitantes de la olvidada Amazonia urbana. Las comunidades enfrentan consecuencias profundas e interconectadas derivadas de las sequías e inundaciones intensificadas por la deforestación amazónica, lo que compromete la producción agrícola, el abastecimiento (de agua y de toda logística local), además del estado permanente de inestabilidad socioeconómica.

Con especial énfasis en la Amazonia urbana, la victimización terciaria repercute sensiblemente en la forma de la propensión al reclutamiento a redes criminales: el reclutamiento juvenil por parte del crimen organizado pone en evidencia cómo el debilitamiento del control social formal abre espacio para «normatividades informales violentas», que comienzan a ejercer dominio territorial y control sobre los recursos naturales. La expansión hacia el interior de las facciones hacia el Norte, aprovechando la baja presencia estatal y la alta rentabilidad de los delitos ambientales (¡mucho más sustancial que el narcotráfico!), ocurrió junto a un déficit histórico en políticas públicas de educación, cultura, trabajo y seguridad pública en el área urbana amazónica (con sus aproximadamente 30 millones de personas). En el nivel formal, las instituciones de justicia penal, las fuerzas policiales y las políticas de prevención no han sido estructuradas para confrontar el vínculo entre el crimen organizado y los delitos ambientales. En el nivel informal, estas redes construyen su propio orden social: ofrecen ingresos, pertenencia y protección a jóvenes que viven en contextos de extrema vulnerabilidad, a costa de naturalizar la violencia, silenciar a los líderes ambientales y normalizar la deforestación como «la única alternativa posible» para su supervivencia. Así, las prácticas informales de solidaridad comunitaria, que podrían apoyar formas de control social contra la deforestación, son erosionadas por una economía política de la ilegalidad que redefine los códigos de lealtad y abuso territorial.

A su vez, la victimización terciaria en la Amazonia, por fuerza de su concentración en un territorio-límite para el equilibrio climático, extiende los límites cognitivos del conflicto victimal a las dimensiones de «victimización planetaria». Los efectos de la degradación ambiental traspasan fronteras y generan riesgos compartidos por toda la civilización: las generaciones futuras también figuran entre las principales víctimas, una vez que la pérdida de biodiversidad y el aumento de las emisiones de carbono acentúan la inestabilidad climática de largo plazo. Es decir, los efectos terciarios terminan por alcanzar a toda la humanidad, experimentando los impactos ampliados de estas transformaciones de las condiciones de habitabilidad planetaria: eventos climáticos extremos más frecuentes, crisis de salud pública y disputas por recursos natu-

rales se vuelven cada vez más comunes a escala planetaria, llevando a la disrupción de la habitabilidad.

Estos tres niveles de victimización, sin embargo, no son estáticos. Al revés, revelan una compleja situación de hipervictimización, donde la concentración de daños en determinado territorio produce el daño climático y genera una nueva dimensión cognitiva del conflicto victimal. En este escenario de deforestación, el propio concepto de sostenibilidad aparece desactualizado dada la velocidad y profundidad de las transformaciones en curso, requiriendo una reorientación tanto de los instrumentos formales como de las prácticas informales de control social. En el nivel formal, la retórica del desarrollo sostenible ha sido absorbida por mecanismos de compensación y neutralidad de carbono que a menudo permiten la continuidad de la deforestación en un territorio dado mientras haya «compensaciones» en otro lugar, sin abordar la raíz de las desigualdades y violencias en el Amazonas. La predominancia (¡aterradora!) discursiva de la adaptación climática –como se enfatizó en intervenciones recientes en el contexto de la COP30 por actores influyentes en el debate tecnológico y financiero– desplaza el foco de prevenir el daño estructural a gestionar sus consecuencias, arriesgando la naturalización de la idea de que ciertas regiones, especialmente las tropicales, serán inevitablemente convertidas en zonas de alto riesgo o incluso inhabitables. Estudios sobre estrés térmico y límites fisiológicos humanos indican que, en escenarios de alto calentamiento, toda la Zona Ecuatorial podría enfrentar episodios recurrentes de calor y humedad cerca del umbral de supervivencia, lo que amenaza la habitabilidad de ciudades y áreas rurales a lo largo de grandes franjas tropicales.

V. A TÍTULO DE COLOFÓN

Como si no fuera ya demasiado crónico el estado de la catástrofe, además de la violencia y la impunidad en la escalada de la deforestación al nivel cognitivo de daño climático, persiste una profunda desigualdad en la distribución de los recursos destinados a la adaptación climática (los programas oficiales frecuentemente excluye el conocimiento tradicional, imponiendo soluciones centralizadas que ignoran la diversidad socioecológica local y reproducen dinámicas coloniales de toma de decisiones). El colapso ambiental amazónico revela no solo la catástrofe ecológica, sino también pone en jaque la propia noción de justicia ambiental y climática, en la que los beneficios y costos de la degradación son distribuidos de manera profundamente desigual. O, como preferible en el campo victimológico, las víctimas son sometidas a una «doble victimización»:

primero, por el daño ambiental, y, luego, por las dimensiones cognitivas de daño climático profundizadas pela negligencia regulatoria e institucional.

Según se propone, la victimología de la Amazonia refleja una estructura que sostiene un ciclo vicioso en el cual la degradación ecológica, la pobreza, la desigualdad y las poderosas redes criminales se alimentan mutuamente, como parte indispensable de la comprensión de las múltiples violaciones al «derecho a la naturaleza». El engranaje de la victimización sigue la lógica siguiente: en la medida en que avanza la deforestación y los daños a ella conexos, las comunidades pierden acceso a agua limpia (¡quizás el mayor escándalo sociohidrológico del Planeta!), pesca, caza y servicios ecosistémicos, lo que intensifica la desorganización estructural y expande el terreno para mayor reclutamiento por economías ilegales.

Cada hectárea deforestada alimenta eventos extremos que, a su vez, generan nuevas capas de vulnerabilidad y pérdidas en múltiples regiones, incluso fuera de la Amazonia. Ya no tenemos aquí meramente la «criminalidad acumulativa» (*Kumulationsdelikte*) o la simple escala de los daños ambientales, sino más bien una escalada que conduce a un desequilibrio en todos los ecosistemas esencialmente interconectados. En una palabra, es el daño ambiental concentrado en el territorio amazónico que se transforma cognitivamente en daño climático, transformando las dinámicas climáticas al mismo tiempo en que reverbera sus efectos a un preocupante nivel planetario. Peor aún, este daño cognitivo más profundo (el daño climático) profundiza las múltiples victimizaciones causadas por el ciclo vicioso de las injusticias ambientales, justificando aquí la categoría victimológica de «hipervictimización» (Saad-Diniz & G. Gianecchini, 2026).

Muy lamentablemente, la catástrofe amazónica es un espejo del futuro planetario. Si no logramos darle utilidad a esta victimización en múltiples niveles para nuestro sistema de justicia, todos somos cómplices al final de la catástrofe que se desarrolla: identificar quién sufre, quién repara y quién se beneficia es un paso esencial para desmontar las estructuras que perpetúan la violencia ambiental. La victimología de la Amazonia, por tanto, no busca solo documentar el daño, sino reconstruir las condiciones para repensar el control social de la deforestación en tiempos de catástrofe planetaria. En este sentido, más que un campo nuevo, este ensayo victimológico sobre la Amazonia es una invitación a que toda la comunidad científica pueda reconfigurar los fundamentos éticos de la coexistencia en el Planeta.

153. LA ATENCIÓN INTEGRAL A NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL, EN EL CONTEXTO DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/2025

RAFAEL SAINZ DE ROZAS BEDIALAUNETA ¹

Profesor de Derecho Penal

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (EHU)

I. LA CENTRALIDAD DE LA VÍCTIMA COMO CAMBIO DE PARADIGMA

La mejora del servicio que nuestra Administración de Justicia presta a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual (VSIA)², así como a sus familias, pasa necesariamente por el carácter integral y especializado de la atención que se les ha de ofrecer. Durante la última década, la normativa estatal y autonómica sobre violencia contra la infancia –junto con las estrategias y planes institucionales adoptados al respecto– ha venido insistiendo en esta necesidad, vinculada con dos retos: el logro de una Justicia adaptada a la infancia

¹ La presente aportación se basa en la contribución del autor, en calidad de experto independiente del Consejo de Europa, al Plan de Acción para el impulso del modelo Barnahus en España y sus Comunidades Autónomas. Adoptado por el Ministerio de Juventud e Infancia en octubre de 2024, el Plan fue elaborado y financiado en el marco del proyecto conjunto del Consejo y de la Unión Europea VC 3272, *Strengthening child-friendly justice through effective co-operation and coordination among different Barnahus-type services in the regions of Spain*. En la actualidad se encuentra en su Fase 2 (noviembre 2024-abril 2027).

² Violencia sexual contra la Infancia y Adolescencia, entendida en referencia al artículo 3.1 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, sobre garantía integral de la libertad sexual, así como a las definiciones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido como Convenio de Lanzarote.

y la coordinación efectiva entre todas las Administraciones Públicas implicadas en esa atención³.

En este contexto se reclama un cambio de paradigma, que sitúe a la víctima en el centro de la intervención. Para ello se propugna que niños, niñas y adolescentes no tengan que reiterar sus testimonios ante múltiples profesionales de diferentes servicios, sino que sean atendidos en un único espacio, seguro, amigable y adaptado a sus necesidades, en el que se coordinen todos los actores intervinientes: policía, protección a la infancia, salud y Justicia. Esta concepción se ve materializada en el modelo *Barnahus*, un sistema de atención cuyo enfoque integral de prevención, detección y apoyo gira en torno a un espacio que niños y niñas sienten como propio, en torno al cual se coordinan todos los servicios implicados en proporcionarles la ayuda que puedan necesitar. Una coordinación que, en todo caso, debe tener en cuenta la garantías procesales que rigen en el sistema público de Justicia, así como el carácter proporcionado, rehabilitador y suficientemente disuasorio que han de tener las penas y medidas que eventualmente imponga.

II. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y GARANTÍAS PROCESALES

Las garantías a las que nos referimos incluyen las dirigidas a proteger el derecho de defensa, de manera que cualquier persona pueda someter a contradicción la prueba en su contra ante la autoridad judicial que ha de decidir sobre su culpabilidad. En los delitos de VSIA, esta prueba suele incluir la declaración del propio menor, lo que implica que la defensa tiene derecho a cuestionar la coherencia interna de dicho testimonio y su consistencia con el resto de evidencias que se hayan podido acreditar.

Este derecho aparece asociado tradicionalmente a la exigencia de que la práctica de la prueba se ajuste a los principios de unidad de acto e inmediación, tanto en sentido amplio –las pruebas deben practicarse a presencia judicial– como estricto– la autoridad judicial que haya presidido la práctica de la prueba deberá ser la que dicte la sentencia o deba deliberar y votar, si se trata de un órgano colegiado. Ante el riesgo de victimización secundaria que ello conlleva, será esa misma autoridad la que deba valorar si procede reproducir en el

³ A ambos aspectos se refiere la Estrategia estatal para la erradicación de la violencia sobre la infancia y adolescencia, aprobada en noviembre de 2022. Y en la misma línea, la Estrategia Vasca contra la violencia hacia la infancia y la adolescencia, adoptada para el periodo 2022-2025 https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/violencia_infancia/es_def/adjuntos/ESTRATEGIAVASCA_VIOLENCIAINFANTIL_baja_es.pdf

juicio oral, como prueba testifical preconstituida, la declaración prestada en fase de instrucción. Esta decisión implica ponderar el interés superior del menor –evitarle un estrés innecesario y una posible revictimización– y el derecho de defensa del acusado a oír y contradecir los testimonios en su contra.

La jurisprudencia ha desarrollado criterios para resolver esta tensión en un marco normativo cuya evolución, como veremos a continuación, es más tardía.

1. La víctima como sujeto de derechos

Aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una de las más vetustas de nuestro ordenamiento, el marco normativo que establece en materia de victimización secundaria, así como de preconstitución de la prueba, resulta mucho más reciente. Refleja su adaptación, a lo largo de la última década, al papel que la víctima está llamada a desempeñar en el proceso penal cuando deja de ser contemplada únicamente como fuente de prueba, para pasar a ser sujeto de derechos procesales y objeto de protección:

– La Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito (EV), vino a recoger la exigencia de evitar la victimización secundaria en la Administración de Justicia, en línea con los derechos consagrados en los arts. 2, 11, 13 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴.

El EV es referencia ineludible, asimismo, en relación con el papel de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD) en la prestación de los servicios integrados en el Barnahus. Así se desprende de sus arts. 10 (derechos de las víctimas), 27 (organización) y 28 (funciones), además de las tareas de coordinación que les atribuye la Ley Orgánica 8/2021 en su art. 9.4⁵.

– El régimen de excepcionalidad de la prueba preconstituida resultó alterado a raíz de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI). Con referencia

⁴ Así se desprende en particular de sus arts. 19, 21, 25 y 26. Advertían también al respecto diversas normas autonómicas sobre atención y protección a la infancia y adolescencia, si bien la mayoría de ellas vinculaban todavía el riesgo de victimización secundaria únicamente con la eventual falta de coordinación de servicios administrativos. El art. 17 de la Ley vasca 3/2005, en cambio, así como el art. 87 de la catalana 14/2010, contenían ya previsiones específicas referidas también a los procedimientos judiciales.

⁵ Todo ello queda reflejado, así mismo, en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el Estatuto de la víctima del delito y se regulan las OAVD (en especial las funciones de información, coordinación, acompañamiento, asistencia y evaluación que les atribuyen sus arts. 3, 8, 14, 15, 19, 22, 25 y 3).

expresa a la necesidad de salvaguardar en todo caso el principio de contradicción y las garantías propias de la prueba en el juicio oral, introduce en la LECrim dos nuevos artículos para regularla.

- Su art. 449 bis, en línea con lo dispuesto en el art. 707 en materia de protección del testigo menor de edad, contempla la posibilidad de acordarla y dispone su grabación en soporte audiovisual.

- El art. 449 ter establece que, cuando el testigo sea menor de 14 años, la autoridad judicial acordará practicarla «en todo caso», y que para ello podrá contar con el apoyo de equipos psicosociales⁶.

- La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, incide en la misma línea para introducir en la LECrim nuevas medidas cautelares de protección, además de diversas modificaciones en el Estatuto de la Víctima. Destaca el refuerzo que supone a la preconstitución probatoria en el caso de menores de edad, al establecer en su art. 26 que las declaraciones deberán grabarse y podrán reproducirse en juicio, así como que podrán recibirse por personas expertas.

- El nuevo Pacto de Estado contra la Violencia de Género 2025 incorpora expresamente la necesidad de impulsar el modelo Barnahus⁷, tanto por lo que se refiere a los Centros de Crisis 24 horas (medida 260), como a la colaboración con las Comunidades Autónomas de cara a su implantación (medida 317).

- En Euskadi, la Estrategia Vasca contra la Violencia hacia la Infancia y la Adolescencia 2022-2025 identifica la victimización secundaria como una forma de violencia institucional, integrando su prevención como enfoque transversal⁸. En este marco, la Ley vasca 2/2024 de Infancia y Adolescencia incorpora la garantía de la prueba preconstituida (art. 154)⁹, la formación especializada de todos los actores (art. 312) y la necesidad de contar con un servicio de atención integral y especializada a personas menores víctimas de violencia sexual, regulándolo en la línea del modelo Barnahus (Disposición Adicional primera)¹⁰.

⁶ La ley procesal regula su reproducción en el juicio y los supuestos en los que el juez, a la vista de las circunstancias, puede decidir que el menor deba declarar ante el tribunal sentenciador, aunque se haya practicado la prueba preconstituida –art. 703 de la LECrim.

⁷ <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pacto-de-estado-contr-la-violencia-de-genero/>

⁸ Gobierno Vasco, Estrategia Vasca... (ref. nota 4), p. 83, Objetivo estratégico del Eje 3.º

⁹ Hay que entender que esta garantía no se refiere tanto a la de que dicha medida sea adoptada, lo que es facultad en cada caso de la autoridad judicial, como a la necesidad de proveer a esta de los medios y recursos especializados para llevarla a cabo con las debidas garantías.

¹⁰ La entrada en servicio de la primera Barnahus de Euskadi, situada en Vitoria-Gasteiz, está prevista para febrero de 2026.

2. Aspectos jurisprudenciales

La preocupación por la protección del menor víctima se ha reflejado desde fechas tempranas en los pronunciamientos de nuestros juzgados y tribunales, que han venido perfilando el canon de validez probatoria de la declaración tomada al menor en fase de investigación:

– Ya desde su sentencia 96/2009, de 10 de marzo, el Tribunal Supremo venía aceptando la validez como prueba preconstituida de la declaración prestada por el menor en fase de instrucción, siempre que se hubieran respetado las garantías de contradicción. A falta de una previsión más específica en la normativa procesal, eran dos las referencias fundamentales para ello:

- La jurisprudencia del TEDH, a partir de los requisitos que estableció en su sentencia de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56.

- La normativa europea a partir de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, reforzada posteriormente por la Directiva 2012/29/UE, del P. Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012¹¹. También fueron referenciales la Convención de Lanzarote y las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños de 17 de noviembre de 2010.

– La cuestión encontró acogida en la doctrina del Tribunal Constitucional, que a partir de resoluciones como la STC de 28 de febrero de 2013 y la STS 220/2013, de 21 de marzo, identificó a estos efectos cuatro órdenes de presupuestos y requisitos:

- a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral¹².
- b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción.
- c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción¹³.

¹¹ Destinada a ser transpuesta en nuestro EV de 2015, su art 24.1 a) señalaba, específicamente en relación a las víctimas menores de edad, la conveniencia de que *«en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales»*.

¹² En este sentido, la STS n.º 71/2015, de 4 de febrero, apelaba a la línea jurisprudencial iniciada con la citada STS 96/2009.

¹³ La STS 415/2017, de 8 de junio, se refiere específicamente al modo en que ha de practicarse la declaración e interrogatorio del testigo para satisfacer esta exigencia.

d) Formales: la introducción en el acto del juicio del contenido de la declaración sumarial a través del soporte que la haya documentado (art. 730 LECrim), o a través de los interrogatorios.

– La aprobación en 2015 del Estatuto de la Víctima, si bien vino a modificar la LECrim al respecto, no significó un cambio de criterio en esta evolución jurisprudencial, cuyo canon fue condensado en la STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019 (ponente Vicente Magro)¹⁴.

– La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, sí representó un punto de inflexión de cara a posibilitar que la ausencia física del menor víctima de un delito fuera reemplazada por su presencia virtual, mediante la reproducción del soporte digitalizado en el que se contiene su testimonio prestado durante la fase de investigación.

Así lo refleja la jurisprudencia dictada a partir de su entrada en vigor, de la que traemos a colación dos resoluciones que resultan ilustrativas, a nuestro juicio, de los más recientes criterios jurisdiccionales en torno a la preconstitución de la prueba, así como de la relevancia que a tales efectos adquiere el apoyo de los equipos psicosociales y de atención a la víctima.

STS 886/2022, de 10 de noviembre (Ponente Vicente Magro)

El acusado recurre en casación denunciando, entre otras cuestiones, la denegación por parte del Tribunal de la práctica de la prueba testifical tal y como su defensa había propuesto, es decir, con presencia en el juicio oral de la menor, y no como fue admitida, mediante la reproducción y visionado de la exploración de la niña, realizada como prueba preconstituida.

El FJ 2.º de la Sentencia se pronuncia al respecto señalando que este tema ha sido ya superado en virtud de la Ley 8/2021, para añadir a continuación:

... la clave es que en casos de menores de edad el tribunal podrá razonar que es válida la prueba preconstituida de la declaración del menor y en estos términos reproducirla en el plenario, para evitar que los menores de edad tengan que repetir lo expuesto en sede sumarial en prueba preconstituida perfectamente válida con arreglo a derecho mediante su «elevación al plenario»...

Resulta significativo el contraste en este punto entre la sentencia que comentamos y la anterior. Pareciera que dicen lo mismo, en la medida en que ambas inciden en la necesidad de que exista una base objetiva que determine el riesgo para el menor. Al hacerlo, sin embargo, aquella lo razonaba señalando que no existe un

¹⁴ En ella se sigue considerando, en todo caso, que la preconstitución probatoria representa una excepción frente a la regla general de exigir la presencia del menor en la vista oral, cuyo fundamento, además, habrá de ser acreditado en cada caso mediante un informe psicológico que determine el riesgo de revictimización.

derecho consustancial al hecho de ser menor que limite el derecho de la defensa. En la que ahora glosamos, en cambio, el mismo ponente señala al respecto:

Por ello, no se trata de que la parte tenga un derecho a instar que, pese a que exista prueba preconstituida, puede exigir que el menor declare de forma presencial en el plenario. Esto no existía antes de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, y mucho menos después de esta norma que categoriza perfectamente que los menores declaren como prueba preconstituida en casos como el que aquí nos ocupa, y no se adivina a entender cuál es el régimen excepcional que propugna el recurrente en virtud del cual era exigible que la menor declarara otra vez en el plenario.

No estamos ante una mera cuestión de énfasis, ni resulta relevante a estos efectos que en el caso anterior el recurso prosperara, mientras que en este fuera desestimado. El TS está dando a entender que, a partir de la entrada en vigor de la LO 8/2021, ha cambiado el régimen de excepcionalidad en esta materia para los menores de 14 años¹⁵.

STS de 6-7-2023 (ponente Manuel Marchena)

En esta resolución, y a pesar de apelar a la consolidada jurisprudencia regocida en la anterior, el TS matiza sin embargo el criterio en ella expuesto:

Da la impresión de que la declaración del menor en el plenario se convierte en un efecto indeseable por el legislador. Qué duda cabe que la intervención del menor en el acto del juicio oral, respondiendo a preguntas cruzadas de acusación y defensa, puede acarrear importantes inconveniencias que han de ser evitadas. Pero esa evitabilidad no debería convertirse en una regla general que aparte al órgano decisorio, siempre y en todo caso, de la privilegiada y enriquecedora fuente que ofrece el principio de inmediación.

.../...

Pero ese esfuerzo ponderativo no debería unificar en el mismo tratamiento todos los tramos de edad que preceden a los 14 años. Tampoco puede convertir la excepción –la virtualidad probatoria de lo declarado en fase sumarial– en regla general, frente al significado de la prueba practicada en el plenario. La decisión de declarar la pertinencia del testimonio de un menor en el acto del juicio oral no ha de quedar condicionada, pese a lo que parece sugerir el nuevo precepto, a la petición de parte. Serán las circunstancias del caso las que aconsejen una u otra decisión que, sin perder nunca de vista la indispensable e irrenunciable protección del menor, deberá alzaprimar los principios estructurales del proceso frente a las exigencias formales. (resaltado nuestro)

Partiendo de este razonamiento, y de una interpretación sistemática del art. 449 ter LECrim en relación con el art. 703 bis del mismo cuerpo legal, señala el TS que el mandato que de ellos se desprende no impide la declaración del

¹⁵ Así lo había afirmado expresamente dos días antes, de hecho, en el FJ 1.º de su Sentencia n.º 881/2022, de 08/11/2022 (ponente Andrés Martínez Arrieta).

menor de 14 años siempre y en todo supuesto, sosteniendo la necesidad de modulación judicial caso por caso, con argumentos que deberán ser tenidos en cuenta, en todo caso, de cara a la implantación del modelo Barnahus.

III. EL MARCO NORMATIVO DE LA IMPLANTACIÓN

1. En materia organizativa

En esta materia, los cambios que introduce la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, resultan relevantes en un doble sentido: por una parte, por lo que se refiere a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia de los Tribunales de Instancia, cuya creación ha sido prevista en principio únicamente para los de Madrid, Barcelona y Málaga¹⁶; por otra parte, a la formación del personal que las integre¹⁷.

Ambos aspectos, esenciales en aras precisamente de llevar a cabo el juicio de ponderación al que nos referimos, enlazan con lo que al respecto ya disponía la LOPIVI¹⁸, así como la Observación General sobre España del Comité de los Derechos del Niño n.º 13. En ambas se apunta a la necesidad de contar con órganos judiciales y operadores debidamente formados, capaces de valorar de forma adecuada los testimonios de los menores y el impacto que su exposición al proceso penal puede generar.

2. Modificaciones procesales y en materia de actuaciones telemáticas

La LO 1/2025 incorpora así mismo la Disposición adicional octava a la LECrim, que declara de tramitación preferente todos los procesos penales en los que la víctima sea menor de edad. Este refuerzo de la celeridad resulta esencial en casos de VSIA, donde la proximidad temporal entre los hechos y la declaración del menor influye en la calidad del testimonio y en la fiabilidad de la prueba.

Junto a ello deben considerarse las reformas derivadas del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, en vigor desde el 21 de marzo de 2024, que

¹⁶ RD 422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal

¹⁷ Desde 2022, el modelo Barnahus ha sido incorporado al programa de formación inicial de la Escuela del Poder Judicial. Y por Orden PJC/1446/2024, de 10 de diciembre, el conocimiento del modelo Barnahus fue incluido en el temario del programa selectivo para acceder a plazas de los IMLCF (tema 18 del ejercicio de Patología Forense)

¹⁸ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, Disposición final vigésima.

afectan directamente a la implantación del modelo Barnahus. Estas modificaciones se articulan en dos planos:

- Determinación de «lugares seguros» para actuaciones telemáticas, entre los cuales se incluyen los centros Barnahus, permitiendo la práctica de diligencias en entornos adaptados a menores (art. 62).
- Ajustes procesales para posibilitar declaraciones telemáticas, en coherencia con el art. 707 LECrim.

IV. CONCLUSIONES¹⁹

La preocupación por evitar la victimización secundaria del menor víctima de violencia sexual ha sido constante en la práctica forense española desde hace más de quince años. Su implantación efectiva deberá afrontar, no obstante, determinadas fricciones en el ecosistema que rodea al servicio público de Justicia. Algunas derivan de inercias profesionales y organizativas, otras de la percepción de que el modelo tiene una orientación principalmente asistencial y podría interferir en la lógica penal. A ello se suman las incertidumbres propias de un contexto de escasez de medios y de transformaciones organizativas en curso.

1. Retos que plantea en la Administración de Justicia la implantación del modelo Barnahus

- Posible percepción de invasión de funciones judiciales o fiscales

El modelo Barnahus trata de ofrecer una atención integral ante toda sospecha de abuso que pudiera tener la familia, los servicios educativos, sanitarios o de bienestar social a raíz del comportamiento del menor, de sus manifes-

¹⁹ Su formulación, así como las propuestas estratégicas que de ellas se desprenden, son deudoras del diálogo con representantes de la Judicatura y el Ministerio Fiscal cuya experiencia resulta referencial en esta materia, y a quienes queremos agradecer sinceramente su colaboración: D. Tomás Martín, Juez Instrucción n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria (intercambio escrito 15/11/2023); D.ª María José Osuna, Fiscal Jefa de Tarragona (entrevista 5/12/2023); D. Añer Uriarte, Juez Decano de Bilbao (entrevista 7/12/2023); D. Iñaki Subijana, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (entrevista 19/12/2023); D. Joan Perarnau, Presidente de la Audiencia provincial de Tarragona (entrevista 12/01/2024); D.ª Mar Cabrejas, D. Juan Manuel Fernández y D. Jorge Jiménez, vocales del CGPJ y Director de la Escuela Judicial respectivamente (entrevista 12/01/2024); D.ª Ana M.ª Linares, Teniente Fiscal de Almería (entrevista 18/01/24); D.ª María Félix Tena, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (entrevista 19/01/2024); D.ª Rosa M.ª Henar Hernando, Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala de Menores (22/01/24).

taciones o los síntomas que presente. Esa atención podrá o no dar lugar a la apertura de un procedimiento judicial, dependiendo de la entidad de los indicios existentes. Para valorar esta entidad, e identificar qué apoyos pueden ser más adecuados, el modelo prevé una entrevista exploratoria inicial, a cargo de personal especializado en VSIA, que es previa a la intervención judicial y no debe confundirse con la prueba preconstituida.

La confusión entre ambas actuaciones puede generar reservas entre algunos operadores jurídicos:

a) Por considerar que con ella se estaría hurtando a la Judicatura, así como al Ministerio Público, funciones que les atribuye la ley a la hora de valorar la posible existencia de indicios de la comisión de un delito.

b) Por entender que pudiera contaminar la posterior declaración que constituya la prueba preconstituida, o atentar contra el principio de contradicción.

– Intervenciones policiales o judiciales inmediatas

Recibida la *notitia criminis*, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a las que se haya comunicado, o bien el propio Juzgado de Guardia, podrían tender en ocasiones a intervenir con el menor de forma inmediata, tomándole declaración a efectos de adoptar las medidas necesarias para investigar los hechos, lo que colisiona con el esquema del Barnahus.

– Integración con recursos existentes

La implantación del modelo puede suscitar incertidumbre sobre cómo se articulará con recursos ya existentes, como puedan ser las salas Gesell, juzgados especializados²⁰ o las propias OAVD.

– Incertidumbre sobre la dotación de medios humanos y materiales

Especialmente respecto a la dotación de las nuevas Secciones especializadas y la posibilidad de extenderlas más allá de las tres inicialmente previstas.

²⁰ Resulta paradigmática en este sentido la experiencia del Juzgado de Instrucción 3 de Las Palmas de Gran Canaria https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Noticias/2022/guia_y_anexo_.pdf

2. Líneas de acción que se proponen al respecto

Estas prevenciones resultan normales en el momento de cambio en que se encuentra la Administración de Justicia, como consecuencia de la entrada en vigor de las medidas aprobadas para mejorar su eficiencia tanto en materia organizativa y procesal como digital, las cuales que incidirán sin duda en la viabilidad del modelo. A nuestro juicio, su superación dependerá de los siguientes factores:

- El modelo estaría renunciando a una parte sustancial de su potencial si su alcance, en la práctica, se limitara a la coordinación de los recursos educativos, sanitarios, de servicios sociales y seguridad; es preciso además que garantice su coherencia con los principios que rigen la intervención penal y que, al integrarlos, cumpla una función que resulta esencial para que el sistema funcione como un todo: proporcionar a la Administración de Justicia elementos de valoración que le permitan aprehender en toda su complejidad los hechos y su contexto.

- Es preciso que la Judicatura participe activamente en los grupos de trabajo interdisciplinarios que se constituyan para definir los términos de esa coordinación en cada partido judicial, tanto a través de los decanatos de los Juzgados y las Salas de Gobierno de sus respectivos TSJs, como por medio de la reflexión que al respecto pueda promover y las guías orientativas que pueda elaborar el Consejo General del Poder Judicial²¹.

Lo mismo cabe decir de la Fiscalía, habida cuenta del papel fundamental que está llamada a desempeñar a través de sus Secciones de Protección y Tutela de Víctimas.

- Recibidos los indicios de un posible delito de VSIA, el modelo Barnahus debe propiciar su investigación sin necesidad de empezar por tomar declaración a su presunta víctima. Con independencia de otras diligencias que se lleven a cabo a tales efectos, incluyendo la declaración de la persona investigada, la del menor ha de ser ordenada por la autoridad judicial, a presencia de esta y en las condiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 26 del Estatuto de la Víctima. Y no es posible olvidar que la forma en que se practique –sea preconstituida o presencial– tendrá efectos profundos no solo sobre la validez de la prueba en el proceso penal, sino también sobre el

²¹ En este sentido, la Comisión Permanente del CGPJ adoptó en su sesión del 15 de febrero de 2024 el Acuerdo de crear un grupo de trabajo para el estudio del desarrollo del modelo Barnahus en los juzgados y tribunales. Constituido el 25 de junio de 2024, es de esperar que la entrada en vigor de los Tribunales de Instancia a partir del 1 de enero de 2026 suponga un impulso para sus trabajos.

itinerario de apoyo que la víctima recibirá tras la sentencia. La coordinación entre los servicios implicados es fundamental para asegurar que la intervención judicial no constituya un episodio aislado, sino que se inserte en un proceso más amplio de acompañamiento y reparación que suponga una mejora efectiva:

a) Para la víctima, que de esa forma podrá recibir cuanto antes el apoyo psicosocial que pueda necesitar, sin temor a que ello pueda contaminar su testimonio y en línea con el apoyo que deba seguir recibiendo una vez concluya el procedimiento judicial.

b) Para el mismo proceso, en la medida en que la prueba que el tribunal tiene en cuenta no solo resulte más difícilmente impugnabile, sino que al practicarse en un momento más cercano a los hechos, favorezca la fidelidad del relato que proporciona sobre ellos.

A ambos aspectos se refiere, de hecho, el primer estudio sobre el impacto del modelo Barnahus en Cataluña (14 centros abiertos en diciembre de 2025). Presenta cifras tan esperanzadoras como la reducción en un 20% de los índices de sobreseimiento, así como del 40% en los periodos que transcurren entre la incoación y la sentencia, junto a un incremento del 20% en las tasas de condena ²².

– La viabilidad del modelo dependerá también de las condiciones en las que tenga lugar su implantación, tanto por lo que se refiere a los aspectos organizativos como a los recursos humanos y materiales de los que disponga:

a) Si bien la creación de Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en Madrid, Barcelona y Málaga constituye un paso en la dirección correcta, su deseable extensión a otros Tribunales de Instancia no solo debería atender a criterios de carga de trabajo, sino a que su especialización es igualmente necesaria en el resto del territorio.

b) Para que dicha especialización no solo beneficie a las víctimas de las capitales, debería ser objeto de reflexión la posibilidad de que su jurisdicción fuese provincial.

²² Torres-Rosell, Núria et.al (2024), *Avaluació de l'impacte del Model Barnahus en la prevenció de la victimització secundària en infants i adolescents víctimes de violència sexual. Resultats de l'aplicació de la metodologia a la Barnahus de Tarragona*, Universitat Rovira i Virgili.

c) Será determinante contar con una suficiente dotación de medios, incluyendo la evaluación externa de la calidad de los dictámenes e informes aportados por los recursos y servicios coordinados en el modelo.

No cabe duda de que la entrada en vigor de la LO 1/2025 constituye una oportunidad decisiva para consolidar un modelo de atención integral a las víctimas menores de edad, cuyo propósito trasciende la mera agilización de procedimientos o la reducción de la victimización secundaria: busca que la integración entre servicios sea real, que las decisiones judiciales se adopten con apoyo técnico suficiente y que el sistema sea capaz de articular de forma coherente los avances normativos, organizativos y tecnológicos al servicio del paradigma que coloca a la víctima en su centro. Y su éxito, en definitiva, vendrá marcado por la capacidad del sistema de Justicia para ofrecer a niños y niñas, más allá de la responsabilidad penal que en su caso se determine, una respuesta más eficaz, humana y respetuosa con sus derechos como víctimas.

154. DEFINICIONES Y FIRMEZA FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. UNA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA DEL APRENDIZAJE SOCIAL

ALFONSO SERRANO MAÍLLO
UNED

I. ALGUNAS TEMÁTICAS CRIMINOLÓGICAS EN LA OBRA DEL PROFESOR DE LA CUESTA

Conocí al profesor De la Cuesta en un Congreso científico en Brasil en 1995 y siempre he estado atento a sus importantes contribuciones criminológicas, que conforman de sus principales líneas de investigación. Aparte de sus trabajos sobre Victimología¹, el profesor De la Cuesta ha estudiado en profundidad la violencia contra la mujer. Por ejemplo, en una publicación junto a Mayordomo Rodrigo sobre acoso, advierte que algunas de sus manifestaciones «resultan cada vez menos extrañas en la vida cotidiana y suponen cuando menos una intrusión ilegítima en la esfera personal»², al tiempo que plantea una serie de propuestas de Política criminal para combatirlo que van de las penales a las civiles³. Esta última es la cuestión de la firmeza frente al

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 28, 2014, pp. 217-230; De la Cuesta Arzamendi, J. L.: «Convivencia pacífica en Euskadi: Perspectiva victimológica y de justicia restaurativa en Educación social», *Revista de intervención socioeducativa*, 67. *Educación social y justicia restaurativa*, 2017, pp. 31-45.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./MAYORDOMO RODRIGO, V.: «Acoso y Derecho Penal», *Revista penal México*, 6, 2014, p. 62.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO: «Acoso y Derecho Penal», pp. 76-80.

delito, que también entronca con otras investigaciones del profesor De la Cuesta, como las referidas a la justicia restaurativa⁴.

Como es sabido, Sutherland incluyó en el ámbito de estudio de la Criminología, junto a los *procesos de infracción de las leyes*, los *procesos de reacción a la infracción de las leyes*. Se trata de dos funciones. Cuando este autor mencionaba los procesos de reacción a la infracción de las leyes estaba pensando sobre todo en el *control del delito*, o lo que él denominaba Penología⁵. En la actualidad, aparte de resaltar la prevención frente al control, se prioriza que el delito puede provocar reacciones diferenciales al nivel, verbigracia, de los Estados, las comunidades, el Sistema de Administración de Justicia, los individuos, etc. Por ejemplo, para una determinada tasa de criminalidad, un Estado puede recurrir a la privación de libertad con mayor o menor frecuencia e intensidad; y para un delito y un delincuente concretos, un individuo puede preferir una sanción más o menos dura. La firmeza, por lo tanto, cuenta con varios niveles de análisis y es un fenómeno variable. La firmeza conforma una parte nuclear de los procesos de reacción a la infracción de las normas –e interesa su medida, explicación, atemperamiento.

Debe aclararse que, en lugar de nuestra propuesta terminológica, la literatura suele utilizar los términos punitividad o punitivismo, pero los mismos en realidad no son admisibles en ciencia por su alta carga moral –ser punitivo es *malo*–; y porque, al carecer de contraparte⁶, sugieren que la alternativa es la normalidad y que el punitivo es el nuevo desviado. La firmeza ha comenzado a ocupar un lugar fundamental en Criminología, aunque está lejos de haber alcanzado en atención o sofisticación teórica y metodológica a su hermano *procesos de infracción de las leyes*, como algunos autores anunciaron hace algunos lustros. Buena parte de este protagonismo se debe a la constatación de aumentos en la firmeza de la mayoría de países occidentales, aunque con grandes diferencias. La firmeza a nivel individual puede definirse como *una actitud relativa al castigo que se juzga correcto y se desea que se imponga a un individuo abstracto que ha realizado un acto delictivo cualquiera*.

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L./GERMÁN MANCEBO, I.: «Otra forma de abordar los conflictos penales: la inaplazable regulación del modelo de justicia restaurativa en España», en *Yearbook of Legal Sciences and Human Rights: Tribute to Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto*, 1, 1, 2024, pp. 348-366.

⁵ SUTHERLAND, E.H.: *Principles of Criminology*, 4.ª ed., J.B. Lippincott, Chicago, Ill. [etc.], 1947, pp. 1-3.

⁶ El llamado *antipunitivismo* o *no punitivismo* es una crítica a *este* Sistema de Administración de Justicia –ciertamente imperfecto en cuanto que real, en comparación con sistemas de laboratorio– y no implica menos firmeza –aunque pueda sustituirse *castigo* por otro nombre más atractivo.

II. LA EXPLICACIÓN DE LA FIRMEZA A NIVEL INDIVIDUAL: LA APLICACIÓN DE TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS

1. La extensión de la teoría del aprendizaje social

El estudio de la firmeza, sobre todo a nivel individual, ha seguido una senda ateorica. Ciertamente existen teorías originales orientadas a explicar este fenómeno, como la de los sentimientos de inseguridad de Kury⁷, la de la personalidad autoritaria de Guzmán Dalbora⁸, la de la brecha entre tolerancia y molestia de Gaubatz⁹, las variaciones sobre el thatcherismo de Farrall y sus colegas¹⁰ o los diversos modelos instrumentales. Sin embargo, otra línea ha propuesto partir de teorías generales de la criminalidad para construir explicaciones de la firmeza. Este es el caso de la teoría comunitaria, que es una extensión de las teorías del control social y espera que las personas se vuelvan más firmes frente al delito según se sientan más inseguras. Desde este punto de vista, la firmeza es una respuesta a una situación de inseguridad consistente en la búsqueda de comunidades de pertenencia, las cuales –aunque de modo temporal, precaria y parcial– confieren seguridad y capacidad de acción y generan y mantienen creencias. La pertenencia a comunidades conecta la inseguridad con las actitudes firmes al menos frente a ciertos grupos, respecto de los que se define aquella a la que se pertenezca, pero también se ha identificado una comunidad de firmes frente al delito que alberga actitudes hacia el delito muy generales¹¹.

Junto a la tradición del control social, la del aprendizaje social es dominante en la Criminología contemporánea. Uno de sus factores explicativos son las definiciones. Se trata de «actitudes o significados propios que uno asocia a un comportamiento determinado»¹². Hacen referencia a cómo se define una conducta –por ejemplo, un joven que se encuentra con su grupo de amigos y se plantea apedrear una casa en construcción puede considerarlo como un de-

⁷ KURY, H./FERDINAND, T.: «Public opinion and punitivity», *International Journal of Law and Psychiatry*, 22, 3-4, 1999, pp. 373-392.

⁸ GUZMÁN DALBORA, J.L.: «Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: Un esbozo», *Política criminal*, 14, 27, 2019, pp. 606-635.

⁹ GAUBATZ, K.T.: *Crime in the public mind*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 1995.

¹⁰ FARRALL, S./GRAY, E.: *The politics of crime, punishment and justice. Exploring the lived reality and enduring legacies of the 1980's radical right*, Routledge, Abingdon y New York, 2024.

¹¹ SERRANO MAÍLLO, A.: *El estatus empírico de la teoría comunitaria de la firmeza en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹² AKERS, R.L.: *Criminological theories. Introduction, evaluation, and application*, 3.ª ed., Roxbury Publishing Company, Los Angeles, CA, 2000, p. 76.

lito o simplemente como una travesura¹³ —o cómo la justifique o evalúe moralmente —por ejemplo, pensando que en el fondo no se hace daño porque la casa todavía no está terminada¹⁴. Dependiendo de cómo se defina, un mismo comportamiento puede ser más o menos aprobado o desaprobado y, en consecuencia, resultar más o menos probable o improbable que se lleve a cabo ya que, como regla, cuanto más desapruében las propias definiciones una conducta concreta, más improbable será que se lleve a cabo. Estas definiciones se desarrollan mediante procesos de asociación diferencial, imitación y reforzamiento diferencial. Así las cosas y con un pequeño esfuerzo de extensión, puede conjeturarse que las definiciones también deben desempeñar un rol en la firmeza: según se definan ciertos comportamientos como más graves, también debe considerarse como correcto y desearse que se imponga un castigo más severo. Esta firmeza podría referirse a conjuntos discretos de comportamientos, pero también puede tener una orientación general: si las definiciones relativas a conductas diferentes correlacionan entre sí, entonces un conjunto concreto de ellas permitirá explicar la firmeza en general.

A tenor de lo recién expuesto, entendiendo que quien define más comportamientos como graves, verbigracia como abusos sexuales, no sólo es más improbable que se vea envuelto en tales abusos y actos violentos, sino que también tendrá actitudes más firmes frente a ellos. En términos más formales y al hilo de nuestro objeto de estudio, las *definiciones de ciertos comportamientos como violencia predicen una mayor firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer*.

2. Los correlatos de la firmeza a nivel individual

La literatura, como acaba de señalarse, se ha centrado mucho más en correlatos que en el test de teorías. Entre los predictores que más se han estudiado figuran los siguientes: edad, sexo, estado civil, religión, nacionalidad, ingresos totales del hogar, ideología, nivel de formación, victimación vicaria y discriminación. Revisemos sumariamente y siguiendo a la literatura las pruebas sobre los mismos. *Sexo*: La mayor parte de la investigación sostiene que las mujeres son más benévolas frente al delito que los hombres; aunque existen excepciones más o menos individuales. *Edad*: Las pruebas sobre la

¹³ WARR, M.: *Companions in crime. The social aspects of criminal conduct*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1-2.

¹⁴ SYKES, G./MATZA, D.: «Techniques of neutralization: A theory of delinquency», *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 667-669.

asociación entre edad y firmeza no son claras, aunque algunos autores creen que una asociación positiva es la más plausible, o sea que las personas adultas son más punitivas que las jóvenes. *Estado civil*: Algunos estudios reportan que estar casado se relaciona con una mayor firmeza, si bien coexisten con hallazgos nulos. *Religiosidad*: En materia de religiosidad, la investigación empírica informa tanto de hallazgos nulos como de asociaciones significativas positivas, aunque cuestión diferente es el fundamentalismo religioso, que podría estar relacionado con la firmeza. *Ideología política*: La ideología normalmente se asocia con la firmeza en un sentido claro, con los conservadores puntuando más alto. *Formación*: Lo mismo puede decirse respecto a la formación o el nivel de estudios: un nivel menor predice una mayor firmeza, por mucho que una vez más existan hallazgos nulos y de relaciones no lineales e indirectas. *Victimación*: Pasando a experiencias relacionadas con el delito, la victimación directa o vicaria no parece predecir la firmeza.

3. ¿Especificidades tipológicas de la firmeza frente al delito?

Dado nuestro objeto de estudio, es legítimo preguntarse si los correlatos de la firmeza pueden depender de la tipología delictiva. Esta pregunta no supone necesariamente un reto para las teorías criminológicas generales, ya que éstas asumen la universalidad de sus postulados, que en el caso típico se remiten a las causas y explicaciones de un objeto de estudio, en este caso la firmeza, pero no se extienden a todas las variables que se asocian con el mismo. Desde el punto de vista tipológico, una modalidad delictiva particularmente significativa en la actualidad es, sin duda, la violencia sexual contra las mujeres. Ya vimos que De la Cuesta y Mayordomo advertían tanto de que su frecuencia parece estar en aumento como que su gravedad no puede ignorarse¹⁵. Por una parte, se trata de comportamientos delictivos contra las personas que, por lo tanto, son de una gravedad extrema. Puesto que existen pruebas de un elevado consenso sobre la seriedad de los diversos delitos, debe entenderse que éstos son objeto de un elevado reproche y que, en comparación con lo que ocurren en muchos otros casos, cabe muy escasa ambivalencia en su valoración. Por lo tanto, nuestro objeto de estudio se caracteriza tanto por el género de la víctima; como por su carácter personal y, por lo tanto, por su gravedad.

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO: «Acoso y Derecho Penal», p. 62.

III. EL PRESENTE ESTUDIO

Para analizar si los correlatos generales de la firmeza recién expuestos coinciden para la violencia sexual contra las mujeres, contamos con datos del estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas *Encuesta sobre cuestiones de actualidad: La violencia sexual contra las mujeres* (estudio número 3.393). El mismo tiene un ámbito nacional y su universo está compuesto por residentes en España de 18 o más años de edad. De las 2.600 entrevistas diseñadas se realizaron 2.509. Se seleccionaron de modo aleatorio teléfonos fijos (13,5 por ciento) y móviles (86,5 por ciento) y los individuos se seleccionaron mediante la aplicación de cuotas de sexo y edad. La muestra está estratificada considerando tanto las diecisiete comunidades autónomas y Ceuta y Melilla como el tamaño de hábitat, con siete categorías. Los cuestionarios se han aplicado mediante entrevista telefónica asistida por ordenador (CATI). Aquí no asumimos ni que la muestra sea probabilística ni que pueda calcularse el error muestral, pero el CIS incluye una ponderación –que aquí no emplearemos sencillamente porque no lo necesitamos para nuestros análisis– y aclara en su ficha técnica que «La información empleada en el cálculo de los coeficientes de ponderación ha sido la distribución de la población residente en España de 18 años y más: según comunidades y ciudades autónomas; por tamaño de hábitat; y por los grupos de sexo y edad definidos en las cuotas de selección». Las entrevistas tuvieron lugar del 20 al 25 de enero de 2023.

El cuestionario del estudio número 3.393 del CIS permite medir la firmeza frente a la violencia contra las mujeres. Concretamente, la pregunta número seis (P06) tiene el siguiente enunciado: «Para cada uno de los comportamientos que voy a leer, ¿podría decirme si los considera aceptables en algunas circunstancias, inaceptables, pero no deben ser castigados por ley o inaceptables y siempre deben ser castigadas por la ley?» y continúa con una batería de comportamientos acerca de los cuales se interroga si son «Aceptables en algunas circunstancias», «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley» o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley». Las seis conductas por las que se demanda una respuesta son las siguientes: «Obligar a la pareja a mantener relaciones sexuales no deseadas» (P06.01); «Hacer comentarios y sugerencias de tipo sexual no deseados a una mujer» (P06.02); «Besar a una mujer contra su voluntad» (P06.03); «Tocar a una mujer de forma no deseada» (P06.04); «Dar de manera deliberada alcohol o drogas a una mujer, sin que ella lo sepa, para poder mantener relaciones sexuales con ella» (P06.05); y «Dar de manera deliberada alcohol o drogas a una mujer, sin que ella lo sepa, para poder mantener relaciones sexuales con ella» (P06.06). P06.01 no implica que la

víctima sea necesariamente una mujer, de modo que no puede considerarse un caso delictivo de violencia *contra la mujer*; mientras que P06.05 apenas tiene variabilidad –el 98,3 por ciento de las respuestas sustantivas favorecían el castigo legal– y no puede utilizarse analíticamente. Las tres posibles respuestas han sido recodificadas ya que la firmeza frente al delito exige que se favorezca *el castigo* de una conducta, no su mera desaprobación (1=firmeza; 0=benevolencia)¹⁶. La información de los cuatro ítems empleados en la medición de la firmeza ha sido reducida mediante un análisis de componentes principales para datos categóricos (alfa de Cronbach total=0,844; cargas $\geq$ 0,482)¹⁷, dando lugar a una variable que será tratada como dependiente o respuesta de Firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer (media=0,0002; desviación típica=1,022; mínimo=-2.963; máximo=1,678; N=2.509). Puntuaciones más elevadas indican mayor firmeza.

P10 propone una batería de preguntas sobre si ciertas conductas se consideran acoso sexual, o sea como violencia. La redacción del enunciado es la siguiente: «A continuación voy a leerle una serie de situaciones [=11] que pueden suceder en el ámbito laboral, en el espacio de trabajo, en una empresa, oficina, fábrica, comercio etc. Para cada una de ellas ¿puede decirme si Ud. considera que puede ser calificada como acoso sexual?» (P10.01-11). El cuestionario menciona tres situaciones que son delitos graves en sentido estricto y son considerados acoso sexual por el 96 por ciento o más de los entrevistados (PP10.09-11), motivo por el que no las utilizaremos en este ejercicio. Los ocho supuestos restantes son «Chistes o bromas insultantes sobre la mujer en general» (P10.01), «Chistes o bromas insultantes sobre una trabajadora» (P10.02), «Comentarios sexuales sobre una trabajadora (sobre su cuerpo, su forma de vestir o su sexualidad)» (P10.03), «Piropos ofensivos» (P10.04), «Insinuaciones o indirectas sexuales» (P10.05), «Preguntas sobre cuestiones privadas de su vida sexual» (P10.06), «Gestos y miradas obscenas» (P10.07) y «Pedir reiteradamente relaciones sexuales sin presiones ni amenazas» (P10.08), que podrían definirse como acoso sexual (=1) o no (=0). La información ha sido reducida mediante un análisis de componentes principales categórico (alfa de Cronbach total=0,876; cargas $\geq$ 0,474) para conformar una variable de *definiciones* (media=-0,021; desviación típica=1,035; mínimo=-3,481; máxi-

¹⁶ «Aceptables en algunas circunstancias»=0; «Inaceptables, pero no deben ser castigadas por ley»=0; o «Inaceptables y siempre deben ser castigadas por ley»=1.

¹⁷ Especificaciones: dos dimensiones, de las que se ha empleado la primera para la correlación; nivel de escalamiento óptimo ordinal; ponderación uno; discretización. agrupación (normal), según las categorías de respuesta observadas; normalización, principal de variable; valores perdidos excluidos, imputados según modo para las correlaciones.

mo=0,937; N=2.509), que será nuestra variable independiente, derivada como sabemos de la teoría del aprendizaje social. Puntuaciones más elevadas implican una mayor tendencia a definir las situaciones como acoso sexual.

Del mismo modo, este estudio número 3.393 del CIS incluye numerosos ítems que podemos utilizar en la presente investigación para medir las variables que, de acuerdo con nuestra revisión *supra*, podrían estar asociadas con la firmeza a nivel individual respecto a la violencia contra las mujeres: *edad*; y *sexo* (hombre=0; mujer=1); *estado civil*, o sea si se está casado/a por un lado (=1) o no porque se está soltero/a, viudo/a, separado/a o divorciado/a por otro (=0) (P15); *religiosidad* estimada de modo ordinal por la frecuencia con que se asiste a misa u otros oficios religiosos (nunca=1; varias veces a la semana=6) (P20); si se dispone de la *nacionalidad* española (=1) o no (=0) (P00); *ingresos* totales del hogar (más de 5.000 euros=1; menos de 1.100 euros=6) (P22); *ideología* según la escala de autoubicación ideológica (P16) y nivel de *formación* o estudios (PP18 y 18a)¹⁸; si se conoce «personalmente a alguna mujer que, en algún momento de su vida, haya sufrido una agresión sexual en...» «Su círculo familiar o de amistades» (P13.01), «En la zona donde vive, en su vecindario» (P13.02) y «En su lugar de trabajo y/o estudio» (P13.03) –*victimación vicaria*, que puede haberse experimentado en alguno o varios de los contextos (=1) o no (=0)–; y si «En algún momento de su vida ¿se ha sentido discriminado/a, no se le ha permitido hacer algo, se le ha molestado o le han hecho sentirse inferior...» por causas como la etnia, la opción sexual, discapacidad... o «Por cualquier otra causa» (P01), *discriminación* que puede haberse experimentado por al menos uno de estos motivos (=1) o no (=0). Por lo tanto, los diez factores potencialmente asociados a la firmeza frente a delitos y conductas desviadas para los que tenemos información y que serán empleados como controles son los siguientes: edad (media=49,482; desviación típica=16,076; N=2.509), sexo (0 [hombre]=51,77 por ciento; N=2.509), estado civil (1 [casado]=51,36 por ciento; N=2.504), religiosidad (media=1,903; desviación típica=1,394; N=2.498), nacionalidad española (0 [no]=5,78 por ciento; N=2.509), ingresos totales del hogar (media=3,664; desviación típica=1,456; N=2.373), nivel de formación (media=4,844; desviación típica=1,491; N=2.485), ideología (media=4,707; desviación típica=2,292; N=2.278), victimación vicaria (0 [no]=48,62 por ciento; N=2.460) y discriminación (0 [no]=38,3 por ciento; N=2.504).

¹⁸ La variable formación o nivel de estudios ha sido recodificada del modo siguiente: 0=0; 1=1; 2=2; 3-4=3; 5-6=4; 7-9=5; 10-12=6; 13 y 15=7; 14=8; 16=datos perdidos.

IV. RESULTADOS

Nuestra estrategia para contrastar nuestra hipótesis derivada de una extensión de la teoría del aprendizaje social será ofrecer un primer modelo de regresión lineal con todos los controles; y, a continuación, un segundo añadiendo nuestra variable independiente *definiciones*. El primer modelo de regresión lineal es altamente significativo desde un punto de vista estadístico ($F=9,43$; $p<0,001$; $N=2.116$), si bien apenas explica un cinco por ciento de la varianza (coeficiente de determinación ajustado= $0,046$), lo cual no es sorprendente dado que no incluye variables explicativas derivadas de teorías. La edad se asocia con la firmeza frente a la violencia sexual contra la mujer (coeficiente no estandarizado [b]= $-0,006$; error típico robusto [ETR]= $0,002$; $p<0,001$; coeficiente estandarizado [Beta]= $-0,092$) en el sentido de que según los encuestados son más jóvenes son también más firmes; lo mismo que la ideología, aunque con la sorpresa de que, según se es más conservador, menos firme se muestra el encuestado ($b=-0,077$; ETR= $0,011$; $p<0,001$; Beta= $-0,174$); y la victimación vicaria en el sentido de que haberla experimentado pronostica más firmeza ($b=0,095$; ETR= $0,045$; $p<0,05$; Beta= $0,047$). Ningún predictor más alcanza la significación estadística.

Pasando al segundo modelo, el completo ($F=31,81$; $p<0,001$; $N=2.116$), la capacidad explicativa aumenta de manera notable, si bien es todavía modesta (coeficiente de determinación ajustado= $0,174$): se pasa de explicar menos de un cinco por ciento de la varianza a algo más de un diecisiete por ciento. A nivel de los controles se produce un cambio relevante: ahora, las mujeres se revelan más benévolas que los hombres de modo que puede excluirse el azar con cierta confianza ($b=-0,115$; ETR= $0,041$; $p<0,005$; Beta= $0,057$). Si nada digno de mención ocurre con edad ($b=-0,001$; ETR= $0,001$; $p<0,01$; Beta= $-0,083$) e ideología ($b=-0,042$; ETR= $0,01$; $p<0,001$; Beta= $-0,094$), la victimación vicaria pierde ahora la significación estadística incluso al nivel $\alpha=0,1$. Pasando a nuestra variable independiente, las definiciones no sólo predicen de modo estadísticamente significativo y en el sentido esperado por la extensión de la teoría del aprendizaje social la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres ($b=0,37$; ETR= $0,023$; $p<0,001$); sino que el tamaño de su efecto es el mayor de acuerdo con los coeficientes estandarizados (Beta= $0,376$).

Este modelo completo incumple algunas asunciones del modelo lineal, en concreto la de homocedasticidad (p para test de Breusch-Pagan $<0,0001$) y la de variables omitidas (p para test RESET de Ramsey $<0,001$). Por lo que se refiere a la primera, el empleo de errores típicos HC2 y HC3 no varían en nada los hallazgos. Más dificultades presenta la segunda violación –aparte de espe-

rada ya que no se incluye, por ejemplo, la inseguridad. El investigador que emplea datos secundarios no tiene más opción que manejar las variables que tiene a su disposición. Siguiendo la práctica habitual, cuando se eliminan las variables irrelevantes, esto es todas aquellas que no alcanzan la significación estadística en el modelo completo a excepción del nivel de estudios y se añade la transformación cuadrática de definiciones, el problema desaparece (p para test REST=0,107). Esto sugiere que la asociación entre definiciones y firmeza podría no ser lineal.

V. CONCLUSIONES

Nuestra investigación ha arrojado pruebas favorables a la capacidad explicativa de las definiciones respecto a la firmeza frente a la violencia sexual contra las mujeres. Se trata de una variable del aprendizaje, lo cual sugiere que es posible proponer una extensión de esta teoría para que sea aplicable a nuestro objeto de estudio. En efecto, según se defina un comportamiento no sólo puede ser más fácil que se lleve a cabo o no, sino que también el castigo que se considera adecuado y aplicable variará en consonancia.

Nuestro estudio ofrece del mismo modo dos sorpresas. Para empezar, es sabido que un predictor de la firmeza es la ideología, con los conservadores puntuando más alto. Así, mi revisión de estudios españoles confirma esta asociación: sólo uno de siete estudios no alcanzó la significación estadística en el sentido recién indicado (rango razón de las ventajas=1,06 1,246)¹⁹. Aunque pueden hallarse en la investigación comparada resultados nulos, puede decirse que la ideología política es un correlato sólido de la firmeza. Pues bien, en nuestro estudio éste es el caso, pero en sentido contrario al esperado, con los progresistas mostrándose más firmes que sus compañeros. El mismo signo negativo aparece en análisis bivariados. En segundo lugar, otro predictor de la firmeza es la formación o el nivel de estudios: un nivel menor normalmente predice una mayor firmeza, por mucho que una vez más existan hallazgos nulos y de relaciones no lineales e indirectas. Verbigracia, mi revisión de investigaciones españolas confirma la dependencia en siete de ocho estudios originales (rango razón de las ventajas=0,633 0,972)²⁰. Nuestro presente estudio, sin embargo, no refleja esta asociación ya que la variable no alcanza la significa-

¹⁹ SERRANO MAÍLLO, A.: *Confianza y firmeza frente al delito. Un análisis de su asociación en la teoría comunitaria*. Dykinson, Madrid, 2023, pp. 116-117.

²⁰ SERRANO MAÍLLO, A.: *Confianza y firmeza frente al delito*, p. 116.

ción estadística en ninguno de los esfuerzos. En ejercicios bivariados, tampoco se aprecia relación alguna.

Finalmente, nuestro presente estudio sufre de algunas importantes limitaciones. En primer lugar, sólo hemos contado con una medida de aprendizaje social, las definiciones, cuando la asociación diferencial podría tener un impacto incluso mayor. En segundo lugar, sería conveniente contar con definiciones más directamente referidas a comportamientos violentos contra las mujeres. Finalmente, como era de esperar y como hemos comprobado formalmente, existe un problema de variables omitidas, que no parece impactar en nuestros resultados.

Pese a estas limitaciones, el presente trabajo es consistente con la posibilidad de extender las teorías criminológicas clásicas a la explicación de la firmeza frente al delito.

155. EL POSITIVISMO DEL EXAMEN CRIMINOLÓGICO: UN BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo

LUIGI GIUSEPPE BARBIERI FERRARINI

Posdoctorando, Doctor y Máster en Derecho Penal y Criminología por la
Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo

I. INTRODUCCIÓN

La más reciente ola de punitivismo penal brasileño ha vuelto a situar el examen criminológico en el centro del debate. Instituido en Brasil en 1984 mediante la Ley de Ejecución Penal (LEP), el examen criminológico, originalmente, consistía en una evaluación realizada respecto de las personas condenadas al régimen cerrado –que podía extenderse a quienes cumplían pena en régimen semiabierto– con dos finalidades: clasificar a la persona penada e individualizar la ejecución de la pena (art. 8), así como instruir, en su caso, la decisión de concesión de la progresión a un régimen penitenciario menos gravoso (conforme a la redacción inicial del art. 112 de la LEP).

Para la clasificación del penado –que consideraría sus antecedentes y su personalidad (art. 5)– el examen criminológico se elaboraría como un peritaje en el momento de su ingreso en el sistema penitenciario, para lo cual podrían entrevistarse personas, requerirse datos e informaciones de dependencias o establecimientos privados y practicarse otras diligencias o exámenes que se entendieran necesarios (art. 9). Sin embargo, en la práctica, dicho examen de

clasificación e individualización no se realiza, lo que refleja el escenario de encarcelamiento masivo –que hace imposible la producción de informes ante el gran contingente de personas que ingresan en el sistema penitenciario¹– y las terribles condiciones del sistema penitenciario brasileño², claramente incompatibles con cualquier perspectiva de tratamiento, además de las críticas al carácter positivista de este examen, por pretender clasificar a individuos en distintos grupos sobre la base de un concepto de personalidad enteramente mutable³.

En su otra hipótesis, la redacción original del art. 112 de la LEP indicaba que, cumplida al menos 1/6 de la pena y cuando el mérito del penado revelase la posibilidad de progresión, podía dictarse decisión de traslado a un régimen penitenciario menos gravoso, precedida del informe de la Comisión Técnica de Clasificación y del examen criminológico, cuando fuese necesario. No obstante, la Ley n.º 10.792/2003 modificó dicho precepto, pasando a exigirse para la progresión de régimen únicamente el cumplimiento de los requisitos objetivos (tiempo de pena ya cumplido) y subjetivos (buena conducta carcelaria), sin que se hiciera ya referencia alguna al examen criminológico. Ello, en clara vulneración del principio de legalidad⁴, no impidió que los Tribunales Superiores brasileños autorizasen la realización del examen criminológico a efectos de progresión de régimen, mediante decisión motivada que justificase su necesidad a la vista de las circunstancias concretas⁵.

A pesar de las diversas críticas al examen criminológico en su dimensión pronóstica, el escenario actual –y dominante– de populismo penal se materializó en la Ley n.º 14.843/2024, haciendo que la LEP pasase a ser más dura incluso que su redacción original: al otorgar nueva redacción al § 1.º del art. 112, se pasó a exigir, para la progresión de régimen, el cumplimiento de

¹ SÁ, A. A. de: *Criminologia clínica e psicologia criminal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 193.

² CACICEDO, P.: «Exame criminológico, direito penal de emergência e negacionismo científico: notas críticas sobre o projeto de lei 2.213/2021», en *Boletim IBCCRIM*, v. 30, n. 357, 2024, pp. 25-27. p. 26.

³ ROIG, R. D. E.: *Execução penal: teoria e prática*, 5 ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 153-154.

⁴ BRITO, A. C. de: *Execução penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 118-120.

⁵ En este sentido, lo establece la Súmula 439 del Superior Tribunal de Justicia: «Se admite el examen criminológico en atención a las peculiaridades del caso, siempre que se acuerde mediante resolución motivada (Súmula 439, Tercera Sección, juzgada el 28/04/2010, DJe 13/05/2010)». La misma orientación es adoptada por el Supremo Tribunal Federal en la Súmula Vinculante 26: «A los efectos de la progresión de régimen en el cumplimiento de la pena por delito hediondo o equiparado, el juez de ejecución observará la inconstitucionalidad del art. 2.º de la Ley n.º 8.072, de 25 de julio de 1990, sin perjuicio de evaluar si el condenado cumple o no los requisitos objetivos y subjetivos del beneficio, pudiendo determinar, a tal fin y de forma motivada, la realización de examen criminológico».

umbrales de pena —elevados en 2019—, la buena conducta carcelaria y la realización de examen criminológico. Este también pasó a exigirse para el acceso al régimen abierto, debiendo, junto con los antecedentes del penado, demostrar la existencia de «indicios fundados» de que se ajustará con autodisciplina, baja peligrosidad y sentido de responsabilidad (art. 114, II). Por si fuera poco, a finales de 2025 se sancionó la Ley n.º 15.280, que incluyó el art. 119-A en la LEP, determinando que el acceso a un régimen menos gravoso y la obtención de beneficios que autorizan la salida de los establecimientos penales queden condicionados al resultado del examen criminológico para condenados por delitos contra la dignidad sexual, debiendo constar indicios de que la persona no cometerá delitos de la misma naturaleza.

Las principales críticas a los exámenes criminológicos se dirigen a las pretensiones de prever el futuro de la persona penada: el poder judicial delega en una comisión técnica la responsabilidad de indicar si el individuo responde positivamente a su «tratamiento», posibilitando que, así, regrese al medio social sin representar peligro —lo que remite en todo a las promesas del positivismo criminológico, estructurado sobre el deseo de medir, clasificar y tratar al delincuente, naturalmente orientado al desvío. Como apunta Salo de Carvalho, el modelo vigente en Brasil hasta 2003— y ahora, veinte años después, tristemente renovado —refleja un reduccionismo socio-biológico perverso, que legitima la adopción de decisiones en la ejecución penal basadas en el paradigma etiológico, «retomando conceptos como propensión al delito, causas de la delincuencia y personalidad orientada al crimen», otorgando a los jueces un instrumental técnico que los exime de responsabilidad, bajo la justificación de que sus razones decisorias solo siguen a la ciencia⁶.

En este sentido, se observa que en los pocos materiales que abordan los orígenes del examen criminológico brasileño es común que se aluda a la remota influencia del pensamiento de la Escuela Positivista Italiana en las décadas que rodean el cambio del siglo XIX al XX, destacándose el deseo de medición y control del individuo criminal presente en las ideas de Lombroso, Ferri y Garofalo, que rápidamente se difundieron por los países de América Latina. Sin embargo, tales trabajos, además de ser superficiales en lo relativo a la comprensión, desde una perspectiva histórica, de las influencias efectivas del positivismo criminológico italiano —reduciéndolas a los autores citados—, suelen

⁶ CARVALHO, S. de: «O (Novo) Papel dos "Criminólogos" na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03», en Carvalho, S. de (coord.): *Crítica à Execução Penal*, 2 ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. pp. 162-164.

ignorar todo el desarrollo de las ciencias criminales y penitenciarias brasileñas en su relación con los saberes médicos desde las primeras décadas del siglo xx hasta la edición de la Ley de Ejecución Penal en 1984, acompañada de la gran reforma de la Parte General del Código Penal⁷.

Por ello, en este trabajo, con el fin de profundizar en el entendimiento de los orígenes positivistas del examen criminológico, se pretende trazar un breve panorama histórico del desarrollo legislativo y criminológico brasileño en interacción con el papel atribuido a los saberes médicos en Brasil, señalando sus influencias sobre la ejecución penal, tomando como ejemplo el caso de São Paulo, cuyo sistema penitenciario, desde temprano, fue considerado un modelo a seguir por su carácter de vanguardia en la aplicación de los preceptos de la criminología positivista.

II. EL PODER MÉDICO Y LAS CIENCIAS CRIMINALES: EL DESEO DE MEDIR EN SUS ORÍGENES

Las ideas de la Escuela Positivista Italiana llegaron a Brasil a finales del siglo xix, en un escenario de profundas transformaciones sociales y políticas que favorecieron su rápida difusión entre las élites, mostrando ser un mecanismo muy útil para justificar el control social diferencial sobre determinadas categorías de individuos. La abolición de la esclavitud, en 1888, puso de manifiesto el temor a la falta de mano de obra apta para sostener los niveles de producción del sistema de *plantation*, a lo que se sumó la constatación de la existencia de una mayoría poblacional no blanca –cuya solución a tales problemas se buscó en políticas de incentivo a la inmigración de familias blancas europeas. Por otra parte, la Proclamación de la República, en 1889, seguida de la adopción de una Constitución de carácter liberal en 1891, trajo a la población la promesa de igualdad civil y política, que pronto se reveló una gran falacia, pues el criterio de alfabetización redujo el número de personas aptas para participar en elecciones en comparación con el Imperio. Además, el incipiente desarrollo industrial, acompañado por la llegada de grandes oleadas de inmigrantes, el desplazamiento de ex esclavizados a las ciudades y los primeros movimientos migratorios internos, hizo que los centros urbanos –especialmente São Paulo y Río de Janeiro– crecieran a un ritmo sin precedentes, sin

⁷ Una feliz excepción puede encontrarse en las consideraciones relativas al examen criminológico presentes en COELHO, L. C. H. V.: *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal* (tesis de máster), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.

que su infraestructura se desarrollara en la misma medida. Como consecuencia, la enfermedad, la miseria y la falta de condiciones de trabajo digno se convirtieron en la realidad de esas ciudades, lo que provocó el surgimiento de las masas urbanas como un nuevo sujeto político que ocupó el centro de las preocupaciones en el imaginario colectivo⁸.

En ese contexto, la criminología positivista, especialmente en su vertiente italiana, se mostró como una herramienta de gran utilidad para legitimar los medios empleados para identificar y tratar al criminal, pues la causa del desvío residiría en el propio individuo, incluso en los casos en que se reconociera, en menor medida, la influencia de factores ambientales. De hecho, en un primer momento –que se inicia con las primeras menciones a la escuela positivista italiana en Brasil en los textos de Tobias Barreto y João Vieira Araújo, de 1884, pasa por la gran difusión de esas ideas por Viveiros de Castro en 1894, con la publicación de *A nova escola penal*, y se extiende hasta la década de 1920, cuando el reconocimiento de las inconsistencias de esas teorías se volvió ineludible– las ideas de Lombroso, Ferri y Garofalo se replicaban en América Latina de forma casi dogmático-religiosa, negando no solo la historia de esos países, sino el propio método empírico que caracterizaba al positivismo criminológico. Así, se utilizaba un patrón europeo para legitimar prácticas de control social y el poder de las élites, en una sistemática que, al dejar de lado los factores sociales, económicos e históricos brasileños, apuntaba a la implantación del modo de producción capitalista, concretando la ideología liberal de orden y progreso⁹.

Sin embargo, es preciso reconocer que el fortalecimiento de la criminología positivista en Brasil no se debió únicamente a las posibilidades de legitimación del poder punitivo inauguradas por sus teorías, pues debe considerarse su estrecha relación con los saberes médicos, vistos en el país como sinónimos de la propia idea de ciencia.

La apertura de los puertos de Brasil a las naciones amigas en 1808 permitió que el país fuera utilizado como un gran laboratorio para la formulación y supuesta comprobación de las teorías raciales del siglo XIX. Autores como Agassiz, Gobineau, Louis Couty y Thomas Buckle describían Brasil como un país sin futuro, especialmente por su pueblo mestizo y, por consiguiente, degenerado, inferior, vil, débil y enfermo. Tales perspectivas, comunes entre las élites nacionales, se volvieron aún más preocupantes con la Ley del Vientre

⁸ ÁLVAREZ, M. C.: *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*, São Paulo: Método, 2003, pp. 53-61.

⁹ DEL OLMO, R.: *A América Latina e sua criminologia*, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004, pp. 159-165.

Libre de 1871, seguida de la Abolición de la Esclavitud (1888) y de la llegada de grandes oleadas de extranjeros, que tornarían el país todavía más mestizo y, por tanto, condenado al fracaso. Así, en un escenario de desorden, miseria y enfermedad en los centros urbanos, con descripciones aún peores de las vastas y prácticamente desconocidas regiones interiores y con un pueblo caracterizado por su degeneración, los médicos despuntaron como quienes conocían los caminos para la salvación del país ¹⁰.

Ya en la década de 1870 comenzó a perfilarse la figura del «médico misionero», que poco a poco se aleja de la simple cura del cuerpo individual y se aproxima al cuerpo social mediante la adopción de programas de saneamiento e higiene para combatir epidemias de cólera, viruela y fiebre amarilla. En los años 1900, pese a las controversias, Oswaldo Cruz fue elevado a la condición de héroe nacional por sus estudios y por el combate a las enfermedades tropicales, así como por la reestructuración de la legislación sanitaria y de los órganos de higiene y saneamiento ¹¹.

Poco después, se iniciaron las grandes expediciones del Instituto Soroterápico Nacional hacia los sertones de São Paulo y Minas Gerais, cuyo punto culminante fue el descubrimiento de la tripanosomiasis en 1909 por Carlos Chagas. No obstante, fue en la década de 1910 cuando el «poder» de los saberes médicos ganó el imaginario popular, llevando al pueblo brasileño a revisar la forma en que se miraba a sí mismo: entre 1916 y 1917 se publicaron en el periódico *Correio da Manhã* los resultados de una gran expedición encabezada por Belisário Penna y Arthur Neiva, denominada *Viajem científica pelo Norte da Bahia, sudoeste de Pernambuco, sul do Piauí e de norte a sul de Goiás*. En esos relatos quedó clara una nueva perspectiva: el pueblo brasileño no era naturalmente débil, degenerado o enfermo, sino que se encontraba así por haber sido abandonado a su suerte. Por ello, siguiendo los preceptos de la higiene y del saneamiento, su condición podría modificarse, ofreciendo al país una perspectiva de regeneración y progreso que rápidamente conquistó no solo a las élites, sino también al propio pueblo ¹². En esa senda, los saberes médicos fueron elevados a fuente de conocimiento sobre todo y todos, lo que se confirma al observar algunos temas tratados por Afrâ-

¹⁰ SOUZA, V. S. de: *Renato Kehl e a eugenia no Brasil: ciência, raça e nação no período entregueras*, Guarapuava: Editora Unicentro, 2019, pp. 48-51; SCHWARCZ, L. M.: *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 19-48.

¹¹ SCHWARCZ, *O espetáculo das raças...*, pp. 44, 259-261.

¹² HOCHMAN, G.; LIMA, N. T.: «Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitário da Primeira República», en Maio, M. C.; Santos, R. V. (orgs.): *Raça, ciência e sociedade*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; CCBB, 1996, pp. 23-40.

nio Peixoto en su obra sobre Higiene: suelo, clima, aire, alimentación, hereditariedad, eugenesia, infecciones, administración sanitaria, vestimenta, higiene para el trabajo, entre otros.¹³

Por ello, aunque inicialmente replicó ideas europeas en tierras brasileñas, es cierto que la criminología se benefició del papel atribuido a los saberes médicos, incluso porque, en ese periodo, los límites entre lo que hoy concebimos como Derecho Penal, medicina legal y criminología no estaban tan bien delimitados. En efecto, en América Latina existían zonas de intersección mucho mayores entre esas áreas, precisamente porque la medicina se presentaba como el medio para localizar en el individuo las características biológicas y psicológicas que explicarían su delito.¹⁴ Con todo, aunque la criminología positivista conquistó a las élites políticas e intelectuales, ello no se reflejó en la legislación penal propiamente dicha, más bien fue ocupando, poco a poco, los espacios que le parecían propios por excelencia: la investigación, la prisión y el manicomio.

III. LA CRIMINOLOGÍA ENTRA EN LA PRISIÓN

A pesar de la amplia difusión de las ideas de Lombroso, Ferri y Garofalo como lo más avanzado de la ciencia sobre la cuestión criminal, la legislación penal brasileña, en especial el Código Penal de 1890, estuvo mucho más alineada con los preceptos de la «Escuela» clásica, lo que incluso concordaba con el carácter liberal de la Constitución republicana de 1891. Ello, sin embargo, jamás significó el abandono de las teorías de la criminología positivista italiana ni su permanencia limitada a los debates académicos: en su encuentro con los saberes médicos, la criminología se convirtió en una herramienta de gran utilidad para las actividades de investigación –por permitir identificar al sujeto criminal– y de tratamiento, ya fuera en la prisión o en el hospicio. Si la etapa judicial de la persecución penal miraba al delito –un ente jurídico-abstracto a ser respondido con una pena proporcional–, los espacios bajo la influencia de la técnica médica dirigían su atención al delincuente, que debía ser identificado, medido, estudiado, aislado o tratado para volverse útil a la sociedad. En poco tiempo, esto se volvió lugar común en las evaluaciones de inimputabilidad, en los institutos de medicina legal, en los institutos de menores, en

¹³ PEIXOTO, A.: *Higiene. Higiene Geral*, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 6. v. 1.

¹⁴ DEL OLMO, A *América Latina...*, pp. 176-177.

los hospitales de alienados y en las prisiones¹⁵ —en las que debían crearse institutos de antropología criminal para la realización de exámenes médicos especializados, a fin de conocer las causas del crimen y permitir su enfrentamiento social e individual¹⁶.

Es evidente que, entre los médicos —especialmente psiquiatras y médicos forenses— siempre existió la pretensión de ampliar sus poderes sobre la cuestión criminal. Afrânio Peixoto entendía que la medicina legal debía asumir un papel de regulación social, aplicando los conocimientos científicos al servicio de la justicia, o transformarse en medicina social para orientar el derecho¹⁷; Leonídio Ribeiro, médico, profesor y uno de los criminólogos brasileños más influyentes desde la década de 1930, sostenía que los médicos forenses debían ser consultados para que las leyes estuvieran de acuerdo con las condiciones modernas de la ciencia¹⁸; Heitor Carrilho, director del Manicômio Judiciário de Río de Janeiro, propuso la creación de una especialidad denominada «medicina penal», cuyo objetivo sería orientar los procedimientos penales antes, durante y después del juzgamiento del delincuente, considerando aspectos antropológicos, psiquiátricos y biológicos, buscando garantizar la regeneración del individuo a partir de exámenes que verificaran «las taras, el carácter, el temperamento y la constitución del delincuente, así como la medida en que cada una de esas condiciones influyó en el delito»¹⁹.

La libre implementación de tales ideas en las prisiones se veía facilitada por el hecho de que, hasta 1984, no existía en Brasil un cuerpo legal unificado sobre la ejecución penal. Con premisas generales dadas por los Códigos Penales de 1890 y 1940, así como por el Código de Procedimiento Penal de 1941, la administración del sistema penitenciario dependía de decretos y reglamentos locales, en los que con frecuencia se reflejaban los anhelos de personas que, además de fieles defensores de la criminología positivista, poseían gran influencia política.

El mayor ejemplo de esta dinámica es la creación de la Penitenciaría de São Paulo, que durante décadas influyó en la formación y administración del sistema penitenciario en todo el país: creada en 1920, la Penitenciaría de São

¹⁵ BATISTA, N.: *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*, Rio de Janeiro: Revan, 2016, pp. 76-87.

¹⁶ RIBEIRO, L.: *Medicina legal e criminologia. Estudos e observações*, Rio de Janeiro: Livraria Avenida, 1949, pp. 330 y 371.

¹⁷ PEIXOTO, A.: *Medicina Legal*, 4 ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1923; PEIXOTO, A.: Prefácio, en RIBEIRO, L.: *Medicina Legal*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, pp. XI-XII.

¹⁸ RIBEIRO, *Medicina Legal*, pp. 11-12.

¹⁹ CARRILHO, H.: «As directrizes actuaes da medicina das Prisões», en *Revista de Direito Penal*, v. 1, n. 2, maio 1933, pp. 325-330.

Paulo era vista como un espacio de vanguardia en la aplicación de las penas, precisamente por alinearse con los preceptos de la criminología positivista. Como señala Elizabeth Cancelli, ese espacio constituyó «una especie de hospital-laboratorio», en el que se aplicaban las técnicas más innovadoras de identificación, medición y tratamiento, siendo conocido por muchos como «Instituto de Regeneración». ²⁰ Las propias leyes que regularon la creación y organización de la Penitenciaría de São Paulo preveían la existencia de un cuerpo médico que, en la Sección Clínica, describiría la existencia de estigmas o deformidades de los penados, mientras que la Sección de Criminología, bajo la dirección de un psiquiatra —en este caso, José de Moraes Mello, entusiasta defensor de la eugenesia que se valía de un laboratorio en el cual sería «posible trazar una síntesis completa del carácter, del temperamento y de la constitución de cada hombre por medio de los estudios de la heredología, mesología, somatología, psicología, patología, pronóstico y estadística» ²¹—, debía confeccionar un boletín médico-psicológico, prestando especial atención a quienes presentaran epilepsia, síntomas de alienación mental, alcoholismo o perturbaciones fisio-psicológicas ²².

Años después, cuando las críticas a las ideas de Lombroso, Ferri y Garofalo se volvieron ineludibles, la Penitenciaría de São Paulo supo renovar su carácter vanguardista mediante la creación de su Servicio de Biotipología, en el que se seguían los preceptos de esa nueva teoría, que, además de actualizar la antropología criminal, se presentaba como «verdaderamente científica» ²³.

Concebida por el médico endocrinólogo italiano Nicola Pende —directamente vinculado al fascismo—, la biotipología puede considerarse una especie de «eugenesia latina» que conciliaba una perspectiva neolamarckista con la ética de la Iglesia católica y el nacionalismo, predicando la posibilidad de regeneración de la raza —y, por ende, de la nación— mediante el mejoramiento del pueblo, alejándose de las perspectivas anglosajonas y germánicas de higiene racial ²⁴. La biotipología se caracterizaba como la «ciencia de las diferencias

²⁰ CANCELLI, E.: *Carandiru: a prisão, o psiquiatra e o preso*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005. pp. 14, 27-28 y 49.

²¹ CANCELLI, *Carandiru...*, pp. 44 y 105.

²² Estado de São Paulo. Lei n. 1.761, de 27 de dezembro de 1920. Reorganiza a Penitenciaría do Estado. São Paulo, Secretaria da Justiça e da Segurança Pública, 27 dez. 1920.

Estado de São Paulo. Decreto n. 3.706, de 29 de abril de 1924. Dá regulamento à lei n. 1761, de 21 de dezembro de 1920 que reorganiza a Penitenciaría, e, em parte, à lei n.º 1.406, de 26 de dezembro de 1913, que estabeleceu o regimen penitenciario no Estado de São Paulo. São Paulo, Palacio do Governo do Estado de S.Paulo, 29 abr. 1924.

²³ BERARDINELLI, W.: *Noções de byotipologia. Constituição. Temperamento. Caracter*, Rio de Janeiro: Schmidt, 1932, pp. 95-96.

²⁴ CASSATA, F.: «Byotipology and Eugenics in Fascist Italy» en DAGNINO, J.; FELDMAN, M., STOKER, P.: *The «New Man» in Radical Right Ideology and Practice, 1919-1945*, London, New York: Bloomsbury, 2018, p. 39.

individuales», al tiempo que permitía agrupar a las personas en tipos específicos que facilitarían su comprensión²⁵; así, se afirmaba que era posible conocer al individuo minuciosamente tomando como base su patrimonio hereditario, sobre el cual se estructuraban su carácter moral, morfológico, dinámico-humoral e intelectual, conduciendo a una clasificación con 24 variedades morfológicas, 10 temperamentos endocrínicos y 6 dimensiones morales²⁶.

En Brasil, la entrada de la biotipología se dio por medio de Juvenil Rocha Vaz, en el Hospital São Francisco, en Río de Janeiro, donde creó un gabinete de investigaciones biotipológicas²⁷, alrededor del cual se erigieron figuras como Isaac Brown –autor de *O normotipo brasileiro*, estudio que sirvió de base para posteriores construcciones biotipológicas nacionales–, Waldemar Berardinelli y João Mendonça –reconocidos como grandes teóricos de la biotipología en Brasil, publicando, en 1935, *Biotipologia criminal*–, y Leonídio Ribeiro, quien, entre sus innumerables logros, fue ganador del Premio Lombroso en 1933, por su estudio sobre «33 negros e mulatos» autores de homicidios.

En esa senda, actualizando su posición de vanguardia, en 1939 se creó en la Penitenciaría del Estado de São Paulo el Servicio de Biotipología, convertido en Instituto en 1941. En la ley, el servicio se describía como una «clínica criminológica destinada al estudio de cuestiones de heredología, mesología, somatología, endocrinología, psicología, patología, terapéutica, selección profesional, pronóstico y estadística criminal», para las cuales se realizarían estudios e investigaciones propios de la psiquiatría, antropología, criminología, psicología y endocrinología. Además, siguiendo los caminos que llevarían a su conversión en los exámenes criminológicos en 1984, se determinó, entre otras funciones, que correspondía al Servicio «estudiar la personalidad del criminal, en su aspecto biopsíquico y social, procurando clasificarlo», indicar las normas de individualización de la pena para cada caso, «informar al Consejo Penitenciario sobre todas las solicitudes de libertad condicional, conmutación e indulto», así como «redactar y publicar una revista con trabajos científicos producidos por el Servicio, procurando interesar en el asunto a todas las corporaciones congéneres y hombres de estudio»²⁸.

²⁵ BERARDINELLI, Noções..., pp. 7-8.

²⁶ CASSATA, Byotypology..., pp. 41-42.

²⁷ Cf. GOMES, A. C. V.: *Science, Constitutional Medicine and National Bodily Identity in Brazilian Byotypology during the 1930s*, en *Social History Medicine*, v. 30, n. 1, feb. 2017, pp. 137-157.

²⁸ Estado de São Paulo. Decreto n. 10.773, de 11 de dezembro de 1939. São Paulo, Secretaria da Justiça e Negócios do Interior, 11 dez. 1939.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: EL POSITIVISMO EN PERMANENCIA

En São Paulo, el Instituto de Biotipología Criminal existió hasta 1979, cuando dio lugar al Instituto de Clasificación y Triage, mediante el Decreto n.º 13.412, de 13 de marzo de 1979 – lo que nunca representó un abandono del positivismo criminológico, que ahora se pone en práctica bajo otra nomenclatura.

Sin embargo, siguiendo el régimen instituido en 1984 por la LEP, mediante el Decreto n.º 25.142/1986 el Instituto de Clasificación y Triage fue transformado en Centro de Observación Criminológica, en el cual, conforme prescribía el art. 96 de la LEP, se realizarían los exámenes general y criminológico, permitiéndose también la realización de investigaciones criminológicas. En el mismo decreto se indicó que el Grupo de Observación Criminológica, integrante del Centro, sería responsable de realizar investigaciones criminológicas y los exámenes criminológicos, «incluyendo el diagnóstico y, cuando sea posible, el pronóstico criminológico» (art. 9). Años después, el Decreto n.º 46.483, de 2 de enero de 2002, extinguió el Centro de Observación Criminológica, creando el Núcleo de Observación Criminológica en el Centro Hospitalario del Sistema Penitenciario. Nuevamente se previó como función la clasificación de los penados, atendiendo a sus antecedentes y personalidad, promoviendo la individualización de sus ejecuciones mediante examen criminológico, permitiéndose también la realización de investigaciones criminológicas (art. 3).

A pesar del cambio en la denominación de los procedimientos y de los órganos responsables de su realización, el análisis histórico-criminológico y legislativo aquí efectuado permite observar que, en la práctica, poco ha cambiado en Brasil en el último siglo, lo que nos conduce a una conclusión importante: no puede atribuirse únicamente a la reciente ola punitivista la causa del endurecimiento de las prácticas penitenciarias y pretendidamente criminológicas, cuando estas son, en realidad, reflejo de un proyecto que siempre ha estado en curso. A los jueces, a los operadores del derecho y a los legisladores poco les importa si los exámenes criminológicos proporcionan efectivamente un diagnóstico o un pronóstico criminal veraz, pues su verdadera función, dentro de un sistema penal en permanente crisis, es la de conferir una legitimación aparentemente científica a los actos restrictivos, tal como antes lo hicieron la antropología criminal y la biotipología, y como algún día lo hará aquello que sustituya al examen criminológico, cuando sus deficiencias se tornen insalvables.

156. CLINICAL RESEARCH IN BELGIAN CRIMINOLOGY

PIOTR STĘPNIAK
Poznan University of Medical Science
Poznań, Poland¹

I. INTRODUCTION

The article discusses selected problems associated with the clinical approach in criminological research, which is predicated on psychiatric examinations. This is one of the possible approaches in criminology and occupies a significant position in its accomplishments.

This approach was pioneered by Belgian criminologists from the Catholic University of Louvain, who later established the school of clinical criminology, also known as the school of passage à l'acte. Its principles are based on the results of their research and analysis. They used them in research on the genesis of crime, conducted with the participation of perpetrators. The psychiatric paradigm of this approach brought their research closer to clinical trials in medicine. The distinction was that the latter entailed the recruitment of individuals to evaluate the safety and efficacy of new drugs, therapies, diagnostic methods, or medical products before their approval for general use. In principle, however, clinical research in criminology should also entail a certain type of therapeutic consequence².

¹ ORCID ID 0000-0001-8828-7031.

² Ch. DEBUYST, «A Clinical approach to the aetiology of crime», *International social science journal*, XVIII, 2 (1966), p. 151.

As a result, the clinical approach to the criminal has been developed within the framework of applied criminology, focusing not only on diagnosing the medical, psychiatric and psychological aspects of his act, but also, and perhaps above all, on working with him. It assumes that it can be presented and studied in the same way as a «disease phenomenon»³. Taking the above into account, it is easy to understand why they were and are used primarily in individual studies conducted for practical purposes.

II. THE ORIGINS OF THE CONCEPT OF PASSAGE À L'ACTE AND SCHOOLS OF CLINICAL CRIMINOLOGY

The clinical approach used in practice in the study of prisoners gave impetus to the development of scientific concepts, particularly the emergence and development of scientific schools of clinical criminology. The Belgian psychiatrist Etienne de Greeff is considered the founder of the first of these. It was established at the University of Louvain-la-Neuve in 1929, and subsequent schools were established at other Belgian universities a few years later, as well as at French and Canadian universities over time.

Étienne de Greeff was a psychiatrist. He was employed as a medical anthropologist at the central prison in Louvain beginning in 1926. This allowed him to supplement psychiatric examinations of prisoners with criminological research, which allowed him to develop a clinical approach to researching the genesis of crime, especially murder. Based on this, he elaborated the psychiatric-criminological concept of maturation into crime and later developed into criminology of passage à l'acte. Its key notion was the concept of criminogenesis, which he introduced. By this concept, he understood the dynamic mental process occurring in the perpetrator's mind, leading them to commit the crime of murder. He established criminogenesis, thus defined, as the primary focus of his research. His findings, as well as the work of his students and followers, constitute the foundations of clinical criminology as a subdiscipline of general criminology with a psychiatric focus.

In a report titled *Criminogenèse*, E. de Greeff initially introduced the assumptions and theses of the concept of passage à l'acte. At that time, he was already a professor at the University of Louvain, where he joined after finishing his work in the prison in Louvain. He presented the report at the Second

³ H.N. BARTHE, G. OSTAPZEFF, *Criminologie clinique*, Paris 1992, p. 11.

International Congress of Criminology in Paris in 1950⁴. He dissociated himself from the positivists because of their rigid determinism and he contended that criminals should be regarded as they perceived themselves. In his view, this was only possible through a clinical approach, involving individual, psychiatric examinations of their psyche. While working at Louvain prison, he performed these examinations as part of his duties as an anthropologist and prison psychiatrist.

The concept of the genesis of the crime of murder, based on the results of this research, had a clear psychiatric inclination. Consequently, the clinical approach to criminological research that de Greeff introduced is traditionally linked to psychiatry and medical sciences. As a psychiatrist, he believed that adopting an integral view of the human requires that the criminal's personality be the focus of study. He designated this personality as psychic personality⁵.

However, it's difficult to find any more coherent, more general criminological theory in de Greeff's work. Instead, he concentrated on the description of clinical examinations of criminals through case studies. He did not aspire to conduct interdisciplinary analyses, which, as a result of the advancements in the social sciences, diminished the explanatory power of his concept of passage à l'acte over time.

III. FURTHER DEVELOPMENT OF CLINICAL CRIMINOLOGY

Psychic personality research provided the impetus for the rapid advancement of the clinical paradigm of criminological research. It was primarily developed by Christian Debuyst, a student of de Greeff, in the subsequent years. His works, alongside those of the founder of the Louvain school of clinical criminology, now constitute a classic among its theoretical achievements. According to Ch. Debuyst, the term «clinical» examination, due to its etymology, generally means «conducted at the patient's bedside»⁶. A clinical medical interview then involves establishing personal contact with the patient. It allows the patient to express themselves and explain their feelings and experiences. The clinician uses the information obtained this way, as well as their own observations, to make a diagnosis and determine a course of treatment. The interview method can be supplemented with various tests. Regardless of the method,

⁴ E. DE GREEFF, «Criminogene», in: *Actes du II Congrès International de Criminologie*, vol. II, Paris 1950.

⁵ E. DE GREEFF, *Introduction à la criminologie*, vol. 1, Bruxelles 1946, p. 16.

⁶ Ch. DEBUYST, *op. cit.* p. 151-161.

however, the examination, which aims to understand the etiology of the disease and make a diagnosis, entails a specific type of therapeutic consequence⁷.

According to Ch. Debuyst, the problem arises in a slightly different form when the subject of clinical examination is a criminal. After all, he is not a patient suffering from a specific ailment. It is, of course, possible to assume that his conflict with the law indicates a disruption in socialization and therefore a type of personality disorder. It may also indicate that the issue lies in the fact that important social values have lost their significance for him. However, it's rare for a criminal to be fully aware of this or spontaneously discuss their difficulties in this area, requesting treatment. In reality, he believes that committing a crime isn't abnormal behavior. On the contrary, it's a consequence of a deliberately chosen attitude. Therefore, the genesis of their act is specific and individual. Therefore, it must be recognized, which, however, requires more than a simple search for objective factors of criminality⁸.

Ch. Debuyst also points out another aspect of the criminal's clinical examination. It takes place in a context that hinders the patient's ability to express themselves freely. The patient describes the symptoms they suffer from because they are placed before someone who will listen and can heal them. Without this initial trust in the doctor, they would strongly resist and likely try to limit personal contact to a minimum. The criminal is essentially in the same situation as the patient who lacks self-confidence. Ch. Debuyst argues that their relationship with society is actually a form of self-defense, which can be a hindrance in therapy. According to him, this has only recently been acknowledged, so a more serious discussion of the problem of «treating» criminals has not progressed beyond the initial stage. Consequently, their position, or situation, in relation to the doctor remains ambiguous.

According to Ch. Debuyst, the clinical approach to crime and its perpetrator is comprised of two inextricably linked stages. The first phase entails an attempt to diagnose the individual by evaluating their personality; the subsequent phase initiates the therapeutic process. The second stage gives purpose and meaning to the first. However, under current legal regulations, the clinical approach does not encompass the second stage. In practice, the attempt at therapy is abandoned, and the focus is on getting to know and understanding the subject's personality. In other words, only those personality traits that may explain why they have entered into conflict with the criminal law are identified.

⁷ *Ibidem*, p. 151.

⁸ *Ibidem*, p. 152.

As can be seen, in Ch. Debuyst's early works, the personality perspective was as prominent as in de Greeff's. Later, however, he began to recognize that the study of criminogenesis required more complex, multicausal approaches. Ch. Debuyst was not a psychiatrist but a lawyer and psychologist. For this reason, he viewed the process of criminogenesis more broadly than E. de Greeff. Influenced by questions posed by American criminology, particularly the so-called Second Chicago School, he gradually began to analyze it in multifaceted terms. As a result, he attempted to redefine the clinical approach in his research.

IV. ATTEMPTS TO REDEFINE CLINICAL ATTITUDE

Redefining the clinical approach paradigm was necessary for many reasons. The first of these was the limited explanatory power of the individual studies in which it was used. Their results could not be standardized. As a result, the process of maturing into crime, or, to use Belgian terminology, *passage à l'acte*, could only be observed at the level of individual situations. Second, systematic recording of the data thus obtained would only be possible if their categories could be generalized. Unfortunately, this proved very difficult. Without this, however, it was impossible to relate their categories to various other categories, including social, cultural, economic, political, and so on.

Finally, if E. de Greeff assumed that criminogenesis research focused on the analysis of individual cases, he thereby limited the possibility of using a clinical approach to formulate more general conclusions and statements. These would be more or less abstract⁹. Paradoxically, the richer the results of individual studies, and therefore also clinical ones de Greeff's, were in terms of information, better able to present a picture of the psyche, fate, and overall life situation of a specific perpetrator, the more difficult it was to standardize them. Therefore, de Greeff's psychiatric perspective on the origins of crime could only offer a fragmented picture.

E. de Greeff, moreover, recognized the problem of overly hasty standardization, which significantly simplified the picture of reality. This is probably why he avoided it. Nevertheless, he recognized that studying a criminal career did not exclude analysis of the circumstances in which the criminal found himself and such etiological factors as economic, geographic, familial, and

⁹ L. TYSZKIEWICZ, «Kryminogeneza i sposoby jej badania», *Archiwum Kryminologii*, vol. XXIX-XXX, 2007-2008, p. 219.

even meteorological¹⁰. The key question for him, however, remained why a real, specific perpetrator was influenced by such a factor. Thus, the psychiatric paradigm of criminological research was his fundamental approach. The turn towards multi-aspect analysis came only in the works of his successors and students. Formulating this model, though vitally necessary given the development of social sciences, proved equally complex.

Due to this, attempts to expand the classical clinical approach from a multicausality perspective are few. The most important of them assume a reworking, and therefore a change of the methodological paradigm. These attempts have taken various directions.

One of the first attempts was undertaken by de Greeff's student and successor, Ch. Debuyst. Within this framework, he formulated new assumptions intended to raise the generality of conclusions from individual clinical studies to a higher level.

In pursuing this direction, he first questioned the classical, clinical approach of E. de Greeff, which he judged to be inherently ambiguous. He describes it as follows:

«We are struck by an apparent contradiction: if we call deviants those whose behavior goes beyond the usual norms and who are therefore the object of special attention of society, then we find in them as many fragments that testify to the existence of a fundamental identity of all people, regardless of whether they are deviant or not, as fragments in which there are radical differences separating the former from the latter»¹¹.

This contradiction, according to him, could only be resolved by redefining the foundations of this approach, or more specifically, the clinical approach. Therefore, Ch. Debuyst turned his attention to what E. de Greeff called the «structure of drama» among criminals. He explains it as follows.

«It is constituted by the experiences they have had and the characteristics that are theirs; the evolution they follow and which seems to suit them; the necessity or inner requirement that opposes the rules of society, which has the effect of placing them on its fringes»¹².

Analysis of this structure, and especially the evolution of experiences as an element of this structure, led Ch. Debuyst to focus not on the static perso-

¹⁰ E. DE GREEFF, *Introduction...*, p. 57.

¹¹ Ch. DEBUYST, *op. cit.*, p. 151.

¹² *Ibidem*, p. 152.

ality traits of criminals but on the study of their criminal careers. Consequently, in his clinical approach, he employed the concept of process, which he gradually contrasted with personality, although he did not definitively exclude it from it. His studies of young thieves aimed to identify specific types of criminogenic processes by determining how their behavior gradually acquired meaning. So he analyzed their life stories, including a series of different situations. In these situations, young people tried to express themselves or demand acceptance for themselves.

According to Debuyst, the situation was therefore an external factor, could be environmentally dependent and, as such, constituted an important element of the criminogenic process. One of the key theses in his work was the thesis about the connection, or interaction, of such a situation with the personality of the potential perpetrator of the crime¹³. The mere existence of a particular personality type was not sufficient to justify the transition to a prohibited act. It develops only in a specific external situation.

In his 1975 article, «New trends in contemporary criminology: questioning criminal psychology and its subject matter» Ch. Debuyst argues that criminogenesis research should take into account the theses of American symbolic interactionism and social reaction theory.

However, he questions the very existence of criminal psychology. He writes that if these theses are taken into account, «the subject of what is commonly called criminology of passage à l'acte (transition to the act) loses its coherence»¹⁴. So he asks why.

In answering this question, he states that interactionist research that incorporates sociological theses of social reaction requires a «significant expansion» of the clinician's field of research. If one assumes that criminal behaviors have no common characteristics beyond being sanctioned by criminal law, then they can no longer be defined as criminal, because they pose a problem for the group that responds to them. Therefore, they should not be studied as incriminated, but merely as problematic, or perceived as such.

This line of reasoning suggests that criminal psychology is losing its specificity. Nevertheless, according to Ch. Debuyst, a criminal act cannot be defined solely as a «construction resulting from a social reaction»¹⁵. Consequently, he tries to use some of the theses of criminal psychology to correct the paradigm of the clinical approach.

¹³ Ch. DEBUYST, «Les nouveaux courants de la criminologie contemporaine. La mise en cause de la psychologie criminelle et de son objet», *Revue de droit pénal et de criminologie*, no. 10 (1975), p. 846.

¹⁴ Ch. DEBUYST, «Les nouveaux courants...», p. 860.

¹⁵ *Ibidem*, p. 860.

He therefore assumed that criminal behavior should be defined as problematic behavior, which, like other such behaviors, is subject to stigma. Consequently, he proposed broadening the field of «criminal» psychology to include all problematic behaviors. He suggested studying «situations» or groups of problematic situations to focus on the interactions and conditions under which they arise in a given social environment. He therefore asked psychologists and clinicians to analyze «the criminal perspective and the consequences it imposes on the clinical perspective»¹⁶. According to him, «certain personality traits, such as aggressiveness, emotional insensitivity, etc. [...] depend on a set of complex variables, some of which are undoubtedly situational and determined by the penal perspective»¹⁷.

The development of social sciences provided a new impetus for analyzing these relationships. Beginning in 1973, Ch. Debuyst turned to a broader interdisciplinarity in his research on criminogenesis. He recognized the need to integrate psychiatric and psychological approaches with the new concepts emerging in these sciences. As a result, he reworked the concept of clinical criminology, incorporating the theses of the American social labeling theory, which was gaining popularity in Europe at the time¹⁸. He drew specifically on the work of E. Lemert for this purpose. They argue that deviance is a kind of career, involving the acquisition of social roles as a result of specific reactions from one's environment. Because the concept of criminal career was also used in clinical criminology by Ch. Debuyst, the same problem could be studied from a multifaceted perspective, becoming the subject of research across various scientific disciplines.

As a result, Debuyst began to point out the possibility and necessity of integrating the clinical approach with the perspective of interdisciplinary analysis of the process of maturing into crime. However, he did not provide more specific guidance on how to synthesize various approaches and concepts in this regard.

V. TOWARDS THE INTEGRATION OF SOCIOLOGICAL KNOWLEDGE WITH A CLINICAL APPROACH

Further attempts, as younger representatives of the Belgian school, F. Digneffe and Ch. Adam, put it, to «integrate sociological knowledge into the

¹⁶ Ch. DEBUYST, «A Clinical approach to the aetiology of crime...», p. 158.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cf. H. S. BECKER, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. New York 1963. E. LEMERT, *Human Deviance. Social Problems and Social Control*. Englewood Cliffs 1967. Also: A. SIEMASZKO: *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*. Warszawa 1999.

very heart of the psychological approach»¹⁹, date back to the turn of the 1970s and 1980s.

They describe the direction of this search. According to them, reformers, pointing to «biases introduced into clinical research», attempt to explain how certain «personality traits, such as aggressiveness, emotional insensitivity, etc. [...] depend on a set of complex variables, some of which are undoubtedly situational and determined by the penal perspective»²⁰.

This leads to a new perspective on the classical clinical approach to criminogenesis research, even moving away from it towards examining the normative and political assumptions of criminal law. According to F. Digneffe and C. Adam, this allows for combining this approach with the achievements of symbolic interactionism and social reaction theory.

These attempts appear to be rather visionary in nature, meaning they tend to be less theoretically grounded. They can be described as attempts to find a place between classical clinical criminology and the achievements of other criminological schools, especially the so-called Second Chicago School²¹. This is evidenced, for example, by the recommendation that the clinician should be required to pay special attention to anything that would direct his or her gaze towards the subject marked as a criminal and that would distort his or her image, reducing it to negative aspects.

In 1985, this general perspective allowed F. Digneffe and Ch. Adam to develop new assumptions for research on the genesis of crime. In their opinion, both this proposed model and the criminology based on it are merely theoretical attempts to approach clinical criminological issues of an epistemological nature²². In this context, however, they raise a fundamental question: what does it mean for a clinician to distance themselves from the criminal justice system within which they work? More broadly, what is the status of their knowledge in criminology, given the type of etiological reconstruction it attempts?

It is worth assessing that these questions are among the most important in contemporary criminology, as previous efforts to explain the mechanisms of crime have yielded unsatisfactory results. They seem to have been posed in opposition to the explicit utilitarianism of the currently dominant trends in contemporary global criminology.

¹⁹ F. DIGNEFFE, Ch. ADAM, «Le développement de la criminologie clinique à l'École de Louvain», *Criminologie*, no. 37/2004, pp. 47-70.

²⁰ F. DIGNEFFE, Ch. ADAM, *op. cit.*, p. 59.

²¹ Widely on this topic P. STĘPNIAK, «Belgijska klinika kryminologiczna a rozwój nauk społecznych i prawo karne», *Archiwum Kryminologii*, vol. 44 (2022), p. 251-285.

²² F. DIGNEFFE, Ch. ADAM, p. 59.

As D. Szabo states, the new research paradigm being developed within these works assumes redefining the tasks and basic concepts of criminology, so that it becomes a kind of framework that unites numerous criminological theories and approaches. Due to the lack of cooperation in this area between various criminological schools, each of them understands them differently. Redefining the concepts, or more precisely, unifying them, would help develop a model of applied criminology, which, through appropriate measures, would be helpful in creating a more rational justice system²³.

In this context, Louvain criminologists, reworking the classic clinical approach, are currently focusing on key concepts of criminology, such as «behavior», «situation», «act» and so on. Analyzing the changes occurring within them, influenced by the development of various disciplines, they point out how they have led and continue to lead to conflicts between schools and paradigmatic struggles. According to them, these conflicts constitute a fundamental obstacle to formulating an interdisciplinary perspective of analysis. Each school jealously guards its own achievements, closing itself off from dialogue with others.

The current efforts undertaken in Louvain to refine the language of criminology lexically and semantically, which could help alleviate these conflicts, are therefore much needed. Historical «epistemology» has contributed to its freezing and ossification, evident in the rigid definition of concepts. Unfortunately, making the language of criminology more flexible is not easy and is clearly difficult.

VI. THE TURN TO PSYCHOANALYSIS AND PSYCHOPATHOLOGY. THE CONCEPT OF THE CRIMINAL AS A SOCIAL ACTOR

Apart from attempts to lexically and semantically improve the language of criminology to redefine the foundations of the clinical approach, Belgian criminology also attempts to strengthen its theoretical framework.

In 1989, an international symposium was organized in Louvain to celebrate the work of Christian Debuyst. Its participants, pointing out the need to turn towards enriching the clinical approach in the perspective of interdisciplinary analysis, initiated an interesting discussion on the possibility of expanding its theoretical foundations. During this symposium, attention was drawn to the concept of the «social actor», which, according to the symposium participants, enables an articulation between two «criminologies». This articula-

²³ D. SZABO, *Criminologie et politique criminelle*, Montreal 1978, p. 173.

tion is necessary given the widening gap between the so-called criminology of passage to the act (*passage à l'acte*) and the criminology of social reaction, as well as the implications of this conflict for practice.

The works of Jean Kinable are particularly noteworthy in light of this articulation. In 1990, in Louvain, he presented a text titled «Le sens de la délinquance»²⁴. It is a key point in the process of updating the principles of the clinical approach also from a psychoanalytic perspective.

According to him, the essence of the social actor paradigm is fiction, a kind of reading grid for what one does, as well as utopia. As such, they would replace, at the level of penal law and criminology, the existing fictions upon which this knowledge was built. This refers to the lack of free will in deciding to commit a crime and the resulting liability for prohibited acts, determinism, and the so-called danger posed by the perpetrator. Important elements of this paradigm would therefore be a new reading grid and utopia. The first would enable the integration of more complex data, the second would indicate new interpretations and present a new normative scope.

According to J. Kineable, the criminal, as a social actor, is an active participant in social life, not passively subject to instincts or biological predispositions. He is shaped by interactions with others, the influence of the group, the environment, and society, which may motivate them to commit criminal acts. Therefore, it is crucial to understand the social context of the genesis of crime, in which the criminal is not separated from society. They constitute a part of it and interact with it.

The offender learns and develops his or her behavior through interactions with other people. A clinical approach would therefore involve examining how he or she constructs his or her perception of reality and what may influence the decisions he or she makes. Instead of focusing solely on the act of crime itself, the study should consider the broader social context in which the offender functions, just like any other individual.

According to J. Kineable, identification of each criminal as a social actor can contribute to the development of ideal conditions for «doing justice». The idea is to accept every point of view. This would be a condition and a premise for the fairness of the decisions made within it.

²⁴ J. KINABLE, «La prise de parole entre motivation, intention et affect: pathoanalyse à partir du psychopathe», in: *Transhumances. Constructions de savoir en situations cliniques: dialogues sur le langage en acte, Actes du colloque*, Namur 1999, p. 19-31; this author: «Le sens de la délinquance», in: F. Digneffe (ed.), *Acteur social et délinquance. hommage à Christian Debuyst*, Liège-Bruxelles 1990: abords de la psychopathie. *Les cahiers des Archives Szondi*, Cabay, Louvain-la-Neuve 1984.

J. Danet²⁵ and other contemporary representatives of the passage à l'acte school define a social actor as an entity with its own perspective. However, this actor is dependent on the social position it occupies and the life history of which it forms a part. It is also an exponent of the projects around which he organizes his activities. Such a complex definition of the subject must be integrated and reflected upon in clinical research.

Nevertheless, according to them, the perspective of reality is the perspective of the criminal himself. Therefore, in examining the mechanisms of criminogenesis, the criminal should be given space for self-determination of his action, often independent of the conditions of social life and the requirements of legal reality.

This perspective can be considered clinical in the sense that the language used by the criminal is evidence and an indicator of their subjectivity. This latter is expressed in the phenomena categorized under the concept of criminality. Scientific conceptualization must therefore accept the word as both an object and a method for discovering phenomena. This is both in its clinical context and through it.

Consequently, the clinical approach perspective that has been described is not causalistic, as it suggests the necessity of distinguishing between various criminogenic factors. On the one hand, it enables us to construct models explaining the occurring phenomena, but on the other, it has a procedural dimension. It allows us to discover, through words, the developing process of pathogenesis or fate. At the same time, it relativizes any opposition between normality and pathology, between healthy and ill people. This difference stems from the anthropological incorporation of the category of illness into analyses, as once suggested by so-called anti-psychiatry²⁶.

Another current trend, which is currently clearly visible in the work on changing the paradigm of the clinical approach in Belgian criminology, is associated with the name of Jacques Schotte. It can be described as pathoanalytic. It includes studies related to criminal psychopathology. According to F. Dignette and C. Adam, however, these studies are merely a confirmation of Z. Freud's recommendations, adopted from a new reading of the works of the little-known Hungarian psychiatrist Léopold Szondi²⁷.

²⁵ Cf. J. DANET, «Dangerousness, a criminological, secular and mutant notion», *Champ Pénal* 5/2008.

²⁶ A social and intellectual movement based on the belief that psychiatric treatment is more often harmful than helpful to patients. Objections to psychiatry include the use of techniques that are ineffective and highly harmful. Cf. ex.: H. A. NASRALLAH, «The antipsychiatry movement: Who and why», *Current Psychiatry*, Oxford 2011; T. BURNS, *Psychiatry - A Very Short Introduction*, Oxford University Press.

²⁷ F. DIGNEFFE, Ch. ADAM, *op. cit.*, p. 57.

VII. CONCLUSIONS

In summary, the following conclusions can be drawn.

1. The perspective of integrating the clinical approach in research on criminogenesis with theories of social sciences, e.g., social stigmatization, is only a certain vision of the development of criminology and is of an epistemological nature.

It appears that a clinical approach to studying the genesis of crime is best suited for individual studies, as well as for practical applications, not just in prison settings. The founder of the Belgian school of criminology, Etienne de Greeff, was initially a psychiatrist at Louvain Prison. It was on the studies of prisoners, which were part of his duties as a prison officer, that he based his scientific concept of criminogenesis, called *passage à l'acte*. Moreover, it was rather restricted in scope, as it concerned murderers serving sentences in that prison. De Greeff did not attempt to extend this concept to perpetrators of other crimes. It is therefore difficult to consider it more universal.

2. While it is relatively easy to apply a clinical approach to the analysis of an individual process leading to a crime during the execution of a sentence, and therefore in practice it depends only on whether we have a psychiatrist appropriately trained in this field, the matter becomes more complicated when trying to generalize the results of individual studies, i.e., their standardization.

3. The basic problem of generalizing the results of clinical research is to determine the method of standardizing the observed individual situations in which the process of maturing to crime took place (*passage à l'acte*). Systematic recording of data under these categories would be possible only if they could be precisely defined. Unfortunately, this is very difficult. Without this, however, relating these categories to various other categories, including social, cultural, economic, political, etc., becomes impossible.

4. The possibility of discovering correlations between clearly defined mental and biological factors and other criminogenic factors also remains in question. This applies especially to socio-cultural factors indicated in the theses of social stigmatization theory. Ch. Debuyst, like his successors, did not investigate such correlations because their syndromes are too complex.

5. The fundamental difficulty in applying the clinical approach within an interdisciplinary, multifactorial analysis is that it can only be a practical research method if the clinician expresses his or her judgments in concepts and categories that are suitable for this type of analysis. However, a certain paradox becomes apparent here. To demand that he do so would mean a complete

change in his attitude. The clinician would likely hesitate, lest he be confronted with a vast array of data that he would struggle to interpret. Faced with such reluctance, however, their refusal leads to a rejection of the possibility of synthesis in criminological research.

6. The clinical approach is extremely difficult to apply in etiological research for another reason. Traditional research methods, such as surveys and interviews, fail. This is particularly evident in the case of a deviant group, which lives by standards different from those of society as a whole and whose members automatically adopt a defensive stance towards members of that society. However, it is difficult to precisely define the cultural standards on which such individuals base their motivations and actions.

7. The value and significance of the attempts and directions presented in this text to expand the theoretical foundations of the clinical approach, especially with American concepts of social sciences, lie in the fact that they point to the hidden utilitarianism of knowledge. This allows us to understand why criminal behavior should be studied as an «objective attitude» or «fact» the negative evaluation of which is quite obvious. This type of approach best suits our organization as a society, as well as the nature of the penal response, which focuses on the individual. This way of perceiving crime is «determined» by the social reaction.

The clinician should therefore be aware of why the penal system transformed the individual fact or objective attitude they are examining into a crime. By conducting an individual «personality test» related to this fact, they must also consider participating in a «utilitarian» vision of the penal system. This is currently the most important conclusion resulting from attempts to integrate the clinical approach with the achievements of other sciences.

157. LA PROTECCIÓN DE LAS AFIRMADAS VÍCTIMAS EN EL JUICIO PENAL

IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI

Magistrado

Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Doctor en Derecho Penal

PRELIMINAR

Han transcurrido veintidós años desde que, bajo la sabia dirección del maestro José Luis de la Cuesta, defendí mi tesis doctoral con el título «El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento». Esta reflexión es una actualización de alguno de sus aspectos. Quiero que sirva de sentido y público homenaje a quien, junto al añorado Antonio Beristain, me enseñó que el respeto a la dignidad humana es el terreno vedado a la disidencia. Gracias por tal lección.

I. INTRODUCCIÓN

El juicio penal del Estado democrático se configuró en su origen como un espacio de garantías para la persona acusada de haber cometido una infracción penal. El objetivo era evitar un ejercicio arbitrario del poder de penar del Estado. Ello conllevó la coetánea «invisibilización» de los daños emocionales que pudiera provocar a las afirmadas víctimas su tránsito por el proceso penal. Eran catalogados como efectos inherentes a su participación como fuente de prueba en el juicio. De ahí el desinterés normativo y jurisprudencial por cual-

quier análisis que pretendiera introducir en el dibujo del juicio penal el espacio de protección para las afirmadas víctimas.

Que la declaración de la afirmada víctima sea fuente de prueba, con todo lo que ello conlleva en términos de tutela del derecho de defensa, no excluye, sin embargo, concebir el juicio, también, como un espacio para poder gestionar de la mejor forma posible la situación vivencial sufrida y la que le puede generar el contacto con el sistema judicial¹. Adicionar al juicio, en definitiva, la perspectiva de la acogida, el apoyo y el acompañamiento a las afirmadas víctimas.

En este cambio es determinante la regulación contenida en el artículo 3 de la Ley 4/ 2015, de 27 abril del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD). El citado precepto construye un estatuto jurídico de las víctimas al reconocer a todas ellas un derecho a la protección, a la información, al apoyo, a la asistencia, a la atención, a la reparación y a la participación activa en el proceso penal. Desarrollando este estatuto, regula, también, el derecho a atender y ser entendida (artículos 4 a 9 LEVD); el derecho a la asistencia y apoyo (artículo 10 LEVD); el derecho a la participación activa en el proceso penal tanto en su fase declarativa como de ejecución (artículos 11 a 18 LEVD) y el derecho a la protección (artículos 19 a 26 LEVD).

El reconocimiento y desarrollo de estos derechos permite a la afirmada víctima afrontar el recorrido por el sistema judicial de otro modo: acompañada, asistida y apoyada. No se elimina la situación vivencial dolorosa que accede al proceso; pero, al menos, se puede, sin embargo, conseguir varios fines: paliar su angustia ante el desconocimiento del procedimiento que se desarrolla; calmar su incertidumbre a través de la información; sosegar su inquietud ante la alarma que suscitan determinadas decisiones que quizá no se comprenden; y, sobre todo, no afrontar en soledad las actuaciones judiciales en las que necesariamente debe participar.

II. EL JUICIO ORAL ADVERSARIAL

1. En general

Una de las situaciones que se acaban de describir se produce en el escenario de juicio. Comprometido para la afirmada víctima, sin duda, y exigente

¹ Es muy significativa, al respecto, la experiencia trasladada por una víctima de agresión sexual en su misiva titulada «Ya no me importa que me juzguen»: «El sistema te deja desnuda ante lobos sedientos que te hacen sentir aún más miedo (...)» pero, aun así, «Me siento afortunada por haber podido terminar esto de tu mano (...) Me encontré con alguien que me ha hecho sentir comprendida, acompañada, protegida, cuidada y, sobre todo, alguien que me creía». *El País*, 3 de octubre de 2024.

para el juez o tribunal que ha de ser exquisito en la ponderación de los derechos y garantías en juego. Uno de los principios nucleares del procesal penal es que la prueba apta para desmontar la garantía de la presunción de inocencia es la practicada en el juicio oral. Este principio se asienta en tres razones: i) la contradicción es plena en ese momento procesal dado que las partes pueden afirmar y refutar; ii) la prueba es percibida directamente por el Juez o Tribunal que pronuncia la decisión y iii) se realiza en un acto público para las partes y la sociedad.

El derecho a la prueba garantiza, entre otras prestaciones, el acceso a los datos que permitan contrarrestar eficazmente las informaciones probatorias provenientes de los medios propuestos por otras partes del proceso². En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «(...) un aspecto fundamental del derecho a un juicio justo es que los procesos penales se desarrollen en condiciones contradictorias y en igualdad de armas entre la acusación y la defensa. El derecho a un juicio contradictorio significa que tanto la acusación como la defensa deben tener la oportunidad de conocer y cuestionar las pruebas presentadas por la otra parte (...)»³. Por ello, una regla inderogable del juicio es que la afirmada víctima, como fuente de prueba, tiene que ser interrogada por las partes en el juicio buscando el cuestionamiento de la fiabilidad de la información que aporta. Ha llegado, incluso, a sostenerse que las exigencias dimanantes de la presunción de inocencia obligan a partir del «principio de desconfianza», lo que comporta que no debe creerse a quien aporta elementos incriminatorios salvo que haya razones para considerar que lo que se transmite es correcto⁴. Es un escenario difícil para la afirmada víctima y, como tal, proclive a la revictimización dado que su testimonio se ofrece en un espacio que no está diseñado para que narre desde sus necesidades personales sino para que responda desde los intereses de quien acusa (que, en muchas ocasiones, es el Estado a través del Ministerio Fiscal) o de quien se defiende. Estos intereses exógenos, en muchas ocasiones, a las necesidades de las afirmadas víctimas, buscan, a través de preguntas, datos que avalen la petición de condena o introduzcan dudas que justifiquen la absolución. Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en contextos en los que la acusación se funda de manera prevalente en el testimonio de quien afirma ser víctima del hecho justiciable, «(...) la existencia de dos versiones irreconciliables de los hechos debe implicar de manera indeclinable una valoración de

² STS 184/2025, de 26 de febrero).

³ STEDH, caso Donohoe c. Irlanda, de 12 de diciembre de 2013.

⁴ STS 671/2021, de 9 de septiembre de 2021.

la credibilidad de las declaraciones obtenidas de ambas partes a la luz de las circunstancias del caso, que deben ser debidamente verificadas (...). El acusado, como exigencia del juicio justo, debe poder defenderse impugnando la credibilidad de la presunta víctima y poniendo de relieve cualquier incoherencia en las pruebas de la acusación (...) ⁵.

El momento de adquisición de la condición jurídica de prueba tiene un valor cognoscitivo y axiológico dado que permite a todas las partes controlar dos extremos relevantes: i) que los medios reúnan las condiciones precisas para acceder al cuadro de prueba y ii) que el tribunal es respetuoso con su contenido a la hora de elaborar su decisión.

2. La tutela victimológica

Buscando la neutralización del efecto patógeno de la revictimización que puede derivarse de un espacio que únicamente focalice los intereses de los acusados, se instauran tres reglas que tienen en cuenta, también, los intereses de las afirmadas víctimas: i) la contextualización del interrogatorio de la afirmada víctima a la luz del derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8.1 CEDH y el principio de protección victimal frente a riesgos de revictimización institucional: ii) la posible adopción de medidas de tutela intraprocesal específicas que permitan interrogar sin dañar y iii) la excepcional opción de acudir a contextos de preconstitución probatoria en supuestos de especial vulnerabilidad. Analizamos brevemente cada una de ellas.

En la primera regla, el derecho a la intimidad de la afirmada víctima puede actuar como un límite del derecho a la práctica de la prueba ⁶. En los casos en los que pueden verse afectados datos íntimos de la persona llamada a declarar, el tribunal debe evaluar en términos ponderativos el conflicto, identificando si hay razones serias, amparadas en otros derechos también fundamentales, que justifiquen la afectación del derecho a la intimidad y estableciendo, en su caso, las condiciones que pueden minimizar los costes afflictivos. Esta perspectiva encuentra acomodo en diversas normas supraestatales y estatales. Así: el artículo 54 del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica establece que «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los ante-

⁵ STEDH, caso MC c. Bulgaria, de 4 de marzo de 2004).

⁶ STS 383/2021, de 5 de mayo de 2021.

cedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sean pertinentes y necesarias»; el artículo 23.3 c) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y el Consejo de 25 de octubre de 2012 (en adelante, Directiva 2012/29/UE) menta que los tribunales adoptarán, respecto a las víctimas con necesidades especiales de protección, las medidas precisas para evitar que se formulen las preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal; el artículo 26.2 c) de la LEVD disciplina que los Jueces y Tribunales deben evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal considere excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima; finalmente, el artículo 709 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) determina que el Presidente del Tribunal podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, considere que sean permitidas y necesarias. Estas reglas comportan la obligación del Tribunal de impedir que la afirmada víctima sufra durante el interrogatorio una interferencia desproporcionada en su vida privada o una humillación adicional, evitando, de esta manera, que se transite del cuestionamiento del hecho al cuestionamiento de la persona que afirma haber sufrido el hecho. Puede, de esta manera, reformularse, incluso, el concepto de pertinencia probatoria a la hora de que el Juez o Tribunal valore la procedencia de una pregunta. De esta manera, a la tradicional función de exclusión de las preguntas que tratan de incorporar información que no conectan funcionalmente con el objeto del juicio, puede añadirse una función de inclusión que precisa que, además de la referida conexión, no exista una injerencia significativa en el derecho a la intimidad de la afirmada víctima, afectación, sin duda presente, cuando, sin vinculación clara y directa con las necesidades defensivas, se busca desacreditar el testimonio de la afirma víctima inquiriéndola sobre sus orientaciones sexuales o las relaciones del mismo carácter que de forma voluntaria ha mantenido o puede mantener con terceras personas⁷.

En la segunda regla, la reconstrucción del espacio de juicio con la introducción de medidas encaminadas a neutralizar riesgos de victimización provenientes del acusado o de sus entornos constituye un modelo de tutela en el que se tiene en cuenta la protección en una doble dimensión: i) como medida de se-

⁷ STEDH caso J.L. c. Italia, de 27 de mayo de 2021.

guridad personal ante determinados riesgos de reiteración victimal⁸ y ii) como protección emocional para neutralizar el impacto de la interacción con la persona acusada. Como contrapartida exige un juicio de ponderación y motivación de la decisión para garantizar debidamente el derecho de defensa y preservar la declaración de la afirmada víctima como fuente de prueba acudiendo a las denominadas escalas axiológicas móviles, presididas por la previsión legal, la necesidad para preservar interés constitucional y convencionalmente relevante y proporcionada en la limitación de las expectativas defensivas.

En el tercer plano, el tránsito a un modelo de protección que complemente la perspectiva de la revictimización –la que proviene del mismo victimario o de su entorno– con la victimización adicional –la que tiene su origen en el propio sistema público de justicia– se produce con el tratamiento a una clase específica de vulnerabilidad victimal: la que tiene como referente a los niños, niñas y adolescentes. A esta específica problemática nos referimos a continuación.

III. LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD Y LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA

La aprobación de la Convención de las Naciones, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, entronizó el paradigma del superior interés de los menores como elemento nuclear de la actuación de todos los poderes públicos, incluido el judicial. En otros términos, dotó de contenido al espacio de protección de las víctimas en el juicio penal nutrido de un elenco de derechos que integran su estatuto jurídico, entre los que destacan, la acogida, la atención, el acompañamiento y la reparación. De esta manera, se produjo una necesidad jurídica antes inexistente: la vinculada a la ponderación jurisdiccional cuando acaece un conflicto entre el derecho de defensa de la persona acusada y el derecho a la protección de la afirmada víctima. Emerge, por lo tanto, la necesidad de acudir a las denominadas escalas axiológicas móviles que, en cada caso, tratan de satisfacer los derechos concurrentes hasta el máximo de lo posible, y, en lo no factible, amparar al derecho preeminente mediante el desplazamiento del derecho concurrente en la medida imprescindible para la referida satisfacción⁹. Por ello, siguiendo la estela marcada por la Convención de 1989, con el complemento, a nivel europeo, de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, y de la Directiva 2012/29/UE,

⁸ STS 923/2022, de 24 de noviembre de 2022.

⁹ STS 1099/2024, de 28 de noviembre.

se producen unos cambios legislativos y jurisprudenciales encaminados a introducir medidas que tratan de evitar que se produzca un daño emocional a las niñas, los niños y los adolescentes cuando intervienen como fuente de prueba en un proceso penal. Esta novación normativa se realiza sin que ello suponga la devaluación del derecho a un juicio con garantías para la persona acusada.

Así, el artículo 26 LEVD dispone, como medidas de protección para los menores, la adopción de las decisiones que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. El precepto es clarividente a la hora de perfilar el objetivo perseguido –evitar o limitar una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito–; identificar su carácter –nueva fuente de perjuicios, diferentes, por lo tanto, a los producidos por el ilícito penal; señalar el origen de los citados perjuicios adicionales –el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio; es decir, el procedimiento judicial– y deslindar las claves ponderativas presentes cuando entran en conflicto con otros intereses legítimos –en la medida de lo posible–. A partir del reconocimiento del impacto emocional que el tránsito por el procedimiento judicial puede producir en los menores, el referido artículo 26 LEV perfila dos medidas jurídicas dirigidas a encauzarlo: i) que las declaraciones que se presten en la fase de investigación sean grabadas por medios audiovisuales y, en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puedan ser reproducidas en el juicio y ii) que las declaraciones referidas puedan recibirse por medio de expertos. El desarrollo de estas medidas se ha plasmado, tras el último cambio normativo producido con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en dos opciones jurisdiccionales diseñadas en los artículos 449 ter y 703 bis LECrim. La primera que, cuando se trate de menores de catorce años, su testimonio se practique como prueba preconstituida, garantizando el principio de contradicción en su práctica con la debida protección del menor a través de la neutralización de la interacción visual del investigado con él y permitiendo que se encuentre debidamente acompañado; se proceda a la grabación audiovisual para su reproducción en el acto de juicio oral y se efectúe utilizando al equipo psicosocial judicial como interlocutor en la formulación de las preguntas que se estimen pertinentes y necesarias. La segunda, que cuando se trate de mayores de catorce años, su testimonio en juicio se efectúe permitiendo que se encuentre debidamente acompañando y adoptando, en su caso, las medidas de protección que sean precisas para evitar el contacto visual con el acusado, pudiendo, previo informe pericial, exonerar de su presencia en juicio, acudiendo a la reproducción de la grabación de la

declaración sumarial efectuada con todas las garantías en aquellos casos en que su presencia en juicio puede generar daños adicionales de especial relevancia. El Tribunal Supremo ha ido perfilando una jurisprudencia en la que se ponderan los tres intereses que, en la medida de lo posible, hay que valorar. A saber: el derecho de la acusación a contar con los medios de prueba precisos para conseguir la acreditación de la hipótesis acusatoria; el derecho de la defensa a poder interrogar a las fuentes de prueba incriminatorias y, finalmente, el derecho del menor a no sufrir daños emocionales adicionales en el procedimiento¹⁰. De esta manera, en línea con lo perfilado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ la interpretación más plausible es la que neutraliza el riesgo de daño adicional a la víctima menor de edad mediante el ofrecimiento a las partes de una oportunidad real de interrogarla en un espacio de acogida, acompañamiento e interlocución especialmente preparado para ello¹².

IV. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El carácter absoluto de la presunción de inocencia como regla de juicio conlleva que únicamente quepa declarar la culpabilidad del acusado cuando las pruebas practicadas en el juicio permiten obtener esta inferencia de una manera lógica y concluyente. En estos casos, el devenir fáctico probado se ajusta a la manera en que debió producirse el suceso enjuiciado, convirtiendo al resto de hipótesis factuales concurrentes en manifiestamente improbables¹³.

El respeto a la presunción de inocencia como regla de juicio impide que se utilice para determinadas infracciones un estándar de prueba específico que aboque a que se estime acreditada la acusación a partir de un cuadro probatorio que, en otras infracciones penales, excluiría que se considere como probada la hipótesis acusatoria. En este sentido, no comparto la idea de calificar a la afirmada víctima como un testigo cualificado y convertirlo así en un criterio de ponderación de la calidad incriminatoria de su testimonio. Ello sería construir un estándar de prueba específico que hace depender la suficiencia de la prueba más de quién lo dice que de la calidad cognoscitiva de lo que se dice. La aproximación del Juez o Tribunal a la información trasladada por la afirmada víctima debe hacerse, como el resto de fuentes de prueba personales, desde el

¹⁰ STS 3/2024, de 10 de enero de 2024.

¹¹ STEDH, caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2022).

¹² SSTS 1025/2024, de 14 de noviembre).

¹³ STS 221/2023 de 23 de marzo.

prisma del principio de neutralidad propio de la deliberada perplejidad en el punto de partida que la presunción de inocencia demanda del juez de enjuiciamiento.

Tampoco cabe valorar el silencio narrativo como elemento de incriminación, aunque el mismo pueda responder, en un número no despreciable de ocasiones, a un estatus de subordinación. Y es que una cosa es que la comunicación sea un proceso complejo en el que se integran elementos verbales y datos extraverbales de forma que, dando pleno sentido a la garantía de inmediación, todos ellos puedan ser ponderados de una forma razonable y razonada en la sentencia a través de su justificación argumental, y otra muy distinta es que, ausente la comunicación verbal, se pueda conferir al silencio un valor inculpatario mediante la atribución a la afirmada víctima de aportes cognoscitivos que no hizo en el juicio, o, en su caso, a través de la sustitución de lo que no dijo por lo que otros testigos dicen que dijo. Y ello porque, de actuar así, se estaría infringiendo la disciplina de la prueba en el proceso penal bien porque se confiere eficacia probatoria a lo que no se mentó en el juicio, bien porque se atribuye valor acreditativo a lo que, dado su carácter referencial, únicamente puede tener esta significación cuando no existen aportes de conocimiento propio por la falta de disponibilidad de la fuente de prueba directa. Ello no excluye que, en casos de silencio de la afirmada víctima, deba valorarse el resto del cuadro probatorio para discernir si aporta elementos informativos de conocimiento propio que justifique la condena en términos compatibles con el derecho a la presunción de inocencia del acusado. En este último extremo es vertebral el posicionamiento proactivo de los poderes públicos en la obtención de las fuentes de prueba de la comisión del ilícito penal (artículo 2 LECrim) en búsqueda de elementos informativos de los hechos como restos biológicos, exploraciones físicas, testimonios de corroboración y dictámenes periciales, preferentemente.

Lo que es exigible, sin embargo, es que el aporte informativo del relato que ofrece quien afirma haber sido víctima se pondere conforme a parámetros generales que atienden a tres reglas: i) la credibilidad subjetiva de quien declara teniendo en cuenta elementos, situaciones o contextos que pueden sugerir una motivación espuria; ii) la fiabilidad del testimonio por la calidad y especificidad de los datos que se suministran así como por su coherencia en las diversas fases en las que se ha podido ofrecer el testimonio y iii) la corroboración de los citados datos por el conocimiento trasladado por otras fuentes de prueba. Examinemos brevemente cada uno de estos estadios.

En el plano de la credibilidad subjetiva, no es exigible la plasmación como regla de conducta exigible de cuál y cómo debió ser la actuación de la

víctima ante los poderes públicos tras sufrir una agresión, blandiendo, sin matices y de una forma descontextualizada, el argumento de «la tardanza» en presentar la denuncia como dato concluyente de lo inverosímil de lo denunciado. De esta manera: se obvia que la puesta en conocimiento de una noticia criminal por parte de quien afirma ser víctima es un derecho, no un deber (artículo 5 LEVD); se ignora que el único plazo legal para denunciar es el derivado de los tiempos de prescripción (sin perjuicio de la debilitación probatoria que puede producir la desaparición de elementos informativos incriminatorios); y se omite que la decisión de denunciar precisa neutralizar o minimizar sentimientos tan poderosos, como lo reflejan las encuestas de victimización, como el temor a represalias, la vergüenza por lo sucedido, el riesgo de estigmatización familiar y social, la culpa por lo sufrido, el miedo a someterse a un escrutinio público o el temor a no ser creídas¹⁴. Al respecto, destacan barreras interpersonales, socioculturales e intrapersonales para denunciar los delitos, vinculadas, en muchos supuestos, a factores de dependencia emocional y económica del acusado, del propio cuestionamiento personal por sentimientos de culpa y vergüenza y de desconfianza en el sistema institucional de justicia¹⁵. Tampoco es atendible la valoración de las retractaciones o conductas pretéritas de retiradas de denuncias como manifestaciones inequívocas de la mendacidad de la fuente de prueba, desvinculándola de la ambivalencia emocional que, en muchas ocasiones, preside los comportamientos procesales de quien afirma sufrir un contexto de dominación violento. Finalmente, no existe una afectación de la credibilidad subjetiva de la afirmada víctima por la existencia de una animadversión o rechazo del acusado sino que tal sentimiento se constituya en razón de ser de la declaración incriminatoria¹⁶.

En el plano de la fiabilidad, no se precisa una reproducción mimética del relato en cada uno de los testimonios que se vierte en cada fase del proceso. Lo determinante es que exista una sustancial coincidencia en la información que se traslada sobre el suceso enjuiciado. Ello permite dotar de consistencia interna y descriptiva a la narración vertida. Al respecto, las contradicciones que afectan a la calidad reconstructiva de la información aportada por un testigo son las que acaecen cuando el testigo incluye en el relato vertido en las distintas fases procesales hechos incompatibles entre sí. En este marco, cabe concluir que alguno de ellos no se ajusta a la realidad¹⁷, lo que introduce severas dudas en la fiabilidad del conocimiento trasladado.

¹⁴ STS 247/2018 de 24 de mayo.

¹⁵ STS 239/2025, de 13 de marzo de 2025.

¹⁶ STS 611/2022, de 17 de junio de 2022.

¹⁷ STS 980/2022, de 21 de diciembre de 2022.

En el plano de la corroboración, el valor reconstructivo de la información suministrada por la afirmada víctima se conecta con el grado de compatibilidad que presenta con el resto de elementos que integran el cuadro probatorio. La funcionalidad corroborativa suele desenvolverse en los aspectos contextuales en los que se produce el hecho y permiten medir la fiabilidad de la información ofrecida por los sujetos intervinientes en la interacción enjuiciada¹⁸. No es factible la utilización como específico factor de valoración del relato de la afirmada víctima de indicaciones sobre el tipo de comportamiento que cabe predicar de una víctima cuando sufre una victimización violenta y/o sexual o qué tipo de socialización cabe esperar de la misma después de esta traumática experiencia. Como si la víctima, para ser considerada como tal, no puede desviarse de lo definido como víctima ideal: de la que se predica la implantación de estrategias activas de resistencia frente a la agresión (como si no fuera suficiente la ausencia de un sí expreso o tácito), así como el desarrollo de niveles ínfimos de vida social tras la misma (el aislamiento e introversión es la única vida posible para quien es víctima). Tampoco en el plano de los delitos sexuales, la consideración como un criterio de verosimilitud de lo narrado de la vida sexual precedente de la afirmada víctima, o la focalización del debate probatorio en el comportamiento de la misma y no en la conducta del acusado¹⁹.

Es importante resaltar que los jueces y tribunales, en su tarea de valoración del cuadro probatorio, tienen la obligación de emplear una argumentación racional y tal exigencia resulta incumplida cuando se acude a estereotipos nocivos, y como tales discriminatorios, para ponderar la fiabilidad de lo narrado por la afirmada víctima.

V. LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El modelo de justicia restaurativa ocupa un lugar vertebran en la construcción de un sistema de justicia dúctil a las necesidades de las personas. No procede hacer un desarrollo cumplido del mismo. Únicamente mencionar que, a impulso de la normativa supranacional (fundamentalmente, que no exclusivamente, la Directiva 2012/29/UE y la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal) se ha ido perfilando una normativa nacional (básicamente, la LEV y la disposición adicional novena de la LECrim introducida por la LO 1/2025) que

¹⁸ STS 771/2024, de 13 de septiembre de 2024.

¹⁹ STS 614/2019 de 11 de diciembre.

diseña el modelo de justicia restaurativa que puede funcionar como complemento o alternativa al adversarial.

Es un modelo que, con pleno respeto a las garantías jurídicas, aboga, si las partes lo quieren y responde a sus necesidades, por un proceso de comunicación interpersonal o comunitario, encauzado por terceros adecuadamente formados (los facilitadores) que persigue un triple objetivo: i) para las víctimas, lograr la reparación del daño injusto causado en cualquiera de sus modalidades (material, emocional, prestacional); ii) para los victimarios, conseguir que se responsabilicen del daño injusto causado y, finalmente, iii) para la comunidad, que se restablezca la vigencia de la norma infringida. El primer objetivo, posibilita que se restaure a la víctima en la posición quebrantada por el delito; el segundo, favorece la reinserción del victimario a través de la comprensión de la significación que lo realizado tuvo para las víctimas, lo que reduce el riesgo de revictimización con la consiguiente protección victimal; el último, permite la pacificación social a través del reconocimiento del valor de la norma como marco de protección de valores personal y socialmente valiosos.

La regulación contenida en la disposición adicional novena LECrim, que, como no puede ser de otra manera, reconoce la oficialidad de este modelo de justicia en el orden penal, debe ser interpretada en tres claves jurídicas. La primera, que se trata de un proceso garantista razón por la cual la remisión judicial del asunto justiciable al procedimiento de justicia restaurativa debe efectuarse atendiendo a las garantías de trato como inocente del investigado-acusado y protección de las afirmadas víctimas (disposición adicional novena 5 LECrim). La segunda, que se trata de un modelo estructurado en torno a los principios de libertad informada en su inicio, desarrollo y culminación y confidencialidad del espacio comunicativo facilitado respecto a la elaboración y ponderación del cuadro probatorio en el proceso penal (disposición adicional novena 1 LECrim). La tercera, que la incorporación del acuerdo restaurativo al procedimiento penal tiene lugar a través de alguna de las instituciones reguladas en el derecho sustantivo (sobreseimiento y archivo, condena atenuada y modalidades de inejecución condicionada de la pena de prisión, disposición adicional novena 9 LECrim).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho tiene una dimensión de acompañamiento a las afirmadas víctimas en el proceso penal que tiene que estar presente en los dos modelos del sistema de justicia. En el adversarial, potenciando las exigencias normativas

de atención, asistencia, apoyo, protección y reparación previstas en la legislación vigente de forma que el juicio justo abarque las garantías de defensa –espacio de la persona a quien se atribuye la comisión de un delito– y las garantías de protección –espacio de la persona que afirma haber sufrido un delito–. En el restaurativo, preservando que se respeten los principios de autonomía –el proceso comunicativo se cimienta en el consentimiento informado de las personas involucradas–; garantías –reconocimiento sustancial del hecho por aquél a quien le pertenece y restauración victimal a través de una conducta significativa del autor–; confidencialidad –el espacio de comunicación es inmune al conocimiento de terceros salvo que las partes decidan que se desvele– y seguridad –no hay riesgos para las afirmadas víctimas por la labor profesional de facilitadores competentes y formados.

158. IDEAS Y RETOS SOBRE METODOLOGÍA DE DERECHO COMPARADO

JAVIER VALLS PRIETO
Universidad de Granada

Tuve la suerte de conocer a José Luis de la Cuesta siendo presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal cuando, por su gran capacidad de convención, me uní a la sección internacional y nacional de la asociación. Si tengo que destacar algo del homenajeado es su gran capacidad para empatizar con las personas y su simpatía y buen trato. Estos elementos son suficientes para aceptar las propuestas que pone encima de la mesa. Si a eso añadimos una gran capacidad de trabajo, que además es de excelente calidad, sumando a que trabajamos temas comunes, como el Derecho Penal europeo o, como es el caso esta aportación, el derecho comparado.

Es un placer poder colaborar en el libro homenaje que ha organizado su magnífica escuela dentro de la Universidad del País Vasco y del Instituto vasco de criminología.

El derecho comparado se ha desarrollado en España circunscrito al estudio de la ley en los países de nuestro entorno y de Latinoamérica, lo cual es lógico, porque para parte de la doctrina la comparación debe basarse en una ideología común de los sistemas¹. Al mismo tiempo, también viene producido por la relegación de la esperanza del derecho comparado, en sus orígenes, de conseguir una norma universal que unifique a todos los ordenamientos jurídi-

¹ BORDA, A.Z.: «Comparative Law and the Ad Hoc Tribunals: The Dangers of a Narrow Inquiry», *International Journal of Legal Information*, n.º 40, 2012, p. 24.

cos y que con ello consiga un mundo mejor, en beneficio de concepciones menos ambiciosas, centrándose, en lo que se denomina, la micro-comparación y en el funcionalismo².

Por otro lado, la creación del Derecho Penal europeo, primero con el Convenio de Protección de los Intereses Financieros de la Unión y más tarde, con las reformas de los Tratados de la Unión y el fallido intento de Constitución para Europa, ha incentivado el estudio del Derecho comparado en los países de la Unión Europea. Ejemplos claros de esta interdependencia entre el derecho nacional y el derecho internacional son el medio ambiente³, la responsabilidad criminal⁴, el tráfico de drogas, crimen organizado⁵ o la responsabilidad de las personas jurídicas⁶. Labor que el Prof. De la Cuesta ha incentivado desde su actividad en la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Existe, sin embargo, una laguna en la doctrina penalista española que realiza derecho comparado que consiste en una ausencia de estudio de cuestiones metodológicas para este tipo de investigación. Lo que se prende hacer en este trabajo, justamente, es el de estructurar los diferentes puntos de interés en el desarrollo de esta metodología, que no trata sólo de la comparación literal de los textos normativos de dos Estados.

La ambición del derecho comparado va más allá del estudio legal. Pretende desarrollar un marco neutral, un lenguaje común con el cual diferentes sistemas legales pueden ser descritos de manera asequible y completamente entendible por abogados que pertenezcan a cualquiera de los sistemas legales estudiados⁷. Como se puede ver, la metodología del derecho comparado es más que el mero estudio del texto literal de la norma. El estudio de las instituciones que tienen que aplicar justicia y de sus culturas es necesario puesto que aquellas no son instituciones jurídicas que se encuentren cerradas que se encuentren aisladas a los cambios⁸.

² CURRAN, V.G.: «Critiquing Günter Frankenberg's Comparative Law As Critique», *German Law Journal*, n.º 21, 2020, p. 305.

³ FUENTES OSORIO, J.L.: «The effectiveness of environmental criminal law enforcement», en *A research agenda for environmental crime and the law*, 2025, ISBN 9781803929941, pp. 109-132, Edward Elgar, 2025, pp. 109-132.

⁴ ELLIS, J.: «General Principles and Comparative Law», *European Journal of International Law*, n.º 22, 2011, p. 949.

⁵ CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la: «Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010», *Criminalidad*, n.º 55, 2013, pp. 81-98.

⁶ CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista penal México*, 2013, pp. 9-33.

⁷ VAN HOECKE, M./WARRINGTON, M.: «Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 47, 1998, p. 530.

⁸ ELLIS: «General Principles and Comparative Law», p. 966.

I. METODOLOGÍAS DE DERECHO COMPARADO

Cuando se inicia una investigación de Derecho comparado debemos tener claro qué normas se van a comparar. Podemos tener normas en vigor o normas en proceso de formación o propuestas legislativas. Siguiendo la metodología de Karhu nos podemos encontrar con una cuadrícula con cuatro posibilidades. La primera sería *de lege lata* A a *de lege lata* B, la segunda posibilidad sería *de lege lata* A a *de lege ferenda* B, la tercera sería *de lege ferenda* A a *de lege lata* B y, finalmente, *de lege ferenda* A a *de lege ferenda* B⁹.

El primero de estos cruces es el clásico derecho comparado que se hace en investigación comparada. Así, podemos estudiar el fraude de subvenciones de la Unión Europea en España y Alemania, con la redacción pertinente de los tipos penales y comparar los diferentes requisitos que se exigen en cada uno. Se puede comparar conceptos y elementos del tipo penal y sacar conclusiones. Pero también será necesario saber los elementos comunes y diferenciadores de los principios del Derecho Penal en cada país y de los elementos de la parte general para poder entender bien el análisis jurídico de este delito.

La segunda posibilidad se da cuando una propuesta normativa se utiliza para la creación de una futura norma. Tal comparación no se puede limitar a la normativa nacional exclusivamente, no podemos caer en el error de considerar el derecho comparado únicamente con el ámbito de influencia de un país¹⁰. Esto suele ocurrir con las Directivas de la Unión Europea. La normativa de la Directiva sirve como interpretador y en muchos casos como pilar para la nueva norma o modificaciones legislativas que se tienen que dar en el país para implementar la normativa comunitaria. Al mismo tiempo, los países que implementan la regulación europea sirven de ejemplo para las futuras regulaciones del resto de países de la Unión.

En el caso *de lege ferenda* a *de lege lata* nos encontramos con la situación en la que una propuesta legislativa. Sirve para evaluar una ley válida de nuestro propio ordenamiento jurídico. Se analizan posibles reformas legislativas para mejorar la regulación vigente en un país basándose en regulaciones existentes en otros países. Este sería el caso de las reformas penales que plantean introducir una nueva ley en el Código penal y se beneficia del estudio de otros

⁹ KARHU, J.: «How to Make Comparable Things: Legal Engineering at the Service of Comparative Law», en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, M. Van Hoecke (ed.), Oxford: Bloomsbury Publishing Plc, 2004, p. 90.

¹⁰ COTTIER, M.: «Methode der Rechtsvergleichung», 2006: https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/l/bae/w/files/lb_se_kind/folien_methode_d-_rechtsvergleichung.pdf/%40%40download/file/folien_methode_d-_rechtsvergleichung.pdf&ved=2ahUKEwjO7eClo8eSAxVNRaQEHbfIIxsQFnoECAwQAQ&usq=AOvVawIKMAQGrHe0G6UeHSIoa058 accedido 7/2/2026.

ordenamientos jurídicos nacionales. Hace unos años, realizando una estancia en el Reino Unido me sorprendió que Inglaterra no tenía una legislación sobre la materia y estaban estudiando posibles modificaciones legales. En este caso en concreto el Código penal español tenía una de las legislaciones más desarrolladas de Europa y podía servir de ejemplo para esas reformas.

Finalmente, nos queda cuando una propuesta legislativa sirve para comparar otra propuesta legislativa. Es la situación en la que varios países tienen que modificar su legislación después de un acuerdo o norma internacionales. Se comparan los planes de reforma de dos o más países. Se parece mucho al primer caso, pero en vez de con normas con las propuestas legislativas que se están creando. Este modelo de análisis comparado es muy útil para trabajos preparatorios en los que es importante entender los procesos de creación de normas y en los casos en los que hay cambios constantes que no dependen de legislador como los códigos de comportamiento¹¹ de cumplimiento¹² en los que intervienen muchos actores, pensando principalmente en el sector económico o tecnológico en donde la autorregulación es un factor importante.

Determinar cuál de estos cuatro marcos de investigación posibles se puede utilizar diferentes metodologías de investigación, aunque, como veremos, todas ellas tienen puntos en común, aunque tengan nombres diferentes. En el caso del derecho comparado podemos observar cómo lo importante, más que la etiqueta que se le ponga es el grado de interdisciplinariedad que posea.

En la metodología que propone Eberle, se centra en cuatro en cuatro reglas para realizar su análisis comparado. La primera es el desarrollo de habilidades de razonamiento crítico que se aplicarán de forma científica y neutral¹³. Aquí debemos despojarnos de nuestros prejuicios innatos y nativos, o «bloqueo cognitivo», para poder revisar los datos de forma objetiva. Esto nos obligará a adentrarnos en lo exótico: explorar y explicar las fuerzas subestructurales y subyacentes que influyen y conforman la ley. Hay que estudiar la base cultural que tiene todo sistema jurídico que desde el punto de vista de un ex-

¹¹ VALLS PRIETO, J.: «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2022, p. 27; ROMEO CASABONA, C.M.: «Riesgo, procedimientos actuariales basados en la inteligencia artificial y medidas de seguridad», *REDS*, n.º 13, 2018.

¹² NIETO MARTÍN, A.: «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración», *REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2023, p. 3; PÉREZ MACHÍO, A.I.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español: a propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Editorial Comares, 2017; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «Cultura del cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas», *Encuentros multidisciplinares*, n.º 22, 2020, p. 41.

¹³ EBERLE, E.J.: «The Methodology of Comparative Law», *Roger Williams University Law Review*, n.º 16, 2011, p. 11.

terno al ordenamiento jurídico implica una labor antropológica para entender que mecanismos realmente influyen en la creación y aplicación del Derecho. Esto implica una inmersión en los contextos políticos, históricos, económicos y lingüísticos del ordenamiento jurídico que se quiere estudiar¹⁴. Una vez cubiertos los aspectos culturales se procede a establecer los datos que se han recopilado y se analizan desde los aspectos culturales de esa sociedad. El siguiente paso es evaluar, desde una perspectiva neutral, de forma cautelosa la evolución de los datos. La siguiente fase es la de trasladar las ideas y palabras de una cultura jurídica a otra. Esta labor implica que no toda palabra, idea o concepto va a tener cabida exactamente en el otro sistema ya que cada una de ellas tiene un contexto cultural diferente. Esta labor es difícil pero necesaria para entender el contenido exacto del concepto o idea que se quiere trabajar.

El segundo paso es la evaluación externa del Derecho¹⁵. El acto de comparar dos sistemas jurídicos requiere considerar las similitudes y diferencias de los diferentes datos jurídicos entre varios sistemas de Derecho, examinando los datos jurídicos que se están revisando, evaluando y comprender su contenido, significación y aplicación¹⁶. A partir de este momento se buscarán las similitudes y diferencias entre los ordenamientos jurídicos, observando que aportan cada una de ellas y que implican para esa sociedad.

El siguiente paso es la evaluación interna del Derecho. Este análisis se centra principalmente en los elementos culturales que definen la aplicación del Derecho, como pueda ser la costumbre, la historia, religión, ética, geografía, lenguaje, filosofía, interpretación y traducción¹⁷, el conjunto de fuerzas internas que determina la aplicación del derecho.

Finalmente, la cuarta regla consiste en determinar las observaciones comparadas. La recopilación de la información adquirida de los puntos de interés nos permitirá saber la importancia de los datos, qué se ha aprendido, cómo puede influir y mejorar nuestro ordenamiento jurídico o cuándo no es posible equipara los dos sistemas, dándonos un visión más precisa de los dos ordenamientos jurídicos.

Una de las transformaciones más importantes en la metodología comparativista se dio en los años noventa cuando se pierde de esperanza en conseguir un sistema universal que sirva para todos los ordenamientos jurídicos, ideal de

¹⁴ EBERLE: «The Methodology of Comparative Law», p. 58.

¹⁵ EBERLE: «The Methodology of Comparative Law», p. 61.

¹⁶ EBERLE: «The Methodology of Comparative Law», p. 61.

¹⁷ EBERLE: «The Methodology of Comparative Law», p. 64.

los orígenes de la doctrina comparativista, y ello deriva en una crisis que aboga por la micro comparación y el funcionalismo¹⁸.

La polémica con el funcionalismo deriva del trabajo de Zweigert y Kötz que consideran que se construye sobre la premisa de que cada sistema legal de cada sociedad se enfrenta a los mismos problemas y los resuelve con diferentes medios para conseguir resultados similares y, por consiguiente, lo importante es el hecho de que las normas jurídicas han de ser vista única y exclusivamente por su función¹⁹.

Críticos a este planteamiento hay muchos, aun siendo funcionalistas. Así, para Adams y Griffing este acercamiento no es correcto. Para estos autores la idea del funcionalismo confunde lo que la norma hace como cuestión de hecho (resuelve problemas) con la finalidad de la norma (un intento de satisfacer una necesidad legal)²⁰ juntando lo que es la resolución real de los problemas con la resolución esperada de los mismos. Para estos autores, el funcionalismo no es una metodología sino que sería una herramienta que permite comparar determinadas normas, instituciones y el comportamiento que nos preocupan²¹, cuestión interesante puesto que el funcionalismo al ser la única teoría metodológica existente en el derecho comparado actual, ha derivado en diferentes caminos para realizar estudios de Derecho comparado²². De esta forma crean una metodología en la que, analizando la regulación de la eutanasia en diez países, y siguiendo una metodología de *cast in the wide net*²³ se centran en cuatro puntos: 1) un análisis objetivo de las normas que se tienen que estudiar y determinar los comportamientos que se regulan, un análisis neutral de estos para conseguir el marco de comparación y detectar las debilidades; 2) los conceptos que se quieren estudiar, que en el caso de la praxis médica en cuestiones de cuidados paliativos y eutanasia no se circunscribe sólo al tipo penal sino que hace falta estudiar los códigos deontológicos y de buenas prácticas que determinan la toma de decisiones en el día a día; 3) tener en cuenta los contextos sociales e institucionales en la interpretación de

¹⁸ CURRAN: «Critiquing Günter Frankenberg's Comparative Law As Critique», p. 305.

¹⁹ ZWIEGERT, K./KOTZ, H.: *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford Univ Press, 1998, p. 34.

²⁰ ADAMS, M./GRIFFITHS, J.: «Against 'comparative method': explaining similarities and differences», en *Practice and Theory in Comparative Law*, M. Adams/J. Bomhoff (eds.), Cambridge University Press, 2012, p. 284.

²¹ ADAMS, GRIFFITHS: «Against 'comparative method'», pp. 285 y 286.

²² MICHAELS, R.: «The Functional Method of Comparative Law», en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann/R. Zimmermann (eds.), Oxford University Press, 2006, p. 341.

²³ Que podríamos interpretar como pescar con redes finas, consiste en hacer una investigación con un espectro más amplio, estudiando más opciones o un objetivo más amplio, con grupos más diversos para aumentar las opciones de éxito. Básicamente, sería un estudio comparado de muchos países.

la norma, en un sistema de multicapas en la que la primera es la norma jurídica, teniendo en cuenta su contexto histórico, institucional, político, cultural y social, una segunda el contexto en el que se aplica y una tercera de comparación de forma más general el contexto cultural político y constitucional; y 4) la práctica social²⁴. Una segunda crítica, proviene de Michaels, quien resume los tres problemas principales que tiene la «metodología funcional». El primero es que no existe un único modelo de metodología, sino varios. No todos los que alegan utilizar un método funcionalista, realmente, lo utilizan. Y, finalmente, algunos de los proyectos que afirman estar alineados a esta metodología, siguen un método reconocible²⁵.

Como podemos ver, la crítica al modelo funcionalista se debe principalmente a que no está bien definido y, en cierta forma, no es más que una forma abreviada y moderna de referirse al Derecho comparado, tanto por afines como a detractores²⁶. Sin embargo, este pragmatismo a la hora de observar si la norma funciona o no a la hora de resolver un problema social permite establecer unos pilares sobre los que construir metodologías de análisis. Como señala Michaels hay un cierto acuerdo en cuatro puntos desde el funcionalismo: 1) el funcionalismo se centra en los efectos de su aplicación y no en las normas, no en las estructuras dogmáticas o en los argumentos; 2) combina su aproximación factual con la idea de que sus objetos de estudio deben ser entendidos bajo la luz de su relación funcional con la sociedad; 3) su tercera función es la de elemento de comparación, aunque las instituciones jurídicas (legales y no legales) sean diferentes, pueden ser comparadas si su función es equivalente; y 4) la función de la norma puede ser utilizada como criterio de evaluación, la mejor ley es la que consigue con más éxito alcanzar su función²⁷.

Fuera de esta discusión, van Hocker presenta una metodología de análisis comparado muy interesante por su profundidad. Desde un punto más pragmático, se centra en presentar una metodología profunda de derecho comparado que, en palabras suyas, realiza un estudio con menos pretensiones. Sólo aspira a describir sistemas legales extranjeros, centrándose más en el objetivo de la investigación-mejora del derecho propio, buscar los puntos en común de diferentes sistemas legales, o un proceso de armonización del Derecho²⁸. Básicamente, expone que en el derecho comparado hay situaciones en las que los

²⁴ ADAMS, GRIFFITHS: «Against ‘comparative method’», pp. 287-296.

²⁵ MICHAELS: «The Functional Method of Comparative Law», p. 342.

²⁶ MICHAELS: «The Functional Method of Comparative Law», p. 341.

²⁷ MICHAELS: «The Functional Method of Comparative Law», p. 342.

²⁸ VAN HOECKE, M.: «Deep Level Comparative Law», en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, M. Van Hoecke (ed.), Oxford, United Kingdom: Bloomsbury Publishing Plc, 2004, p. 165.

conceptos e instituciones no permiten una comparación directa, aunque el problema sea el mismo, en su caso un tema sobre contratos. Su punto de vista se basa en que el derecho comparado sólo se puede realizar de forma adecuada cuando incluye una comprensión profunda de las teorías y concepciones subyacentes ²⁹.

Como el derecho positivo no resuelve nuestro modelo de análisis es necesario centrarse en las teorías y concepciones en la aplicación jurídica que no están encorsetadas por el derecho positivo. El derecho estatal está fuertemente vinculado a la historia y la política legal, pero siempre hay un elemento de comparación a nivel de concepción de la democracia, división de poderes, derechos humanos, centralización o descentralización, la posición de las minorías... ³⁰ Para realizar este análisis propone los siguientes pasos: 1) utilizar los estudios en historia, sociología o política para encontrar el material relevante. 2) Encontrar el material representativo en la doctrina legal y en la jurisprudencia, teniendo en cuenta que las teorías legales tienen su propia vida y evolucionan no siempre en conexión con la realidad legal y, en lo referente a los estudios jurisprudenciales, tener en cuenta no sólo las sentencias de los Tribunales superiores porque no llegan a representar la actualidad de la vida social. 3) Para contrastar las hipótesis de trabajo es conveniente, sino necesario, una investigación independiente de la legislación y jurisprudencia de los sistemas jurídicos que se quieren comparar. Finalmente, 4) en los casos de propuestas de cambios legislativos o de mejoras, basadas en las demandas sociales, estudiar los debates parlamentarios, las opiniones en los medios de comunicación ³¹, así como otros foros sociales ³².

Como podemos ver, independientemente de la etiqueta que se le ponga a la metodología sí existen puntos en común que nos permiten tener los cimientos para desarrollar un estudio de derecho comparado de garantías. Desde mi punto de vista es crucial empezar con las habilidades de los investigadores. Es necesario tener un nivel de idioma extranjero y de inmersión cultural importante. En este punto destaca nuestro homenajeado, capaz de dominar hasta cinco idiomas y gracias a su curiosidad, tener un acercamiento cultural a los países en donde ha realizado su labor comparativista. Este es un problema en nuestra doctrina. No son muchos los investigadores que tienen un buen nivel

²⁹ VAN HOECKE: «Deep Level Comparative Law», p. 191.

³⁰ VAN HOECKE: «Deep Level Comparative Law», p. 191.

³¹ Sin duda en 2004 el nivel de polarización en los medios de comunicación no era el mismo que se tiene en la actualidad pero no es menos cierto que la labor de clasificación y de análisis del investigador hará que este recurso tenga valor o no.

³² VAN HOECKE: «Deep Level Comparative Law», p. 192.

de un idioma extranjero³³ pero principalmente, la inmersión cultural en los ordenamientos que se quieren observar es vital, y con el sistema de valoración de estancias de investigación de tres meses es muy difícil poder obtener esta competencia.

El segundo punto de interés es la selección de los objetivos de trabajo y el contexto en que se va a producir, qué tipo de investigación se quiere realizar. No es lo mismo un análisis de dos sistemas europeos que de un sistema europeo y otro asiático, por ejemplo. Por escala, no es lo mismo hacer un análisis de dos países que uno sobre todos los países de la UE, en el que es más importante tener equipos de trabajo grandes.

Desde mi punto de vista es preciso analizar el análisis social del ordenamiento con el que se va a realizar la investigación. Esto se puede realizar desde diferentes enfoques, más teórico, con un análisis en profundidad de la bibliografía social, histórica y política, de la aplicación práctica del derecho, con el estudio empírico de sus instituciones³⁴ y jurisprudencia³⁵.

Y finalmente, salir de la descripción simple de la norma. La labor crítica en los elementos que mejoran los sistemas jurídicos y de los puntos que fallan ha de ser esencial y la finalidad del derecho comparado.

Sin estos elementos, el derecho comparado se limita a una mera traducción del derecho positivo que no aporta valor a la comparación de sistemas. Labor que hoy día la puede realizar la inteligencia artificial de manera más rápida.

II. PROBLEMAS Y RETOS DEL DERECHO COMPARADO

En la realización de un estudio de derecho comparado nos vamos a encontrar con muchos retos y problemas. El primero que vamos a encontrarnos es de traducción. Nos podemos encontrar que las traducciones no son siempre equivalentes en todos los países, aunque el problema que resolvamos sea el

³³ Lo ideal sería que tuviese un buen nivel en al menos tres idiomas.

³⁴ Cfr. VALLS PRIETO, J.: *Un ejemplo de análisis empírico en el Derecho Penal basado en una metodología mixta: La Orden Europea de Investigación*, 2022; MIRÓ LLINARES, F.: *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal*, Valencia, 2022, pp. 175 y ss.

³⁵ FUENTES OSORIO, J.L.: «Lost in sentencing. La «desmotivada» individualización de la pena de las personas jurídicas», *REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2025, p. 5; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. et al.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas ante el Tribunal Supremo: un análisis sistemático», *REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2024.

mismo. Así, cuando estamos tratando del fraude de subvenciones nacional o europeo nos encontramos que en Alemania es *Betrug*, en Italia *truffa*, más cercanos a nuestro contexto de estafa, en Francia es *fraud*, parecido a nuestro fraude y en Inglaterra es *theft*. Estas situaciones ocurren muy a menudo en derecho comparado, pero no son las únicas. Nos podemos encontrar que, aun encontrando un equivalente en el lenguaje, jurídicamente no sean exactos, por ejemplo, los delitos de daños se encuentran en el derecho anglosajón o en el francés dentro de la denominación de Tort, que incluye también, los daños civiles, siendo una especialidad que en nuestro ordenamiento jurídico cubriría dos ámbitos diferentes, con principios diferentes. También nos podemos encontrar que haya conceptos que existen en un país y no existan en otros, como puede ser la figura de *recklessness* que no existe en nuestro Derecho Penal ni en el derecho alemán³⁶. El lenguaje humano difiere del matemático lo cual dificulta la posibilidad de encontrar un sistema universal, lo que hace necesario un enfoque metodológico pluralista³⁷.

Uno de los problemas a los que nos enfrentamos para la elaboración de un estudio de derecho comparado es la elección de los objetos de investigación. Como hemos ido señalando no es posible en muchos casos coger un tema y hacer un estudio automatizado de derecho comparado. Así, en la violencia de género, no encontramos este concepto en los códigos penales o en la legislación penal de muchos países, por diferentes motivos. Es por ello por lo que el objeto de estudio ha de ser reconfigurado por el investigador para poder realizar la comparación. La capacidad creativa del investigador es clave para resolver estos problemas³⁸. Justamente, este problema es el que resuelve muy bien el funcionalismo centrándose en el resultado final y no en el origen legislativo del objeto de estudio.

Otro de los retos es el estudio social de los operadores jurídicos que intervienen. Las tradiciones culturales de las sociedades son muy variadas en un entorno común como el europeo y esto afecta a la aplicación del derecho. Por ejemplo, la diferencia de cómo se entiende la pena y la finalidad de la misma nos puede llevar a que un delito de tráfico de drogas se considere un delito

³⁶ BILLIS, E.: «On the methodology of comparative criminal law research: Paradigmatic approaches to the research method of functional comparison and the heuristic device of ideal types», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 24, 2017, p. 868.

³⁷ SAMUEL, G.: «Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences», en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, M.V. Hoecke (ed.), Oxford: Bloomsbury Publishing Plc, 2004, p. 58.

³⁸ VRANKEN, J.B.: «Methodologies of Legal Research: What Kind of Method for What Kind of Discipline?», en *Methodologies of legal research. Which kind of method for what kind of discipline*, M. van Hoecke (ed.), Oxford & Portland: Hart Publishing, 2011, p. 117.

contra la salud pública con una pena muy alta, como tenemos en nuestro código penal, y en Finlandia se trate más como un delito de contrabando y falta de pago de impuestos, es decir, un delito contra la Hacienda pública con una pena alta pero no desorbitada como es en España. También hay que tener en consideración que en este país las penas pueden ser más cortas, pero no existe la condonación de las penas inferiores a dos años de cárcel si es el primer delito como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico. Otro ejemplo es cómo culturalmente una norma clara puede dentro del contexto en el que se aplica variar en cada país. En la orden europea de investigación existe un periodo de un mes para la su implementación una vez recibida. Uno de los problemas detectados en España es que los jueces y fiscales tardan mucho tiempo en solicitar la prueba a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y estos se quedan sin tiempo para ejecutarla de forma apropiada. Situación que no ocurre en otros ordenamientos.

Para acabar este punto señalar el mayor problema al que se enfrenta un comparativista: las familias legales. Mientras en la familia europea los sistemas legales giran entorno a la libertad individual, los sistemas legales asiáticos y africanos tienen a centrarse más en la colectividad y en muchos casos las leyes formales se interpretan dependiendo de las necesidades colectivas de los grupos, luego la comprensión de la ley en la sociedad tiene una importancia muy grande³⁹. La última de las grandes familias jurídicas sería la Islámica.

III. EL DERECHO COMPARADO COMO HERRAMIENTA PARA LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS NACIONALES Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La influencia entre ordenamiento nacional penal e internacional penal es de gran importancia. La creación del Derecho Penal europeo con las Decisiones Marco, en una primera fase, y las Directivas en una segunda para crear una armonización del Derecho Penal implica, como he señalado anteriormente, un análisis de derecho comparado entre una norma *de lege lata* y otra *de lege ferenda*. Un ejemplo claro ha sido el de los programas de cumplimiento impuestos por la normativa europea⁴⁰.

³⁹ Öröcü, E.: «Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach», en *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, United Kingdom: Bloomsbury Publishing Plc, 2004, p. 370.

⁴⁰ NIETO MARTÍN: «La eficacia de los programas de cumplimiento», p. 3.

Las dificultades principales que surgen con la armonización del Derecho Penal europeo se puede ver en a) la existencia o ausencia de determinados conceptos en los estados miembros, por ejemplo, en lo relacionado con las personas jurídicas; b) la estructura del campo de investigación o de su entorno (por ejemplo, la diferenciación entre sanciones penales y administrativas); c) elementos procedimentales (diferentes órdenes judiciales o el hecho de que una orden de investigación se puede solicitar por una autoridad administrativa fiscal, como ocurre en Alemania); d) puntos de vista dominantes y concepciones diferentes y e) diferentes normas⁴¹.

Pero también puede haber una influencia del derecho positivo nacional en el derecho internacional. En el caso del Derecho Penal Internacional, los principios básicos de Parte General de los ordenamientos nacionales han servido a los Tribunales Internacionales *ad hoc* como base para poder juzgar los crímenes del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia⁴² o en la regulación europea penal sobre medio ambiente que ha tomado mucho prestado de los textos normativos y la praxis de los estados miembros para su regulación supranacional⁴³. Esta labor comparativa se ha dado de abajo a arriba, a la inversa de todo el proceso del Derecho Penal europeo, con un grado alto de éxito en materia de Parte General. La evaluación del Tribunal Internacional Penal en otros puntos es mucho más criticable.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho comparado ha tomado una relevancia en los últimos veinte años importante para la ciencia penal. Siempre ha sido interesante desde el punto científico el estudio de otros ordenamientos nacionales con el fin de mejorar el sistema con los puntos fuertes de otros códigos penales. También con las diferencias que nos permiten ver hasta qué punto se puede integrar las soluciones de otros sistemas jurídicos en el nuestro. Sin embargo, como hemos visto el proceso de europeización de los derechos penales nacionales hace que exista un nuevo modelo de derecho comparado al tener que integrar las Directivas europeas en nuestros ordenamientos jurídicos. La adopción de las Directivas no tendría que ser un mero corta y pega de la normativa europea, sino

⁴¹ VAN HOECKE: «Deep Level Comparative Law», p. 192.

⁴² ELLIS: «General Principles and Comparative Law», p. 967.

⁴³ FUENTES OSORIO: «The effectiveness of environmental criminal law enforcement», pp. 109-132; Nieto Martín, A.: «El nuevo Derecho Penal del ambiente europeo», *Jueces para la democracia*, 2025, pp. 59-70.

realizar un estudio crítico y adaptativo a nuestra tradición jurídica y no siempre ha sido así. Son muchos los temas que nos dejamos para futuros trabajos. No hay que olvidar que se trata de un sentido homenaje a un precursor y maestro en esta materia y no de un tratado sobre la materia.

La labor que ha realizado en esta materia la AIPD, con el mandato del Profesor De la Cuesta ha sido encomiable. Es por ello que este trabajo quiere aportar un sentido homenaje a nuestro maestro, aportando un poco opciones de metodologías para abordar dichos retos. Desde un punto muy interdisciplinar y empírico que no es la tradición de nuestra doctrina, a la que tanto esfuerzo, imaginación y templanza ha sabido mostrar nuestro amigo José Luis. ¡Enhorabuena por tu labor durante estos años!

159. EL VÍNCULO PERDIDO EN EL LEGADO DE BENJAMÍN MENDELSON: CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS ORÍGENES DE LA VICTIMOLOGÍA

GEMA VARONA MARTÍNEZ ¹

Directora del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC/KREI) (Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco)
Presidenta de la World Society of Victimology

I. INTRODUCCIÓN

Constituye un honor poder dedicar estas breves páginas a mi maestro, el Profesor José Luis de la Cuesta. Quizá le haya defraudado en mi trayectoria porque nunca quise ser penalista, a pesar de que él dirigió mi tesis en Derecho Penal. Ya entonces sabía que mi interés y capacidades se centraban más en bajar a ese valle que existe entre el derecho escrito y el derecho en acción o experimentado, ya sea por las personas víctimas, infractoras o los agentes de control jurídico-penal. Para ello necesitamos formarnos para manejar las metodologías socio-jurídicas, más empíricas², más allá de la mirada dogmática que, siendo necesaria, resulta incompleta para entender la realidad y realizar propuestas de cambio. El Profesor José Luis de la Cuesta siempre me ha apoyado en esta desviación mía y hoy, muchas décadas después, en mi responsa-

¹ Este texto se enmarca dentro de las investigaciones del grupo consolidado GICCAS, así como del proyecto *Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar* (PID2022- 138077OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro de la convocatoria 2022 de Proyectos de Generación de Conocimiento.

² DE SOUZA, S. P./HAHN, L.: *The Socio-Legal Lab: An Experiential Approach to Research on Law in Action*, Tilburg: Open Press Tilburg University, 2022.

bilidad en la dirección del Instituto Vasco de Criminología, fundado por nuestro admirado Profesor Antonio Beristain, espero seguir colaborando con investigadores criminólogos, en esa pasión científica de compromiso con la sociedad y, en concreto, con las generaciones jóvenes, en busca no solo de un mejor Derecho Penal, sino, como dijo el jurista y Ministro de Justicia alemán durante la República de Weimar, Gustav Radbruch³, y se ha citado tantas veces, algo mejor que el Derecho Penal.

En este camino de vida creo que muchos hemos transitado desde el Derecho Penal y la Criminología hacia la Victimología, como una ciencia social interdisciplinar preocupada por los procesos complejos de victimización y desvictimización y, en ese sentido, con una fuerte vinculación con los derechos humanos y la justicia social a escala global⁴. En relación con esta preocupación, no se trata de contraponer los derechos de unas y otros (víctimas versus ofensores), sino de pensar en el bien común, también, y especialmente, en estos tiempos de polarización violenta y continuo uso simbólico del Derecho Penal. Con este ánimo, escribo estas breves y limitadas páginas para, principalmente, agradecer al Profesor De la Cuesta todo lo recibido y celebrar la alegría de haber compartido sus lecciones de vida, más allá de lo académico.

Para ello he elegido un tema que se cruza con los vastísimos intereses del Profesor De la Cuesta, entre ellos, el Derecho Penal internacional, la Victimología y, como aspecto transversal, el principio de humanidad en el Derecho Penal⁵. En concreto, estas páginas suponen un estudio analítico, con base en una pregunta profunda que tratará de responderse, de forma exploratoria, avanzando que, sin duda, queda abierta para investigaciones en curso más profundas. Se trata de reflexionar sobre el vínculo perdido en el legado del abogado y victimólogo Benjamin Mendelsohn, en relación con los crímenes internacionales coetáneos en los orígenes de la Victimología y que afectaron directamente por su condición de judío. Para afrontar este objetivo, se ha reelaborado la ponencia inédita a la que fui invitada durante la Conferencia Internacional, titulada *Benjamin Mendelsohn - The Founder of the Victimology*,

³ RADBRUCH, G.: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948 (trad. cast., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: F.C.E., 1951).

⁴ VARONA, G.: *Approaching Victimology as Social Science for Human Rights: A Spanish Perspective*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

⁵ Véanse, i.a., DE LA CUESTA, J. L.: «Derecho Penal internacional y derechos humanos», en Beristain, A./De la Cuesta, J.L. (Compiladores): *Protección de los Derechos Humanos en Derecho Penal Internacional y Español, VII Cursos de Verano en San Sebastián*, Donostia/San Sebastián: Universidad del País Vasco, UPV/EHU, 1989, pp. 11-20; DE LA CUESTA, J. L.: «De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?)», en *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso español de Victimología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 197-244; y DE LA CUESTA, J. L.: «La actualidad del principio de humanidad en Derecho Penal y en la Política Criminal», en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2014, pp. 3-8.

organizada por la Sociedad Rumana de Victimología, la Sociedad Israelí de Victimología, la Sociedad Italiana de Victimología y la Sociedad Mundial de Victimología, el 27 de mayo de 2025, para celebrar el 125 aniversario del nacimiento de este «padre» de la disciplina. Precisamente, 2025, coincidió con el 40.º aniversario de la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34, de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, así como con la reforma de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Las fuentes utilizadas en este capítulo, además de las académicas, propias de una revisión del estado de la cuestión, han sido archivísticas, agradeciendo el trabajo, desarrollado en los últimos años, por parte del grupo de Victimología de la Sociedad Europea de Criminología sobre el archivo digital de Benjamin Mendelsohn⁶, que incluye documentos de la Universidad Hebrea de Jerusalén y de la Universidad de Bucarest. El origen de este archivo se debe, en gran parte, al profesor israelí Leslie Sebba⁷ y al impulso de, la también profesora israelí del Western Galilee College, Beatrice Coscas-Williams, comprometida con el entendimiento pacífico ante la violencia.

Tras realizar una breve contextualización sobre la obra de Benjamin Mendelsohn, nos centraremos en el eslabón perdido o la pregunta del porqué Mendelsohn, víctima del nazismo, como también lo fue, en distinta medida, el otro padre de la Victimología, Hans von Hentig, no reflexionaron en sus primeros escritos sobre la macrovictimización del Holocausto u otras victimizaciones en masa que le precedieron o sucedieron⁸. A continuación, se presentarán algunas ideas que pueden ayudar a entender esta aparente contradicción para, más tarde, observar la evolución del propio Mendelsohn, plasmada en sus escritos sobre el genocidio, a partir de mediados de la década de los sesenta del siglo pasado. Finalmente, plantearemos algunas lecciones aprendidas que pueden ayudarnos en investigaciones victimológicas en curso, donde siempre quedarán ángulos oscuros o de victimización oculta. Estas proyecciones de futuro

⁶ Véase en la web: https://huji.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay/alma9921246559403701/972HUJI_INST:972HUJI_V1.

⁷ Véanse, entre sus obras, SEBBA, L.: «The victim's role in the penal process: A theoretical orientation», en *The American Journal of Comparative Law*, 1982, pp. 217-240.

⁸ BERISTAIN, A.: «Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz», en *Int'l Annals Criminology*, n.º 43, 2005, pp. 95; BERISTAIN, A.: *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia: «In tenebris, lux»*, Madrid: Dykinson, 2010.

resultan importantes porque hoy esta rama del conocimiento es obligatoria en nuestros grados de Criminología de las Facultades de Derecho, así como también lo es en la formación continua, por mandato de la normativa general y específica relativa a los derechos de las víctimas, respecto de los diferentes operadores jurídicos. A ello se añaden los posgrados⁹ y másteres de especialización en diversas universidades, cuyo profesorado contribuye regularmente, junto con los investigadores de diversas instituciones, en las múltiples revistas científicas en este campo. De nuevo aquí, el Profesor De la Cuesta ha jugado un papel pionero para el avance de la Victimología.

II. CONTEXTUALIZACIÓN: SOBRE LA PATERNIDAD (Y MATERNIDAD) DE LA VICTIMOLOGÍA

Como veremos en los siguientes párrafos, podríamos decir que la maternidad de la Victimología es una maternidad no reconocida, pero real: la de las mujeres maltratadas, asesinadas, violadas o simplemente lesbianas que, en la década de los años treinta, se cruzaron en el camino profesional de los llamados padres de la Victimología, el psicólogo y jurista alemán, Hans von Hentig (1887-1974)¹⁰, y el abogado rumano, Benjamin Mendelsohn (1900-1998)¹¹. Junto con otros científicos de la época, ambos elaboraron una serie de teorías sobre ellas y desarrollaron diversos estudios empíricos que, hoy, nos ayudan a entender nuestros prejuicios y a valorar los avances conseguidos.

Tanto von Hentig como Mendelsohn fueron influidos por el psicoanálisis de Freud¹² y su reflejo en diversas obras literarias. Así, suele citarse el impacto

⁹ Véase, por ejemplo, el Posgrado «Trabajar con víctimas de experiencias traumáticas» del IVAC/ KREI con una andadura de casi dos décadas ininterrumpidas, con más de una treintena de profesorado de diversas disciplinas y profesiones.

¹⁰ Vid. VON HENTIG, H.: «Remarks on the interaction of perpetrator and victim», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 31(3), 1940, pp. 303-309; y VON HENTIG, H. (1948). *The Criminal & His Victim; Studies in the Sociobiology of Crime*, New Haven: Yale University Press, 1948.

¹¹ Vid. MENDELSON, B., «Méthode à Utiliser par le Défenseur Pour les Recherches Concertant la Personnalité du Criminel», en *Revue de Droit Penal et de Criminologie et Archives Internationale de Médecine Légale*, n.º 8-9-10, 1937, pp. 877-891; MENDELSON, B.: «Le Viol en Criminology et l'Importance de la Femme-Magistrat», en *La Giustizia Penale*, I-II-III-IV, 1940, pp. 28-50; Mendelsohn, B.: «The Victimology», en *Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle*, n.º 10, 1956, pp. 4-36; MENDELSON, B.: «The Origin of Victimology», en *Excerpta Criminologica*, n.º 3, 1963, pp. 239-256; MENDELSON, B.: «Les infractions commises sous le régime nazi son-elles des «crimes» au sens du droit commun?», en *Revue du Droit International des Sciences Diplomatiques et Politiques*, n.º 4, 1965, pp. 3-11; y MENDELSON, B., «Victimology and Contemporary Society's Trends», en *Victimology*, n.º 1, 1976, pp. 18-28.

¹² WESTWICK, A.: «Criminology and psychoanalysis», en *The Psychoanalytic Quarterly*, vol. 9(2), 1940, pp. 269-282. Cfr. WINNIK, H. Z., «Two Unpublished Letters of S. Freud», en *The Israel Annals of Psychiatry and Related Disciplines*, n.º 121, 1974, pp. 3-9.

de la obra del escritor praguense Franz Werfel (1890-1945), con su novela corta *El culpable no es el asesino, sino la víctima* (*Nicht der Mörder, der Ermordete ist schuldig*)¹³. En 1941, Hans von Hentig, exsoldado de la primera Guerra Mundial, que sería perseguido por sus ideas bolcheviques y emigraría a los Estados Unidos –donde tampoco pudo escapar de la sospecha de las autoridades, regresando más tarde a Alemania–, publicó un artículo en el que señaló la relación entre las víctimas y las personas delincuentes. En 1947, Benjamin Mendelsohn acuñó internacionalmente el término «Victimología», durante una conferencia en Bucarest, para la Asociación Rumana de Psiquiatría, cuyo origen se remonta a una investigación seminal publicada en 1937. Por su parte, en 1948, Hans von Hentig publicó *El criminal y su víctima*, en el que ofreció una tipología de las víctimas basada en características físicas, psicológicas y sociales que amplió la taxonomía de seis tipos, establecida por Mendelsohn. En todo caso, en relación con la palabra en inglés, y a falta de encontrar fuentes anteriores, parece ser que fue en 1949 cuando el psiquiatra Frederic Wertham utilizó por primera vez, la palabra «Victimology», en un libro estadounidense, titulado *The Show of Violence*¹⁴, donde se criticaba la imagen de héroe de los asesinos, tal y como se reflejaba en los cómics estadounidenses.

Mendelsohn fue un abogado rumano, activista sionista, admitido en el colegio de abogados de Bucarest, en 1934. Durante su carrera como abogado, Mendelsohn se interesó por el estudio de las víctimas. Aunque se especializó en defensa penal, comenzó a realizar entrevistas a víctimas y testigos. Mendelsohn se dio cuenta de que la mayoría de las víctimas tenían una relación interpersonal preexistente con su agresor y dio lugar, junto con von Hentig, y otros autores anglosajones posteriores, a la Victimología positivista o del acto¹⁵, cen-

¹³ WERFEL, F.: *Nicht der möder: der ormordete ist schuldig; eine novelle*. K. Wolff, 1922.

¹⁴ WERTHAM, F.: *The Show of Violence*, Doubleday, 1949.

¹⁵ Véanse HOFFMANN, H.: «What Did Mendelsohn Really Say?», en Ben David, S./Kirchhoff, G. F. (Eds.): *Faces of Victimology*. Mönchengladbach, 1992; KIRCHHOFF, G. F.: «Laudatio for Benjamin Mendelsohn Given at the Closing Session. In International Debates of Victimology. Papers and Essays Given at the VIIth International Symposium on Victimology in Rio de Janeiro 1991», en *World Society of Victimology Newsletter*, n.º 11/12, 1993/1994, pp. 70-72; WEMMERS, J.-A., *L'histoire de la victimologie. In Introduction à la victimologie*, Montreal: Presses de l'Université de Montréal, 2003; WEMMERS, J.-A.: «A Short History of Victimology», en Hagemann, O./Schäfer, P./Schmidt, S. (Eds.). *Victimology, Victim Assistance and Criminal Justice: Perspectives Shared by International Experts at the Inter-University Centre of Dubrovnik*. Inter-University Centre of Dubrovnik, 2010; MIERS, D.: «Positivist victimology: A critique», en *International Review of Victimology*, vol. 1(1), 1989, pp. 3-22.; y WILSON, J. K. (Ed.): *The Praeger Handbook of Victimology*, Bloomsbury Publishing, 2019.

trada en la contribución de las víctimas al delito, lo que en términos dogmáticos se conocería posteriormente como Victimodogmática¹⁶.

III. EL OLVIDO DE LA MACROVICTIMIZACIÓN O VICTIMIZACIÓN EN MASA, EN PARTICULAR, LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX, EN EL LLAMADO SIGLO DE LOS GENOCIDIOS

La Victimología como disciplina nació en los años treinta¹⁷, un periodo entre dos guerras mundiales y otras victimizaciones masivas¹⁸, incluyendo la deshumanización de los procesos colonialistas¹⁹. Sin embargo, la mayor parte de la reflexión inicial en Victimología se centró en la violencia interpersonal y en una perspectiva de culpabilización de la víctima, la pregunta es por qué, si los padres de la Victimología se vieron afectados personalmente por las guerras y el nazismo, no realizaron una teorización victimológica más allá de la violencia interpersonal y, además, de un modo no culpabilizador²⁰.

En todo caso, aquí se sigue el desinterés inicial general de la Criminología por los delitos cometidos por los Estados²¹. Ya en el siglo xx, se documentó como primer genocidio²² el de las fuerzas coloniales alemanas en Namibia, seguido por otros como el armenio, etcétera, ofreciendo un ejemplo de la ceguera de las primeras Criminología y Victimología por los delitos que más víctimas han causado a lo largo de la historia: los protagonizados por los pro-

¹⁶ SCHÜNEMANN, B.: «Sistema del Derecho Penal y victimodogmática», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 159-172.

¹⁷ WALKLATE, S., «Victimology and genocide: Neglected stories?», en *Genocide and Victimology*, Londres: Routledge, 2020, pp. 23-37.

¹⁸ LEVENE, M., «Why is the twentieth century the century of genocide?», en *Journal of World History*, 2000, pp. 305-336.

¹⁹ ANDERSON, K.: *The Dehumanisation Dynamic: A Criminology of Genocide*, Tesis Doctoral, Degree PhD in Law (Human Rights), Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland, 2011.

²⁰ Vid. SCHAFER, S.: «The Beginnings of «Victimology»», en Drapkin, I./Viano, E. (Directores): *Victimology*, Lexington Books, 1974, pp. 17-30; HERRERA, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Madrid: Edersa, 1996; FATTAH, E. A., «Victimology: Past, present and future», en *Criminologie*, n.º 33(1), 2010, pp. 17-46.

²¹ COHEN, S.: *States of Denial*, Cambridge: Polity, 2001.

²² Término acuñado, tras la Segunda Guerra Mundial por el jurista Lemkin. Véase la historia origen de este término, en contraposición al acuñado por el jurista Lauterpacht, en SANDS, P.: *East West Street*, Nueva York: Knopf, 2016.

pios Estados²³ y, en general, por la violencia política y la violencia colectiva²⁴ o en masa, la mayoría dentro de lo que hoy se estudia como crímenes atroces o crímenes internacionales: genocidio²⁵, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y, más recientemente, crímenes contra la paz o de agresión, a los que podría unirse el ecocidio²⁶.

IV. RAZONES MULTINIVEL QUE EXPLICAN EL OLVIDO

Reflexionando sobre las ideas de von Mayenburg²⁷, en su artículo publicado en 2009 sobre la obra de Hans von Hentig, con referencias a Benjamin Mendelsohn, pueden identificarse cuatro causas por las que los primeros victimólogos no se centraron en la violencia estatal o en masa, sino tan solo en la violencia interpersonal y, además, con una clara culpabilización de la víctima. Serían las siguientes:

1) A comienzos del siglo xx, como había ocurrido en Criminología de finales del siglo xix, los conceptos biológicos eugenésicos y evolutivos se transplantaron a la Victimología positivista. De alguna forma, latía la idea de que la igualdad en Derecho solo era realmente para aquellos considerados iguales y que la vida social se contemplaba como lucha por la supervivencia, en un contexto de creencia en la existencia de la raza y sus jerarquías deshumanizadoras.

2) El auge de una incipiente Psicología criminal promovió la idea de la personalidad y del criminal nato, junto con otras clasificaciones, como un ser diferente a cualquier otro ser humano «normal». Lo mismo ocurrió con las víctimas. Así, como ya se ha indicado anteriormente, von Hentig amplió la tipología de Mendelsohn con categorías basadas en las vulnerabilidades victi-

²³ ROTHE, D. L./KAUZLARICH, D., «A victimology of state crime», en *Towards a Victimology of State Crime*, Londres: Routledge, 2016, pp. 17-28; SCHABAS, W.A., «Atrocity crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes)», en W.A. Schabas, W.A. (Ed.): *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 199-213.

²⁴ VAN DER VELDE, Z.: «The Forgotten People»: *Victimological Responses to Collective Victimization of Refugees* (Doctoral dissertation, Master Thesis), Tilburg University, 2013.

²⁵ Para un entendimiento de la victimización, directa e indirecta, del genocidio, como eliminación de familias enteras, véase el fascinante libro, con connotaciones actuales de la geografía de la guerra en Ucrania, de LOWER, W.: *The Ravine: A Family, a Photograph, a Holocaust Massacre Revealed*, Mariner Books, 2021.

²⁶ SCHEFFER, D.: «Genocide and atrocity crimes», en *Genocide Studies and Prevention*, n.º 1(3), 2006, pp. 229-250; Naciones Unidas: *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*, Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

²⁷ VON MAYENBURG, D.: «Geborene Opfer»: Bausteine für eine Geschichte der Viktimologie—Das Beispiel Hans -von Hentig, en *Rechtsgeschichte—Legal History*, 2009, pp. 122-147.

males. Se perdió de vista algo obvio: todos podemos ser víctimas, no hay nada esencialista o patológico en ser víctima, lo cual ocurre, si bien la posibilidad de serlo y de ser reconocida como tal se encuentra desigualmente distribuida en la sociedad y, en concreto, en el Derecho.

3) Machismo y violencia sexual. Los primeros victimólogos fueron hombres en una época de machismo institucionalizado, también en las ciencias, en la Universidad, en los juzgados y en la práctica profesional. Las mujeres se tenían por seres no racionales e inferiores, en gran parte, al servicio del hombre. Por ello nos hemos atrevido a recordar que, si los padres de la Victimología fueron von Hentig y Mendelsohn, las madres fueron esas mujeres reales que fueron culpabilizadas de su propio sufrimiento o de su orientación sexual.

En este sentido, como abogado defensor de hombres que cometieron violencia de género, Mendelsohn se interesó por pasar un cuestionario de 300 variables a las personas acusadas, en relación con la personalidad criminal, buscando cuestionar su imputabilidad, y, al mismo tiempo, cuestionar la credibilidad de la víctima, también en delitos de violencia sexual, concretamente de violación²⁸. Precisamente, en dos ocasiones, en 1934 y en 1937, estableció correspondencia con Freud al hilo de algunos casos en los que intervino como abogado. En el segundo de ellos, Mendelsohn y Freud dejaron claras sus asunciones, propias de la época y que tanto daño social e institucional gratuitos han causado a seres humanos –y siguen causando en muchos países, donde incluso sigue penalizado–, en relación con la homosexualidad como desviación.

4) Finalmente, cabe recordar que los intereses profesionales de los primeros victimólogos de construir una ciencia al servicio del Derecho Penal, no les permitieron ver otro tipo de daños ni a las propias víctimas como seres sufrientes, sin perjuicio de su eventual contribución al *iter* delictivo.

V. LA EVOLUCIÓN DE UNA APARENTE CONTRADICCIÓN

Junto con las razones apuntadas anteriormente, de carácter más estructural, social o cultural, podemos apuntar una quinta causa del olvido de la victimización propia de Mendelsohn, un abogado judío, estudiante de la Facultad de Bucarest entre 1930 y 1934, con manejo de varios idiomas, que trató de ejercer y vivir durante la Europa nazi y que, finalmente, junto con su mujer y

²⁸ STRINGER, R.: «Mendelsohn's Victimology before the war», en *Romanian Journal of Victimology*, 2021, pp. 43-53; y STRINGER, R.: «Rape Myths, Rape Law and Mendelsohn's Victimology: Law's 'Bio-psycho-social' Witness», en *Feminist Legal Studies*, n.º 33(1), 2025, pp. 47-69.

su madre, se estableció en Israel, en 1958, donde no pudo trabajar como abogado, y estuvo empleado como recepcionista en el Ministerio de Finanzas.

Se trata del impacto del trauma vivido que, junto con la necesidad de sobrevivir y olvidar de la sociedad de la posguerra, alimenta el silencio. Ese silencio se encuentra mayormente generalizado en la propia sociedad alemana, y también de otros países, hasta bien entrados los años sesenta²⁹. Junto con el recuerdo del Holocausto y otros genocidios, aquí juega un papel fundamental, el surgimiento de una Victimología moderna que ya no es culpabilizadora de la víctima, sino que trata de revertir el sinsentido de la victimización secundaria y promover los derechos de las mujeres y también de los menores, mucho más tarde desde una perspectiva interseccional³⁰, introduciendo la cuestión de los derechos de las víctimas en los estudios de Victimología, para ir más allá de la precipitación y la propensión victimales.

Por todo ello, y aunque es un descubrimiento reciente en su bibliografía, Mendelsohn también evolucionó, junto con los tiempos y, quizá, aunque no tenemos evidencias de ello, por su propia trayectoria personal. Así, en 1965 publicó un artículo titulado «¿Son los delitos cometidos bajo el régimen nazi «crímenes» de derecho común?», ya citado anteriormente, en la *Revista de Derecho Internacional de las Ciencias Diplomáticas y Políticas*. En él se refiere a la deshumanización, en particular en regímenes totalitarios y, en concreto, en el nazismo. Habla del ciclo de violencia y venganza que genera la victimización colectiva o en masa, y critica la impunidad ante las prescripciones de lo que considera como delitos monstruosos que, defiende, son radicalmente diferentes de los demás delitos, y que, en ningún caso, pueden justificarse como meros hechos de guerra, aludiendo a la tarea pendiente de la desnazificación en las propias Facultades de Derecho alemanas³¹, lo que nos lleva a una reflexión, siempre actual, sobre el papel de las Universidades como germen y extensión de las ideas violentas e, incluso, genocidas³².

Tras hallar el artículo citado, en la búsqueda archivística para redactar este capítulo, en la consulta del archivo digital sobre Mendelsohn, realizada

²⁹ Véase MATE, R.: «La relación víctima-violencia, una interpelación a la sociedad», en *Revista de Victimologia/Journal of Victimology*, n.º 14, 2022, pp. 9-14. y, en otro sentido, más narrativo y literario, Drosihn, Y., Jandl, I./Kowollik, E. (Eds.): *Trauma – Generationen – Erzählen. Transgenerationale Narrative in der Gegenwartsliteratur zum ost-, ostmittel- und südosteuropäischen Raum*, Frank & Timme, 2010.

³⁰ DANCIG-ROSENBERG, H./YOSEF, N.: «Crime victimhood and intersectionality», en *Fordham Urban. Law Journal*, vol. 47, 2019, pp. 85-116.

³¹ Cfr. RADBRUCH, G.: «Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26(1), 2006, pp. 1-11.

³² Sobre el papel de la propia Universidad alemana en la invención del concepto de raza, así como de sus trágicas y persistentes consecuencias, y su rectificación, véase University of Jena: *Jena Declaration*, 2019, <https://www.uni-jena.de/en/22120/jena-declaration>.

el 26 de mayo de 2025, encontramos al menos catorce referencias al término «genocidio», si bien seguimos sin saber cómo fue la vida de Mendelsohn y de su familia en aquellos años oscuros.

En todo caso, Mendelsohn terminó imaginando una Victimología más amplia, más allá del concepto de delito, al servicio de la sociedad, una Victimología que incluía los crímenes internacionales. Al mismo tiempo, impulsó la idea de conferencias internacionales en esta disciplina. Precisamente, en 1991, en uno de los Simposios de la Sociedad Mundial de Victimología, Mendelsohn recibió el premio Hans von Hentig, entre otros honores que le reconoció dicha Sociedad. Hoy en día, la Sociedad Mundial de Victimología cuenta con un premio Mendelsohn para jóvenes académicos y, como ya se ha mencionado, el grupo de Victimología de la Sociedad Europea de Criminología impulsa la digitalización y estudio de su archivo, en un justo recuerdo a la contribución de este autor, con todas sus contradicciones humanas.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Ya en algunos escritos de mediados de los cincuenta del siglo xx, Mendelsohn criticó el olvido de la víctima por parte de la Criminología³³. Se preguntaba por qué esta sociedad, aparentemente, al menos en la ley escrita de los países democráticos, tan humana con quienes infringen la ley, era tan indiferente con la víctima, «que, además del sufrimiento infligido por el agresor, debe soportar la carga de la prueba?». Incluso, aludía a que, a pesar de haber obtenido el derecho a una indemnización en los tribunales, «no puede cobrar nada porque el delincuente es insolvente?»³⁴. Señaló así, de forma pionera, las necesidades de las víctimas y su instrumentalización por el sistema penal, al menos de las que consideraba «menos culpables», pero lo hizo de una manera contradictoria, culpabilizando a muchas otras, en particular a mujeres víctimas de violencia de género, y olvidó, algo entendible si pensamos en el contexto de la época y en el impacto del propio trauma, la victimización colectiva propia del nazismo y otros regímenes deshumanizadores que conformaron la primera mitad del siglo xx, dejando su legado intergeneracional de más violencia en las siguientes décadas.

³³ Con algunas excepciones importantes, pero anecdóticas, vid., por ejemplo, SUTHERLAND, E. H.: *Criminology*, J. B. Lippincott Company, 1924 (véase el capítulo tercero sobre las víctimas del delito y los costos sociales).

³⁴ *Op. cit.* MENDELSON, 1956, p. 96.

En todo caso, hay luces que deben seguir guiándonos del legado de Mendelsohn, entre ellas, destacamos las siguientes:

1. La constante evolución de la Victimología hacia investigaciones más amplias, basadas en teorías sólidas, sustentadas con datos empíricos y principios éticos, de forma que se reduzcan los procesos de victimización oculta y, en particular, la victimización secundaria en el sistema penal.

2. La tarea perpetua de preguntarnos constantemente por nuestras miopías y sesgos, a pesar o, quizá precisamente por ello, de la especialización en el estudio de los procesos de victimización y desvictimización que solo pueden llevarse a cabo, de forma adecuada, con las víctimas y no sobre las víctimas, como meros objetos de estudio. Así podemos preguntarnos: ¿cómo estamos sesgados hoy en día (los victimólogos)? ¿Qué víctimas no vemos?

3. Los estudios crecientes sobre el papel, el impacto y la responsabilidad, más allá de la penal, de los observadores o terceros, en una concepción más compleja de la pareja o la díada delictiva, inicialmente propuesta por Mendelsohn³⁵.

4. El ineludible y perturbador cuestionamiento crítico sobre por qué sigue siendo tan difícil defender los derechos humanos sin justificar (minimizar) otras violaciones de los derechos humanos, sin caer en equidistancias.

Sobre esta última cuestión tiene vigencia, más que nunca en nuestra historia común, reivindicar el principio de humanidad en la justicia penal, el cual tiene que ver con el gran legado de las víctimas de crímenes internacionales: «Nunca más, contra nadie más», sin justificar ningún tipo de violencia y reconociéndolas todas, con su debida contextualización histórica y jurídica³⁶, rompiendo el círculo y el monólogo de la violencia deshumanizadora, ya sea inter-

³⁵ Véanse, inicialmente, en los estudios clásicos criminológicos, LATANÉ, B./DARLEY, J. M.: «Bystander apathy», en *American Scientist*, n.º 57(2), 1969, pp. 244-268; y, en concreto sobre el Holocausto, HILBERG, R.: *Perpetrators Victims Bystanders: The Jewish Catastrophe 1933-1945*, HarpersCollins, 1992; así como EHRENREICH, R. M./COLE, T.: «The perpetrator-bystander-victim constellation: Rethinking genocidal relationships», en *Human Organization*, n.º 64(3), 2005, pp. 213-224; y, de forma más compleja, FULBROOK, M.: *Bystander Society: Conformity and Complicity in Nazi Germany and the Holocaust*, Harvard University Press, 2023.

³⁶ Aquí puede verse una contraposición de ideas, según la comunidad de referencia, entre ALONSO, R., «Moral Disengagement from Hamas' Atrocities: An Analysis of How the Terrorist Attacks on October 7 have been Justified and Legitimised (Part 1)», en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2025, pp. 1-29 y ALONSO, M.: «Víctimas del franquismo, víctimas del terrorismo. ¿Es procedente adjetivar a las víctimas?», en *X Encuentro victimológico en memoria del Profesor Antonio Beristain*, 26 de noviembre, IVAC/KREI, Donostia/San Sebastián (ponencia inédita), 2020. Para una reinterpretación crítica actual, centrada en la guerra en Gaza, vid. MOKHIBER, C., «Law on trial: Gaza and the future of the international legal order», en *Dialectical Anthropology*, n.º 49(1), 2025, pp. 121-144.

personal, colectiva o estatal³⁷. En esta tarea ético-jurídica, criminológica y victimológica, todos somos sujetos implicados³⁸, pero más aún la Universidad. Por ello, los escritos del Profesor José Luis de la Cuesta sobre el principio de humanidad en el sistema penal deben ser leídos y releídos, en una suerte de conversación que perdura en nuestras clases, más allá de la edad, porque de esta tarea jamás nos podremos jubilar.

³⁷ BOEHM, O.: «Universalism in Dark Times. And why friendship and enlightenment flourish», en *Public Seminar*, 19 de abril, 2024, togetherhttps://publicseminar.org/2024/04/universalism-in-dark-times/?utm_source=substack&utm_medium=email.

³⁸ ROTHBERG, M.: *The Implicated Subject: Beyond Victims and Perpetrators*, Stanford University Press, 2019.

160. DE LA PROTECCIÓN A LA EXCLUSIÓN: TRAYECTORIAS DE JÓVENES MIGRANTES EXTUTELADOS

ANE VIANA SALINAS
Profesora de Derecho Penal (EHU)
Investigadora IVAC/KREI

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor poder participar y contribuir en esta obra colectiva dedicada al Prof. José Luis de La Cuesta. Hace apenas cinco años, por estas fechas, comenzaba mi tesis doctoral en el Instituto Vasco de Criminología, cuando el Profesor José Luis de La Cuesta era el director del Instituto, y desde entonces he tenido la oportunidad de aprender, compartir experiencias y conocimientos, y, sobre todo, inspirarme en su rigor, su compromiso con la criminología y su dedicación al estudio de las víctimas vulnerables.

Mi trabajo se ha centrado en el análisis de experiencias de victimización en contextos migratorios, concretamente en los menores extranjeros no acompañados. Aunque este ámbito específico no ha sido objeto directo de investigación del Profesor, se inscribe dentro de la misma preocupación que él ha desarrollado a lo largo de su trayectoria: comprender los procesos de victimización, los factores de vulnerabilidad y las dinámicas de exclusión social.

Los menores extranjeros no acompañados se definen como aquellos individuos menores de dieciocho años que se encuentran separados de ambos progenitores y otros parientes, sin contar con el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esta responsabilidad, por lo que se encuentran en

situación de desamparo¹. Se trata de un grupo cuyo perfil no es homogéneo, aunque es posible afirmar de manera inequívoca que su movilidad es consecuencia de las desigualdades globales y de la ausencia de legislación internacional de protección infantil en sus países de origen².

A lo largo del proceso migratorio, estos jóvenes se enfrentan a múltiples y complejos riesgos. En sus países de origen, muchos han sido víctimas de violencias estructurales, conflictos armados, pobreza y falta de garantías de derechos fundamentales³. Durante su viaje hacia Europa, y en concreto, hacia España, muchos sufren abusos, explotación o violencia psicológica, física o sexual⁴. Incluso cuando, hay menores que a menudo, son víctimas de trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes⁵.

Una vez que los menores llegan a los países de acogida, el racismo y la xenofobia se convierten en factores determinantes de las experiencias adversas que enfrentan⁶. Europa aborda esta compleja realidad migratoria de manera limitada, incluyendo a los migrantes en lo que denomina zonas de «infra-derecho» o «no-derecho» caracterizadas por la discriminación en el acceso a derechos básicos y la aceptación de excepciones⁷. Esta situación se vuelve aún más crítica en el caso de los menores extranjeros no acompañados, quienes, a pesar de que la mayoría de los países han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, suelen ser percibidos con desconfianza y tratados como «problemas» más que como sujetos de derechos⁸.

¹ DURÁN RUÍZ, F.J.: *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Navarra: Aranzadi, 2021, pp. 18.

² GARCÍA-ESPAÑA, E.: «Menores migrantes y mecanismos institucionales de control», en García-España, E./Contreras Román, M. (eds.): *Inmigración y control social: Desafíos de la moderna Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 271-295.

³ MENJÍVAR, C./PERREIRA, K.M.: «Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States», en *Journal of ethic and migration studies*, n.º 45(2), 2019, pp. 197-217./ QUIROGA, V., CHAGAS, E., CAMEROTA, N., MOLERO, L./MORAL, I.: «Adolescentes y jóvenes migrantes no acompañados/as: de la discriminación al reconocimiento de los saberes», en *Quaderns del Institut Català d'Antropologia*, n.º 37, 2021, pp. 87-108.

⁴ LASO, A.: «Menores extranjeros no acompañados (MENA)», en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 50, 2020, pp. 7-48./ HANEWALD, B., KNIPPER, M., FLECK, W., PONS-KÜHNEMANN, J., HAHN, E., TAM TA, T.M., BROSIG, B., GALHOFFER, B., MULERT, C./ STINGL, M.: «Different Patterns of Mental Health Problems in Unaccompanied Refugee Minors (URM): A Sequential Mixed Method Study» en *Front. Psychiatry*, n.º 11(324), 2020, pp. 8.

⁵ Véase, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», en Richard Gonzáles, M., Riaño Brun, I./ Poelemans, M. (coords.): *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 149-199.

⁶ INFUENTES, R. A., DE LA FUENTE, L., ORTEGA, E./GARCÍA-GARCÍA, J.: «Victimización y problemas de conducta externalizante y antisocial en menores extranjeros no acompañados en Europa: revisión sistemática», en *Anuario de Psicología Jurídica*, n.º 32, 2021, pp. 95-106.

⁷ DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

⁸ SUÁREZ-NAVAZ, L.: «Un nuevo actor migratorio: jóvenes, rutas y ritos transnacionales», en Checa Olmos, F., Arjona, A. y Checa Olmos, J.C. (eds.): *Menores tras la frontera. Otra migración que aguarda*, Barcelona: Icaria Atrazyt, 2006, pp. 19.

Esta problemática se agrava de manera significativa cuando los menores alcanzan la mayoría de edad. Al cumplir los 18 años, pierden la tutela administrativa que hasta entonces les garantizaba acceso a recursos, protección y acompañamiento, quedando muchos jóvenes en una situación de vulnerabilidad extrema⁹.

En este contexto, el objetivo principal de este artículo es analizar las trayectorias y experiencias de jóvenes migrantes extutelados al alcanzar la mayoría de edad, poniendo especial atención a los procesos de victimización y polivictimización que atraviesan –desde la violencia física y simbólica hasta la discriminación institucional–. Para ello, se emplean entrevistas narrativas semiestructuradas, basadas en la perspectiva de la victimología narrativa¹⁰, que permiten recoger las voces de los jóvenes y comprender cómo construyen sentido y agencia a partir de sus experiencias.

II. VICTIMIZACIÓN, POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL

A finales de la década de los años treinta nace la victimología como ciencia, con el propósito de ofrecer una segunda mirada a los procesos de violencia entre los seres humanos, y ampliar así las experiencias de las víctimas¹¹. Desde entonces, la victimología se ha consolidado como una ciencia social interdisciplinar orientada al estudio de los procesos de victimización y desvictimización o recuperación, atendiendo tanto a las dimensiones individuales como estructurales que los configuran¹².

Desde esta perspectiva, la victimización no puede entenderse como un hecho puntual o aislado, sino como un proceso dinámico que se produce y se intensifica en contextos de vulnerabilidad social, desigualdad y exclusión¹³. En este sentido, muchos jóvenes migrantes extutelados se insertan en entornos donde la pobreza, la discriminación y la carencia de protección institucional

⁹ GARCÍA-ESPAÑA, E.: «De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 1-27.

¹⁰ PEMBERTON, A., MULDER, E. /AARTEN, P.: «Stories of injustice: Towards a narrative victimology», en *European Journal of Criminology*, n.º 16(4), 2019, pp. 391-412./ VARONA, G.: «Alrededor de las narrativas victimales: algunos paralelismos entre las víctimas del terrorismo y otros delitos graves en términos de justicia epistémica y resiliencia», en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n.º 24(50), 2022, pp. 11-35.

¹¹ ECHEBURÚA, E./CRUZ-SÁEZ, M.S.: «De ser víctima a dejar de serlo: un largo proceso», en *Revista de Victimología*, n.º 1, 2015, 83-96.

¹² VARONA, G.: *Approaching victimology as social science for human rights. A Spanish perspective*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

¹³ Véase Lauritsen & Rezey, 2018; Wiedlitzka, 2020; Varona, 2021.

no solo condicionan su desarrollo, sino que incrementan su exposición a múltiples formas de victimización, generando trayectorias vitales marcadas por la marginalidad ¹⁴.

En España, estas condiciones de vulnerabilidad se manifiestan de manera estructural en la pobreza y la exclusión social, fenómenos que afectan de forma especialmente intensa a la población juvenil y migrante. El país atraviesa una crisis estructural de desigualdad y exclusión que se ha intensificado desde 2008 y que se ha visto agravada por la inflación, el encarecimiento de la vivienda y la precarización del empleo. Según datos del INE (2024), el 26,1 % de la población española se encontraba en riesgo de pobreza o exclusión social, cifra que se eleva al 27,4 % entre los jóvenes menores de 30 años ¹⁵, afectando especialmente a mujeres y personas migrantes ¹⁶.

La precariedad económica y social se traduce en riesgos concretos, entre los que destacan la falta de vivienda y el aislamiento social ¹⁷. En Europa, la ausencia de un hogar se ha consolidado como un problema creciente, afectando de manera desproporcionada a los jóvenes, y vinculado a la transición incompleta de los sistemas de protección social, así como a la falta de políticas integrales de vivienda y empleo juvenil ¹⁸. En España, 28.558 personas se encontraban en situación de sin hogar en 2022, un porcentaje creciente de las cuales eran jóvenes menores de 25 años ¹⁹. Entre los migrantes, esta vulnerabilidad se intensifica debido a la ausencia de redes de apoyo y la limitada protección institucional, generando trayectorias caracterizadas por la exclusión residencial y la marginación social ²⁰.

En el País Vasco, estas dinámicas se manifiestan de manera particularmente crítica. Según el VI Estudio sobre la situación de las personas en exclu-

¹⁴ GARCÍA-ESPAÑA, E.: «De menores...», en InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pp. 1-27.

¹⁵ ALGUACIL DENCHE, A., LLANO ORTIZ, J. C./ SANZ ANGULO, A.: «XIV Informe: El estado de la pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030», en EAPN-ES – Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español, 2024. Recuperado de: https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1717428448_informe_aroep_pobreza_2024_completo_.pdf

¹⁶ BARRAGÁN LÓPEZ, M.: «La victimización de los inmigrantes sin hogar: una manifestación de aporofobia», en Varona Martínez, G. (coord.): *Victimología y violencia: conectar con las víctimas*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 193-204.

¹⁷ SÁNCHEZ MORALES, M.R.: «Las personas sin hogar en España, en *Res*, n.º 14, 2010, pp. 21-44./ MOREN MÁRQUEZ, G./FERNÁNDEZ ARAGÓN, I.: «Sinhogarismo y jóvenes extranjeros en Bilbao: la atención en un contexto de desbordamiento múltiple y secuencial de los recursos», en *Zerbitzuan*, 2019, pp. 61-70.

¹⁸ QUITTELIER, B./HORVAT, N.: «Homeless and inadequately housed people in the Brussels-Capital Region», en *Brussels Studies*, 2019, pp.2.

¹⁹ Instituto Nacional de Estadística: «Encuesta a las personas sin hogar», 2022. Recuperado de: https://www.ine.es/prensa/epsh_2022.pdf

²⁰ SÁNCHEZ MORALES, M.R.: «Las personas sin...».

sión residencial severa en la región²¹, entre 2018 y 2022 el número de personas afectadas aumentó un 45,7 %, alcanzando 3.380 casos, siendo Donostia-San Sebastián la ciudad con el mayor incremento. Entre esta población, los jóvenes migrantes de entre 18 y 21 años constituyen un grupo especialmente vulnerable, al conjugar juventud, condición migratoria y exclusión social²².

Una de las principales causas ha sido la llegada masiva de menores extranjeros no acompañados en los últimos años. La Comunidad Autónoma del País Vasco se ha configurado como un territorio de referencia para muchos menores migrantes, tanto por el desarrollo de su sistema de protección a la infancia como por su localización geográfica en las rutas migratorias hacia Europa²³. Este fenómeno comenzó a adquirir relevancia a comienzos de los años 2000²⁴ y ha experimentado un crecimiento progresivo y continuado. Mientras que en 2009 se registraban aproximadamente 600 menores extranjeros tutelados en la CAV, en 2018 esta cifra alcanzó los 2.514 menores, constituyendo el año con mayor número de llegadas hasta la fecha.

Esta evolución tiene implicaciones directas en la actualidad, ya que una parte significativa de quienes accedieron al sistema de protección siendo menores de edad ha alcanzado la mayoría de edad. En este sentido, según el informe del Ararteko²⁵, en 2020 residían en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 844 y 897 jóvenes de entre 18 y 23 años sin acompañamiento familiar, mayoritariamente varones y procedentes del Magreb, de los cuales aproximadamente un 30 % había estado previamente tutelado por el sistema de protección autonómico.

La confluencia de estos factores –pobreza estructural, exclusión residencial, precariedad laboral y finalización abrupta de la tutela institucional– configura un escenario de alta vulnerabilidad para los jóvenes migrantes extutelados. Más que un momento puntual de desprotección, la mayoría de edad supone para muchos de ellos una transición marcada por la continuidad de la

²¹ Servicio de Información e Investigación Social (SIIS): «VI Estudio sobre la situación de las personas en situación de exclusión residencial grave en la CAPV 2022», en Servicio de Información e Investigación Social, 2022, p. 61.

²² AZURMENDI, I.: «El número de jóvenes migrantes en situación de calle sigue aumentando en Gipuzkoa» en *Noticias de Gipuzkoa*, 2024. Recuperado de: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2024/09/25/numero-jovenes-migrantes-situacion-calle-8727442.html>

²³ EPELDE JURARISTI, M.: «Euskal Autonomia Erkidegoko Gazte Etorkin Tutelatu Ohien Gizarteratze prozesuak. Gizarte laguntasunezko esku-hartzeak aztergai», *Tesis Doctoral en la Universidad del País Vasco*, 2016, p. 18.

²⁴ ARARTEKO: «Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV», en *Ararteko*, 2005, p. 26.

²⁵ ARARTEKO: «Jóvenes migrantes sin referentes familiares en Euskadi. Diagnóstico y propuestas de actuación», en *Ararteko*, 2021, p. 12.

exclusión y la intensificación de los riesgos sociales²⁶, así como la exposición continuada a experiencias de victimización y polivictimización.

III. NARRATIVAS DE JÓVENES EXTUTELADOS EN SITUACIÓN DE CALLE

El objetivo principal de este estudio es analizar las trayectorias y experiencias de jóvenes migrantes extutelados tras alcanzar la mayoría de edad, poniendo especial atención a los procesos de victimización y polivictimización. En particular, se busca visibilizar las situaciones de violencia física, psicológica, simbólica e institucional que emergen tras la salida del sistema de protección, dónde la mayoría de los jóvenes termina en situación de exclusión social.

Para ello, la investigación centra su atención en las voces de los propios jóvenes, priorizando sus relatos sobre la victimización y la exclusión. Desde esta perspectiva, el estudio adopta un enfoque cualitativo, orientado no tanto a cuantificar la victimización, sino al impacto y consecuencias de ésta²⁷. En consonancia con la victimología narrativa, el análisis se centra en cómo los jóvenes experimentan el daño, cómo lo interpretan y cómo estas experiencias influyen en sus decisiones, comportamientos y proyectos de vida²⁸.

Para recoger estas experiencias, se llevaron a cabo dieciséis entrevistas semiestructuradas a jóvenes de entre 18 y 23 años, todos ellos varones y procedentes de Marruecos, y que llegaron a España, siendo menores no acompañados.

Los relatos recogidos muestran que, una vez fuera del sistema de protección, los jóvenes migrantes enfrentaron múltiples situaciones de riesgo y desprotección. La mayoría, como se detallará más adelante, terminó en situación de calle al cumplir la mayoría de edad. Esta vulnerabilidad se vio agravada por las dificultades para obtener permisos de residencia y de trabajo. A pesar de las numerosas reformas legislativas en materia de extranjería, que persiguen mejorar esta situación, muchos jóvenes siguen enfrentando barreras para regula-

²⁶ ORTEGA TORRES, J.: De menor migrante a jóvenes extutelados/a: los relatos en el proceso de transición hacia la mayoría de edad. El caso de la comunidad autónoma de Andalucía», Tesis Doctoral en la Universidad de Granada, Universidad de Jaén y Universidad Pablo Olavide, 2019, pp. 76.

²⁷ CRESWELL, J. W./ CRESWELL, J.D: *Research design qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2017, pp. 233-237.

²⁸ PEMBERTON, A., MULDER, E. /AARTEN, P.: «Stories of injustice: Towards a narrative victimology...». VARONA, G.: «Alrededor de las narrativas victimales: algunos paralelismos...».

rizar su situación. A este contexto se sumó la exposición constante a diversas formas de victimización en diferentes formas y ámbitos.

Entre las diversas formas de victimización, la mayoría de los jóvenes denunció el trato recibido por parte de la policía. Este tipo de violencia no se limita a la etapa posterior a la mayoría de edad, también se observa con frecuencia entre menores no acompañados²⁹. Los testimonios revelan experiencias de detenciones injustificadas, agresiones verbales y físicas, así como discriminación racial explícita.

Uno de los jóvenes señaló:

«Cuando fui a Marruecos tenía el vuelo desde Burdeos y para ir cogí un autobús. Me paró la policía, me acusaron de robar dinero y me tuvieron retenido un rato, aunque yo no había hecho nada. Me puse a llorar porque iba a perder el avión y no podía decirle a mi familia que no llegaría, solo me pararon porque soy de Marruecos» (Participante 5)

Otro participante relató:

Me han parado siempre que voy en bicicleta porque siempre creen que he robado. No quiero que me paren, hay más gente, pero soy extranjero y me han tratado muy mal, con insultos racistas» (Participante 11).

Además de las agresiones verbales y el racismo, algunos jóvenes relataron haber sufrido agresiones físicas por parte de la policía. Estas experiencias suelen ocurrir durante controles o detenciones, y aunque no siempre derivan en lesiones graves, generan un fuerte impacto psicológico y refuerzan la sensación de inseguridad y estigmatización.

Un participante narró:

«Con la policía siendo mayor he tenido bastantes veces contacto. Depende del policía que me haya tocado, pero en Beasain nos bajaron del tren porque nos quedamos dormidos. Me llevó al baño, me dio dos guantazos y sacó la porra para pegarnos» (Participante 12).

²⁹ VIANA SALINAS, A.: Travesías en la vulnerabilidad: experiencias de victimización de los adolescentes y jóvenes migrantes no acompañados en la Comunidad Autónoma Vasca. Madrid: Dykinson, 2025, pp. 232-353.

Más allá de la policía, los jóvenes también enfrentaron victimización primaria y discriminación en la vida cotidiana, especialmente en espacios públicos o comerciales. Algunos testimonios reflejan estas experiencias:

«Una vez fui a una tienda en Rentería a comprar un pantalón y la mujer me dijo que me fuera. No entendí por qué me trataba así» (Participante 6).

«A mí y a un amigo nos dijeron que ‘moros no entran en la tienda’. Eso es racismo» (Participante 7).

1. Situación de calle

Como se ha indicado, al cumplir los dieciocho años, todos los menores tutelados por la administración deben abandonar los centros de protección, salvo que la directiva del centro otorgue una prórroga. De manera general, al alcanzar la mayoría de edad existen dos alternativas: pasar a un piso de mayores o recibir apoyo económico de entidades y asociaciones de inclusión social, o, en su defecto, vivir en la calle y en exclusión social.

Los resultados muestran que, aunque algunos jóvenes lograron obtener una prórroga o acceder directamente a un recurso, la mayoría terminó viviendo en situación de calle. Esta experiencia tiene consecuencias negativas evidentes: aumenta la exposición a la victimización previamente descrita y genera nuevas dificultades, como hambre, frío, falta de higiene y sensación de inseguridad constante, así como, la prevalencia de trastornos como depresión, ansiedad o dependencia de sustancias supera ampliamente la de la población general³⁰.

Algunos de los testimonios ilustran estas experiencias:

«Estoy un tiempo en la calle, sí... yo voy muchas veces a oficinas de Emaús y he dicho muchas veces que quiero entrar a piso, quiero donde dormir y es, quiero un piso, quiero una cama, porque en la calle no estoy bien. En la calle pasas miedo, frío y estás triste, es muy duro» (Participante 1).

«Cuando he salido del centro de menores he ido a la calle, he estado en albergues y luego he ido a una casa ocupa, y bueno pues ahí viene la policía, duermes sin cenar, pasas frío, lo pasas mal sí» (Participante 13).

«En la calle lo pasas muy mal, en invierno hace mucho frío, yo he salido del centro en enero y he pasado invierno en la calle. Mucho frío y miedo, muchas veces viene la policía no quita las tiendas todo. Comida mal, tampoco puedo duchar, muy mal (Participante 5).

³⁰ RODILLA, J.M., PAYRI, R., PUCHIL, G./ PASARIN, M.: «Sinhogarismo y salud mental: factores determinantes en la salida de la situación de calle en adultos residentes en un centro de acogida», en *Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n.º 63, 2024, pp. 63-85.

A pesar enfrentarse a la dura realidad de vivir en la calle, ninguno de los jóvenes contemplaba la opción de regresar a su país de origen sin antes obtener el permiso de residencia. Preferían soportar las dificultades de su situación actual, con la esperanza de regularizar situación y alcanzar sus metas en el país de acogida. Además, los jóvenes no revelaban la verdad a sus familias sobre su situación, atrapados en lo que se conoce como una ‘prisión de las mentiras’, las historias que han creado para sus familiares, ya sea para evitar preocuparlos o para no sentir vergüenza al confesar que viven en la calle³¹.

En definitiva, la situación de calle, es una de las principales problemáticas que enfrentan los jóvenes migrantes no acompañados, situación que cada vez es más frecuente en la CAV. Aunque existen recursos para mayores en Euskadi que parecen cumplir con sus funciones, como el apoyo psicológico y las ayudas económicas, el número de plazas disponibles sigue siendo muy limitado, lo que dificulta el acceso a estos servicios.

IV. CONCLUSIONES

Las trayectorias analizadas en este estudio confirman que las experiencias de los jóvenes migrantes extutelados no pueden comprenderse como episodios aislados de exclusión, sino como el resultado de procesos acumulativos de victimización que se inician, en muchos casos, en la infancia y se prolongan a lo largo del recorrido migratorio y la vida adulta. Desde el marco de la victimología del desarrollo y la victimología narrativa, los resultados evidencian cómo la vulnerabilidad se construye de manera progresiva en contextos marcados por situaciones adversas y traumáticas continuas.

Uno de los principales hallazgos del estudio es que la mayoría de edad no representa para estos jóvenes una transición hacia la autonomía, sino un punto de ruptura institucional que los sitúa en escenarios de alta precariedad. La finalización de la tutela administrativa, sin recursos suficientes que garanticen continuidad en la protección, expone a muchos jóvenes a situaciones de exclusión residencial, irregularidad administrativa y pérdida de acceso efectivo a derechos básicos. Lejos de tratarse de una etapa puntual de desprotección, la adultez se configura como un período en el que se intensifican los riesgos sociales y las experiencias de polivictimización.

La narrativas recogidas muestran que situación de calle constituye una de las expresiones más extremas de victimización tras la salida del sistema de

³¹ UNICEF: *Más allá de la supervivencia*. Madrid: UNICEF, 2020, p. 25.

protección. Vivir en la calle no solo incrementa la exposición a la violencia, sino que genera condiciones de vida marcadas por el miedo, la inseguridad, el deterioro de la salud física y mental y la sensación persistente de abandono institucional. Además, los relatos evidencian la persistencia de formas de violencia institucional, especialmente a través de actuaciones policiales caracterizadas por identificaciones reiteradas, trato discriminatorio y, en algunos casos, agresiones físicas.

Asimismo, esta precariedad, a menudo, los expone a riesgos directos como la participación en actividades delictivas vinculadas a la subsistencia o redes de explotación, mientras que, al mismo tiempo, sufren estigmatización social y discriminación racializada que los etiqueta como delincuentes, profundizando su exclusión.

En definitiva, el estudio pone de manifiesto la necesidad de comprender estas trayectorias para diseñar estrategias eficaces de prevención e intervención frente a la vulnerabilidad de los jóvenes migrantes extutelados. Garantizar recursos suficientes, acompañamiento continuado y la regularización administrativa no debe entenderse como una medida asistencial, sino como una condición indispensable para prevenir nuevas formas de victimización y exclusión social.

Dar voz a los jóvenes migrantes extutelados ha permitido conocer sus vivencias, marcadas por desafíos únicos que solo ellos han experimentado y superado.

CAPÍTULO VI

Derecho Penal Internacional

161. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN PERÚ. CONFLICTO ARMADO E IMPUNIDAD

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

La justicia transicional es hoy una pieza clave del Derecho Penal internacional, con raíces que se remontan a la Escuela de Salamanca¹, y que constituye una consecuencia vinculada al desembarco de los Derechos Humanos en el Derecho Penal internacional y con la admisión de las personas físicas como posibles sujetos del mismo.

El punto de partida de la justicia transicional no es otro que la recuperación de la Memoria, para sobre ella construir los siguientes pasos, unos miran al pasado, depurar las posibles responsabilidades, otras al futuro adoptar las medidas que impidan el que puedan volver a reproducirse los hechos recogidos en la memoria.

En el caso de Perú una pieza fundamental para recuperar la Memoria de las últimas dos décadas del pasado siglo, la historia próxima que condiciona el presente², es el contenido del exhaustivo y documentado Informe de la Comisión de

¹ Tuve ocasión de referirme a ella, en especial a la aportación de Francisco de Vitoria, en la lección inaugural del curso 2018-2019, el del octavo centenario de la universidad del Tormes, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer. Decimos hoy. Dirán mañana*, Iustel, Madrid 2018, pp. 25 y ss.

² Sobre la historia próxima tiene interés la lectura de RAGAR, J., WALKER, CH., «Memoria popular y usos de la historia en el Perú post-fujimorista (2000-2030)», en Wasserman, *Pasado, presente, historia, memoria y política en América Latina (siglo XXI)*, Silex Ultramar, Madrid, 2024, pp. 163 y ss.

la Verdad y Reconciliación³. El Informe pone en evidencia no solo los hechos, también los factores que llevaron a ellos en un país complejo, étnica y culturalmente plural, en el que esta realidad actúa como factor de desigualdad. Estos rasgos de Perú o los que estén presentes en cualquier país, que busque afrontar su futuro sobre la respuesta a un pasado complejo, llevan a que las características y problemas que la justicia transicional presenta en cada país sean diferentes.

El 28 de agosto de 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que presidía el entonces rector de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Salomón Lerner, hacía entrega del Informe elaborado por la CVR que daba cumplimiento al encargo que, dos años antes, le había sido conferido⁴. No puedo dejar de reproducir las primeras palabras que el presidente de la CVR pronunció en aquel acto:

Hoy le toca al Perú confrontar un tiempo de vergüenza nacional. Con anterioridad, nuestra historia ha registrado más de un trance difícil, penoso, de postración o deterioro social. Pero, con seguridad, ninguno de ellos merece estar marcado tan rotundamente con el sello de la vergüenza y la deshonra como el que estamos obligados a relatar.

Las dos décadas finales del siglo XX son –es forzoso decirlo sin rodeos– una marca de horror y de deshonra para el Estado y la sociedad peruanos⁵.

II. SOBRE EL CONFLICTO ARMADO⁶

La Comisión de la Verdad y Reconciliación se crea por Decreto Supremo de 4 de junio de 2001⁷. De forma clara, el artículo inicial del Decreto establecía como primer objetivo recuperar la memoria:

Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los dere-

³ El Informe está contenido en un total de nueve tomos y seis anexos, puede accederse al texto completo en <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. Para la elaboración de este texto se ha trabajado con Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy. Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*, Lima 2008.

⁴ Sobre el acto de entrega y su desarrollo puede consultarse GODOY, JA., *Los herederos de Fujimori. El legado del último dictador*, Penguin, Lima 2022, pp. 149 y ss., en el capítulo que titula «La verdad nos hará libres (Enero-Diciembre 2003)», título que por otra parte responde en gran medida al contenido del discurso, que pronunció en este acto Salomón Lerner.

⁵ El texto completo del discurso de Salomón Lerner puede verse en <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/discurso01.php>

⁶ En el relato del conflicto armado me remito a Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy*, cit., *passim*.

⁷ El texto del Decreto puede consultarse en los anexos de Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy*, cit., pp. 483 y ss.

chos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.

La Comisión de la Verdad propenderá a la reconciliación nacional, al imperio de la justicia y al fortalecimiento del régimen democrático constitucional.

El conflicto armado objeto del Informe, cuyas consecuencias llegan hasta el día de hoy, tiene lugar durante la segunda presidencia de Belaunde Terry, la primera de Alan García y las de Alberto Fujimori. El conflicto, paralelamente está acompañado de una profunda crisis económica y con una corrupción que es, sin ningún género de duda, el otro condicionante de la historia próxima y del presente peruano⁸.

La dimensión del conflicto queda reflejada en el número de víctimas, el Informe cifra en más de 69.000. Pero más impactante, si cabe, es la distribución geográfica y social de las víctimas, pues constituye una prueba irrefutable de la desigualdad de Perú. Geográficamente la violencia y el mayor número de víctimas se concentran en Ayacucho y en los otros de la república, habitados por personas que tienen como primera lengua el quechua⁹, y que, para importantes sectores de la sociedad peruana, en especial la limeña, son considerados los «otros», con los que no se identifican ni económica, ni cultural, ni étnicamente. En este sentido, es revelador el título que, en el Hatun Willakuy, la CVR da a uno de los epígrafes, «Pueblos ajenos dentro del Perú», que acompaña con la frase pronunciada por uno de los intervinientes en una de las sesiones de la CVR en Ayacucho *Entonces mi pueblo era pues un pueblo, no se... un pueblo ajeno dentro del Perú*¹⁰.

Para afrontar esta violencia concentrada primero en las provincias del interior y más tarde en Lima, los tres presidentes con distinta metodología recurrieron a la acción de la Policía y en especial de las Fuerzas Armadas, para hacer frente a dos grupos guerrilleros, el Partido Comunista de Perú – Sendero Luminoso, de corte maoísta, con el indiscutido liderazgo de Abimael Guzmán, el «presidente Gonzalo», y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, el

⁸ Ver la espléndida monografía de QUIROZ, A.W., *Historia de la corrupción en el Perú*, 3.ª edición, 8.ª reimpresión, Instituto de Estudios peruanos, Lima 2025, en especial capítulos 6 y 7, pp. 263 y ss.

⁹ Expresamente lo recordaba Lerner cuando entrego el Informe al presidente Toledo, al afirmar, *De cada cuatro víctimas de la violencia, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua, un amplio sector de la población históricamente ignorado –hasta en ocasiones despreciado– por el Estado y por la sociedad urbana, aquella que sí disfruta de los beneficios de la comunidad política.*

¹⁰ Sobre toda esta problemática, sobre la desigualdad en Perú y sus consecuencias en la violencia puede consultarse. Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy, Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la verdad y Reconciliación*, cit., pp. 18 y ss.

MRTA, inspirado en el modelo cubano y liderado por un antiguo aprista Víctor Polay Campos.

El Informe de la CVR atribuye la máxima responsabilidad de la violencia a Sendero Luminoso¹¹, cuya dirección, como se señala en la conclusión 28, *tiene directa responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de ataques armados contra la población civil, cometidos a gran escala o bien como parte de un estrategia general o planes específicos*.

En la respuesta que, frente a la actuación de las organizaciones terroristas, se llevó a cabo por el Estado, la CVR constata como las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales *incurrieron en la práctica sistemática o generalizada de violaciones de derechos humanos y que existen fundamentos que señalan la comisión de delitos de lesa humanidad*¹².

Durante la presidencia de Fujimori, adquiere protagonismo el Servicio de Información, el SIN, bajo el control directo del presidente y de Vladimiro Montesinos, que recurre a la utilización de un auténtico escuadrón de la muerte, el Grupo Colina¹³, integrado por miembros del ejército y autor entre otros de dos acciones de gran repercusión política y jurídica, los casos conocidos como, el de Barrios Altos y el de la Cantuta¹⁴, y como sostiene el Informe, conclusión 100:

La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN tienen responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado «Colina».

¹¹ La CVR, dedica a esta responsabilidad 21 de sus conclusiones de la 12 a la 33. Ver Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy, Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la verdad y Reconciliación*, cit., p. 435.

¹² En sus conclusiones la CVR analiza extensamente la respuesta del Estado frente a la acción terrorista a partir de la 37: Tienen particular relevancia las conclusiones 55 y 57, en las que enumera los delitos más frecuentes cometidos por las fuerzas estatales, Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy, Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la verdad y Reconciliación*, cit., pp. 439 y ss.

También puede consultarse <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/discurso01.php>

¹³ Sobre el Grupo Colina, además de las páginas que dedica el Informe o más tarde la sentencia que condena a Fujimori. Puede consultarse la monografía de JARA, U., *Ojo por ojo. ¿Una verdadera historia del Grupo Colina*, 5.ª edición, Planeta, Lima 2022.

¹⁴ Los hechos del caso Barrios Altos, tuvieron lugar el 3 de noviembre de 1991 ese día seis individuos armados, irrumpieron en una fiesta, una «pollada», que se estaba celebrando en un inmueble de un enclave limeño, conocido como Barrios Altos, y tras conminar a los asistentes a que se arrojaran al suelo dispararon sobre ellos, causando 15 muertos y 4 heridos. En el caso de La Cantuta, el 18 de julio de 1992, miembros del ejército peruano y del Grupo Colina irrumpieron en las residencias de estudiantes del campus de esta universidad llevándose detenidos a 9 alumnos y a un profesor, que de forma inmediata pasaron a la categoría de desaparecidos. Los cuerpos de dos de ellos, aparecieron en dos fosas clandestinas, los restos de los demás nunca se han recuperado. Todos fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales, llevadas a cabo por personal de las Fuerzas Armadas.

En 1992 tiene lugar el autogolpe de Fujimori, que abre un periodo de gobierno por Decreto, de una nueva Constitución y de unas elecciones que traen como resultado una mayoría de apoyo a medidas de represión unas que endurecen y disminuyen garantías y otras que garantizan la impunidad. El endurecimiento se traduce en varios principios, penas más graves y en especial medidas de contenido procesal, siempre en tribunales militares.

El autogolpe de 1992, está acompañado el mismo año por la detención de Abimael Guzmán¹⁵ y de Víctor Polay, supone el inicio del fin de Sendero Luminoso y del MRT¹⁶.

Pero el mandato de Fujimori continúa utilizando una legislación con fines represivos, como la CVR sostiene en sus conclusiones *en los últimos años del gobierno de Fujimori el conflicto armado interno fue manipulado con la finalidad de hacer que el régimen permaneciera en el poder. Ello sumió al país en una nueva crisis económica y en abismos de corrupción, descomposición moral, debilitamiento del tejido social e institucional, y una profunda desconfianza en la esfera pública. Todos estos rasgos constituyen, por lo menos en parte, secuelas de la forma autoritaria en que se resolvió el conflicto y configuran uno de los momentos de mayor oprobio de la historia de la República.*

III. LOS INSTRUMENTOS DE LA IMPUNIDAD DURANTE EL CONFLICTO ARMADO

Las páginas que siguen pretenden abordar el examen de las políticas seguidas por los tres presidentes de este tiempo, Belaunde, Alan García y Fujimori, respecto a las acciones de aquellos que representaban al Estado, Policía y Fuerzas Armadas, y que lesionaron gravemente los Derechos que tenían obligación de garantizar. El denominador común en los tres casos es buscar su impunidad.

¹⁵ Sobre la detención de Abimael Guzmán ver GODOY, JA. *El último dictador*, cit., pp. 135 y ss., recogida en un muy documentado capítulo en el que se reflejan los atentados y la violencia de los meses de 1992 posteriores al autogolpe. En páginas que titula «El año que vivimos en peligro (mayo-diciembre 1992)». La detención la materializaron el oficial Julio Becerra y la suboficial Cecilia Garzón, respectivamente «Ardilla» y «Gaviota». Esta última fue quien finalmente materializó la detención.

¹⁶ El MRT en diciembre de 1996 toma en la Embajada de Japón 72 rehenes, que son liberados por una actuación militar tras 136 días. La operación de las Fuerzas Armadas, denominada «Chavin de Huantar», concluyó con la muerte de un rehén y de la totalidad del comando del MRT, con alguna ejecución extrajudicial, y supuso el fin de esta organización terrorista. Ver GODOY, JA., *El último dictador: Vida y gobierno de Alejandro Fujimori*, 6.ª reimp., Penguin Lima 2021, pp. 253 y ss.

En la presidencia de Belaunde, ante las primeras acciones de Sendero y la ineficacia policial, se pone en marcha una militarización del conflicto que pasa por el recurso a la declaración de estado de emergencia¹⁷ y a otorgar a la jurisdicción militar la competencia sobre la determinación de posibles responsabilidades. Esta remisión a tribunales militares del enjuiciamiento de casos que suponen lesiones de Derechos Humanos constituye una constante durante estas dos décadas y ocasiona tensiones con la jurisdicción ordinaria en casos de gravedad e importante relevancia mediática, resueltos siempre a favor de los tribunales castrenses¹⁸.

Estas medidas llevaban a un debilitamiento del Estado de Derecho, al hacerse frecuentes las graves violaciones de Derechos Humanos, que se plasman en desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, que llevan a denuncias nacionales, el APRA, e internacionales, Amnistía Internacional, que fueron objeto de la indiferencia de los poderes del Estado. Dos citas, que recoge el Informe de la Comisión, son fiel reflejo de esta situación. El general Luis Cisneros Vizquerra, afirmó en una entrevista¹⁹, *«no podemos entender como en una zona de guerra, una zona prácticamente extraterritorial, pretendamos mantener el estado de derecho (...) En la guerra no hay derechos humanos»*, o la atribuida al propio Belaunde respecto informe de Amnistía Internacional sobre el menoscabo de los Derechos Humanos *«las cartas de Amnistía van al tacho de la basura (...), yo no las acepto»*²⁰.

Su sucesor, Alan García, tras un inicio que parecía un giro en la política de respeto de Derechos Humanos, la abandona como consecuencia de la conocida como «la matanza de los penales»²¹, que debe su nombre a las ejecuciones masivas de los presos sublevados llevadas a cabo por miembros de ejército. La impunidad por los hechos, el potenciamiento de la militarización del conflicto y el aumento de la adopción de estados de emergencia, que efectúa el gobierno, suponía retomar y potenciar la vía de la impunidad frente a conductas lesi-

¹⁷ La primera declaración de Estado de emergencia fue la de 12 de octubre de 1981, limitaba la excepcionalidad a cinco provincias del Departamento de Ayacucho, las de Huamanga, La Mar, Cangallo, Víctor Fajardo y Huanta.

¹⁸ A título de ejemplo, en casos que se mencionaran más adelante, «la matanza de los penales», el de Barrios Altos o el de La Cantuta.

¹⁹ Caretas n.º 817, septiembre de 1984, citado en Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación *Hatun Wilakuy*, p. 221

²⁰ «Deseo, Resumen Semanal», 18 agosto 1983, citado en Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación *Hatun Wilakuy*, p. 222

²¹ A título de ejemplo en el penal de Lurigancho se ejecutaron a 124 internos que se habían rendido. La gravedad de los hechos fue reconocida por el gobierno, el presidente Alan García en su visita a Lurigancho llegó a afirmar: *O se van ellos o me voy yo*. Pero ni se fueron ellos ni se fue él. Vid. GODOY, J.A., *Peligro: orden de disparar. Democracia y violencia en el Perú 1980-1986*, Debate Lima 2023, pp. 161 y ss.

vas de los Derechos Humanos, que todavía se concentraban lejos de los grandes núcleos urbanos, en el otro Perú.

En la presidencia de Fujimori, continua la política de impunidad de las acciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía²². Pero la actuación en Lima y la repercusión en los medios de comunicación de los ya mencionados casos de Barrios Altos y La Cantuta, unido al comienzo de la tensión entre el SIN y algunos sectores de las Fuerzas Armadas, da una nueva dimensión al conflicto entre la jurisdicción militar y la ordinaria, acompañado, además, en una primera fase, de la falta de apoyo parlamentario a las acciones del Presidente.

Tras el autogolpe, se incrementa la legislación antiterrorista con especial incidencia en el ámbito procesal y afectando sustancialmente al derecho de defensa y estableciendo un monopolio de la jurisdicción militar²³. Especialmente significativas de esta situación son las consecuencias del caso de la Cantuta, en el que, para resolver el ya clásico conflicto competencial entre la jurisdicción ordinaria y la militar, se dicta la ley 26291, conocida como «ley Cantuta», que establecía la mayoría simple en la Sala de la Corte Suprema para resolver estos conflictos a favor de la militar. Aunque, la presión internacional, social y de un sector del ejército cierra el caso con la condena de algunos integrantes del Grupo Colina, que pasan a cumplir sus penas en establecimiento militares²⁴.

El arsenal jurídico de la impunidad se cierra con una expresión del «no Derecho»²⁵, la ley de amnistía de 15 de junio de 1995²⁶ que en su art. 1 establecía:

Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectiva-

²² Por decreto de 23 de diciembre de 1990, se establece que las acciones que pudieran llevar a cabo los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, en zonas en estado de excepción eran competencia exclusiva de la justicia militar.

²³ Una amplia relación de los Decretos y la valoración global de los mismos puede consultarse en Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Willakuy*, p.316 y ss., bajo el epígrafe, «Gobernar por Decreto»,

²⁴ Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Willakuy*, p.323, recuerda los veinte años de prisión que el tribunal militar impuso a dos de los dirigentes del grupo Colina, Santiago Martín Rivas y Carlos Eliseo Pichilingüe. Ver también las páginas que dedica al tema GODOY, JA., *El último dictador*, cit., p. 145 y ss.

²⁵ Terminología de Radbruch, que el juez Cançado Trindade utiliza en su voto concurrente del caso Almonacid y otros versus Chile, texto de la sentencia en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es

²⁶ El texto completo de la ley puede consultarse en <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26479-jun-14-1995.pdf>

mente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley.

La causa próxima de la ley debe buscarse en la actuación de la Fiscal Ana Cecilia Magallanes que denuncia al jefe del SIN y a otros cuatro militares por el caso Barrios Altos. Tras una aprobación de urgencia del texto de la ley, la jueza, Antonia Saquicuray, que investigaba el referido caso Barrios Altos, se niega a aplicarla, pese a la amenaza de incurrir en prevaricación. Ante la situación el Congreso aprueba una segunda ley, la 26492 de diecisiete de junio de 1995, que como anunciaba su título establecía la interpretación y alcance de la amnistía otorgada por la ley anterior. En síntesis establecía que el poder judicial no tenía facultad de revisar la ley de amnistía²⁷.

Este era el marco interno pero las repercusiones internacionales de estas normas de impunidad y en general la posición internacional del gobierno Fujimori, como a continuación se expondrá, había cambiado en especial en relación con la Corte Interamericana.

IV. DESPUÉS DEL CONFLICTO. COMPROMISOS INTERNACIONALES FRENTE A LA IMPUNIDAD

1. El comienzo del fin de la impunidad

Perú había firmado en 1978 la Convención Americana de Derechos Humanos y años más tarde, en enero de 1981, al comienzo de la segunda presidencia de Belaunde, había aceptado la competencia de la Comisión y de la Corte interamericana, jurisdicción creada para garantizar la aplicación de la Convención y que, como otros tribunales internacionales, juzga a los Estados no a las personas físicas. La Corte dictó su primera sentencia en 1988 y desde entonces ha jugado un importante papel en el campo del Derecho Penal internacional y muy especialmente en la construcción de las exigencias de la justicia transicional²⁸.

²⁷ Ver texto completo en <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26492-jun-30-1995.pdf>

²⁸ Para quien pretenda abordar cuestiones de justicia transicional es imprescindible visitar la página de la Corte, <https://www.corteidh.or.cr/> La intervención de la Corte en la construcción de las exigencias de la justicia transicional es de gran importancia y debe subrayarse las aportaciones de jueces como el brasileño Cançado Trindade o el mexicano Sergio García Ramírez.

Perú, a finales del pasado siglo, tenía el dudoso privilegio de ser el país con el mayor número de casos contenciosos ante la Corte. La cifra se incrementa con cuatro casos, pendientes de dictar sentencia, cuyos hechos se habían producido durante el gobierno de Fujimori, uno de ellos el referido al caso de Barrios Altos, que afectaba directamente a la vigencia de la ley de amnistía²⁹.

Fujimori ante esta situación desarrolla una campaña política contra la Corte, con el apoyo de sus medios de comunicación adeptos³⁰ y con los votos de su mayoría en el Congreso, adopta la resolución legislativa, 27152 de 8 de julio de 1999³¹, por la que Perú no aceptaba la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El contenido de esta Resolución abre un debate con la Corte y con las organizaciones de Derechos Humanos, ya que jurídicamente no era posible una retirada parcial de la Convención, como pretendía Perú³².

La presidencia de Fujimori se cierra con su esperpéntica renuncia desde Japón, no aceptada por el Congreso, que le cesa por «incapacidad moral permanente»³³. Le sustituye por votación del Congreso Valentín Paniagua y en la jefatura del gobierno Javier Pérez de Cuellar. Entre las primeras medidas adoptadas por el nuevo gobierno, se encuentra la normalización de las relaciones con la Corte Interamericana, al adoptar la Resolución Legislativa No. 27.401 de 18 de enero de 2001, que deja sin efecto la ya mencionada resolución del gobierno Fujimori, con lo que Perú volvía a aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana³⁴. Esta vía de internacionalización se refuerza por el Decreto Supremo 082-2003-RE, de 2 de julio de 2003, por el

Con carácter general sobre la respuesta penal en América Latina frente a los delitos internacionales, puede consultarse E. MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, Madrid 2019.

²⁹ GODOY, JA., *El último dictador*, cit., p. 336, señala cuatro casos como particularmente molestos para el gobierno peruano, el de los miembros del Tribunal Constitucional injustamente cesados, el proceso de un militar juzgado por tribunales militares por delitos comunes y que había denunciado casos de corrupción, el retiro de la nacionalidad a un empresario opositor, y, muy especialmente el cuestionamiento de la ley de amnistía tomando como referencia el caso Barrios Altos.

³⁰ A título de ejemplo una comunicadora, Luisa María Cuculiza, calificó a los jueces de la Corte de «decrépitos» y a Fujimori de «remacho». Más información sobre la campaña en contra de la Corte en GODOY, JA., *El último dictador*, cit., p. 337

³¹ Vid texto en <https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/27152.pdf>

³² Una buena exposición de los términos del debate y sobre las pretensiones de Perú puede verse en

³³ Sobre este punto del fin del mandato de Fujimori y el paso a un régimen político democrático, pero sobre el que continúa estando presente la sombra de Fujimori, puede verse el amplio volumen que con significativo título escribe GODOY, JA.: *Los herederos de Fujimori. El legado del último dictador*, cit., pp. 21 y ss. en especial el contenido del primer capítulo que titula «Transición (noviembre, 2000-Junio, 2001).

³⁴ Vid. en texto en <https://docs.peru.justia.com/federales/resoluciones-legislativas/27401-jan-18-2001.pdf>

que Perú ratifica la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad³⁵.

En este marco jurídico el nuevo gobierno abre la puerta a la justicia transicional, no solo con la recuperación de la memoria, con la creación de la Comisión de la Verdad³⁶, autora del Informe que se ha mencionado de forma reiterada en estas páginas, también con la activa aceptación del contenido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en la que son fundamentales dos sentencias referidas a Perú, cuyo contenido ya he analizado en otro trabajo³⁷, las de los casos de Barrios Altos y de la Cantuta. En la primera de ellas, de 14 de marzo de 2001, la Corte unánimemente sostiene la total oposición de las leyes de autoamnistía a la Convención Americana de Derechos Humanos. Por su claridad y contundencia es aconsejable la lectura del voto concurrente del juez Cançado Trindade, que concluye afirmando: *Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del derecho Internacional de los Derechos humanos, las llamadas «leyes» de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad.*

El contenido de esta sentencia constituye el punto de partida de las consecuencias de la consideración de los delitos de lesa humanidad como *ius cogens*, entre las que esta su carácter imprescriptible. Justamente, el contenido de esta primera sentencia es reiterado y desarrollado por la del caso de La Cantuta, de 29 de noviembre de 2006, que en buena parte de su contenido se apoya en el Informe de la CVR.

Esta posición de la Corte condiciona a partir de entonces al legislador y a los tribunales peruanos y colisiona, en bastantes ocasiones, con una realidad peruana muy condicionada por el pasado político reciente y muy especialmente por la herencia de Fujimori.

³⁵ <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/decreto-supremo-no-082-2003-re-ratifican-la-convencion-sobre-imprescriptibilidad>

³⁶ El texto del Decreto puede consultarse en los anexos de Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Wilakuy*, 483 y ss., en su primer artículo establece *Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos. La Comisión de la Verdad propenderá a la reconciliación nacional, al imperio de la justicia y al fortalecimiento del régimen democrático constitucional.*

³⁷ Ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La justicia transicional en Perú. Parcial y difícil de completar», en *Tiempo de Paz*, n.º 158, 2025, pp. 86 y ss.

La consideración de delito internacional, entre los que se incluye a los crímenes de lesa humanidad³⁸, tiene como consecuencia decisiva, que estos delitos no son susceptibles ni de prescripción, ni de amnistía. Lo que constituye una constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sobre la base de la ya expuesta sentencia del caso Barrios Altos.

2. La sentencia del caso Fujimori

La sentencia del caso Fujimori de 7 de abril de 2009 de la sala especial de la Corte suprema de justicia del Perú³⁹, por su amplio y muy documentado contenido, presenta un especial interés desde muy distintas perspectivas sin duda, desde el contenido de la justicia transicional, en cuanto implica el desembarco del Derecho Penal internacional en un caso especialmente simbólico para la jurisprudencia peruana.

Fujimori fue extraditado por Chile⁴⁰, el contenido de la extradición limitó los delitos por los que podía ser juzgado. Estos fueron los ya mencionados de Barrios Altos y La Cantuta, a los que además se agrega los de los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Ampudia. Tras un profundo examen de los hechos, del gobierno del presidente Fujimori, de sus relaciones con Montesinos, de la actuación del SIN y del Grupo Colina, la Corte condena al acusado, por la comisión de un «delito contra la humanidad o de lesa humanidad», calificación que otorga a los hechos de Barrios Altos y de la Cantuta, con lo que sigue la posición mantenida por el fallo de la Corte Interamericana en ambos casos, al entender que ambos concurre el elemento contex-

³⁸ La construcción teórica de estos delitos que, por otro lado, se aplicó en los juicios de Núremberg, se debe a Lauterpacht, ver sobre el tema el muy interesante libro de SANDS, P., *Calle Este - Oeste*, Anagrama, Barcelona, 2017.

³⁹ La Sala estaba integrada, por Cesar San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo, su texto, 708 páginas, puede consultarse en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_jurisprudencia_sistematizada

Sobre la sentencia puede verse el amplio y muy documentado estudio de AMBOS, K., «El juicio de Fujimori. Responsabilidad de un presidente como autor mediano por crímenes contra la humanidad como autor mediano en virtud de un aparato de poder organizado» en *Revista de Derecho Penal y criminología*, n.º 5 (2011), pp. 229-272. También puede consultarse GAMARRA HERRERA, R., «La sentencia del caso Fujimori y la calificación de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad», en <https://www.justiciaviva.org.pe>

⁴⁰ Tiene interés la lectura del libro de QUINTEROS MARQUINA, VM., *La estrategia de extradición del expresidente Alberto Fujimori*, Palestra, Lima 2023, en el que detalladamente explica toda la complejidad de la política seguida por el gobierno peruano para lograr que, tras el fracaso con Japón, Chile concediera la extradición del expresidente.

to, el ataque sistemático y generalizado a la población civil⁴¹. Frente a la no existencia de un tipo en el código penal que expresamente recoja los crímenes de lesa humanidad, la sentencia lo salva de forma acertada utilizando las figuras delictivas que con carácter general han criminalizado estos comportamientos, es decir aplicar a un delito de asesinato que se califica como crimen de lesa humanidad, la pena del asesinato no quebranta el principio de legalidad. Pero el dar como probado que ese asesinato es crimen de lesa humanidad, tiene consecuencias, que se derivan de su consideración como *ius cogens*, como el no poder ser objeto de indulto o de amnistía o el no prescribir⁴².

Sobre esta base aplica, para imputar a Fujimori la responsabilidad sobre estos hechos como autor mediato, la tesis del dominio de un aparato de poder, en su día elaborada por Claus Roxin y que la Corte plasma en el presupuesto general de existencia de la organización y los específicos de: el poder de mando; el apartamiento del Derecho; la fungibilidad; la predisposición a la realización del hecho ilícito. Todos estos requisitos, de acuerdo con la sentencia, concurren en Fujimori y posibilitan su condena como autor mediato de los delitos que se le imputan⁴³.

La condena de Fujimori a 25 años de privación de libertad y su ingreso en prisión, pasado un tiempo abrió el debate de un posible ejercicio del derecho de gracia frente a la pena impuesta, pues no se puede olvidar el peso político que tenían y siguen teniendo los herederos de Fujimori. En concreto, en 2017 en la presidencia de Kuczynski, se concede un indulto por razones humanitarias. Ejercicio del derecho de gracia que es anulado en 2018 ante la resolución de la Corte Interamericana y las presiones sociales que había generado su concesión. El 17 de marzo de 2022, el Tribunal Constitucional reitera la validez del indulto, la Corte Interamericana se reitera en su nulidad y finalmente el Tribunal Constitucional de Perú pese a ello reitera su validez y Fujimori es puesto en libertad el 6 de diciembre de 2023. El incumplimiento de sus resoluciones es considerado por la Corte Interamericana como un acto de desacato. Finalmente, Fujimori fallece el 11 de septiembre de 2024.

⁴¹ La sentencia en su parte III – Capítulo I, párrafo 711 lo recuerda de forma expresa: La norma internacional consuetudinaria que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella

⁴² Ver el amplio análisis y documentado análisis que realiza, GAMARRA HERRERA, R., «La sentencia del caso Fujimori...», cit.

⁴³ Lo expone la sentencia en el Capítulo II de la Parte III, párrafos 718 y ss., en especial en los párrafos 745 y ss. en los que analiza «La condición de autor mediato del acusado Alberto Fujimori».

3. El debate actual sobre la imprescriptibilidad

La justicia transicional no puede limitarse a la recuperación de la memoria, requiere adoptar medidas que miren al pasado y al futuro. En todo proceso de justicia transicional, Perú no es la excepción, está presente un debate por la tensión entre exigencias de justicia y exigencias políticas. En Perú uno de los temas en que se ha reflejado esta tensión es, sin duda, el de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Rasgo este que aparece en la totalidad de los tratados internacionales sobre esta materia suscritos por Perú y que como se ha señalado es un rasgo de identidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir del peruano caso de Barrios Altos.

La CVR había remitido al poder judicial 57 casos para su judicialización, pero tenía claro que para depurar posibles responsabilidades se requería una reforma en la estructura de la administración justicia y voluntad política de hacerlo. Ambas han faltado, con lo que es un paso de la justicia transicional que claramente no ha concluido⁴⁴ y contribuye a que este presente la exigencia política de la prescripción de la responsabilidad por delitos de lesa humanidad.

En 2010, reciente la sentencia del caso Fujimori, el gobierno de Alan García, dicta el decreto 1097, derogado, 15 días después⁴⁵, que va a originar la sentencia del Tribunal constitucional de 21 de marzo del 2011, que se pronuncia sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, afirmando que *surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella*⁴⁶. Es decir, que se trata de una norma de *ius cogens* que en ningún caso puede ser limitado por las legislaciones nacionales⁴⁷.

El 9 de agosto de 2024, se publica en «El Peruano», la *Ley que Precisa la Aplicación y Alcances del Delito de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra en la Legislación Peruana*⁴⁸. Esta ley, en su art. 5, afirma que: *Nadie será procesado, condenado ni sancionado por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2002, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional. Ningún hecho anterior a dicha fecha puede ser calificado como delito de lesa humanidad o crímenes de guerra.*

⁴⁴ Esta problemática es analizada en profundidad en un espléndido artículo por REYES, V. «Luces y sombras de la justicia: el legado jurídico de la CVR en Perú», en LERNER FABRES, S/ SALMON, E-, *Legado de un pasado irresuelto*. El Informe final de la CVR y la crisis de la democracia veinte años después, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima 2023, pp. 159 y ss.

⁴⁵ Ver texto en <https://vlex.com.pe/vid/regula-procesales-implican-violacion-219513871>

⁴⁶ Ver texto de la sentencia en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.htm>

⁴⁷ Condición que en 1969 quedó plasmada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

⁴⁸ El texto de la ley 32107 puede consultarse en <https://www.refworld.org/es/leg/legis/pleg/2024/es/148596>

Sin duda, el contenido de este precepto implica una amnistía encubierta de delitos, que, como ya se expuso, no son amnistiabiles, dentro del marco jurídico que, sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido acuñado por la Comisión Interamericana a partir de la reiteradamente citada sentencia del caso Barrios Altos.

El contenido de la norma de 2024, se aparta por tanto de la doctrina asumida hasta entonces por el Constitucional peruano y provoca la reacción de la Corte Interamericana y de buena parte de la doctrina⁴⁹.

Pero la división y la inestabilidad de la política peruana, lleva, pese a todo, a que el gobierno peruano abandone la vía de la amnistía encubierta y adopte la de la amnistía directa, como ya hizo en la presidencia de Fujimori.

El 13 de agosto de 2025, se aprueba la ley 32419, *Ley que concede la amnistía a los miembros de las fuerzas armadas, de la Policía Nacional del Perú y de los Comités de autodefensa que participaron en la lucha contra el terrorismo entre los años 1980 y 2000*⁵⁰. Esta ley de amplio título y corto articulado, tan sólo dos artículos, establece en el primero de ellos, como ya adelanta su título, el ámbito temporal y personal de la amnistía, al tener como destinatarios:

A los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y a los que hayan sido integrantes de los Comités de Autodefensa que se encuentren denunciados, investigados o procesados por hechos delictivos derivados u originados con ocasión de su participación en la lucha contra el terrorismo entre los años 1980 y 2000.

Excluye en el segundo párrafo, a los juzgados e imputados por terrorismo y corrupción. En el segundo artículo, establece la amnistía por razones humanitarias de edad.

Para ver las razones que llevan a la promulgación de esta ley basta la lectura de la nota de prensa⁵¹ de la presidencia que recoge el solemne acto en que se da a conocer su contenido. En esa ocasión la entonces presidenta, Dina Boluarte, afirmó, «*Con esta amnistía histórica el Perú honra a sus defensores*» (...), *recordando que muchos entregaron su vida en defensa de la democracia y otros cargaron durante años con procesos judiciales y acusaciones injustas.*

⁴⁹ Ver el reciente análisis que sobre este punto se lleva a cabo en GALLEGOS-LAZO, DA/JARA-HUAMANI, YM. «Análisis crítico de la “Ley Amnistía” en el Perú: La imprescriptibilidad en debate». En: *Revista CES Derecho*. Vol. 16. No. 1, enero a abril de 2025. pp. 63-84. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7817>

⁵⁰ Ver texto en <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/08/LEY-3241>

⁵¹ Puede accederse a ella en <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/noticias/1226015-presidenta-boluarte-promulga-amnistia-historica-en-reconocimiento-a-quienes-defendieron-la-patria>

La promulgación de estas dos leyes, de amnistía encubierta y de amnistía directa, conduce a un enfrentamiento directo con la Corte Interamericana, que se plasma en distintas resoluciones de la Corte. La más amplia y contundente es la reciente de 3 de octubre de 2025⁵², que recoge todas las resoluciones anteriores de la Corte dirigidas al gobierno de Perú, instándole a la no promulgación de estas normas, siempre tomando como obligada referencia el contenido de las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, a las que ya se ha hecho referencia.

V. CONCLUSIÓN

El contenido de estas leyes hay que situarlo en la actual realidad peruana, con una situación política en la que desde hace años, la corrupción y los poderes paralelos, con una estructura que es rasgo de la criminalidad organizada, ponen en juego el carácter democrático del Estado⁵³ y se visten muchas veces de un nacionalismo populista democráticamente rechazable, que combina la adopción de medidas de naturaleza opuesta, de impunidad hacia el pasado, estas leyes son buena prueba, y de punitivismo para el presente.

Esta corriente de recurso a un modelo de política criminal, estrictamente represivo, asentado en el modelo salvadoreño de Nayib Bukele, asumido por la extrema derecha latinoamericana, parece que pretendía ser utilizada por quien era, hasta hace poco, jefe de gobierno de Perú, Eduardo Arana, y entre sus posibles propuestas contemplaba la salida de Perú del Sistema Americano de Derechos Humanos, para lo que ha constituido una comisión⁵⁴ que proceda a analizar esta opción, las posibilidades y consecuencias de una decisión en este sentido. El viejo argumento, utilizado no solo en Perú, no es otro que entender que la actuación de la Comisión Interamericana y de la Corte de San José, supone una limitación externa a la soberanía nacional. Un razonamiento

⁵² Ver texto completo de esta Resolución de la Corte de «Ampliación de medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencias caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es. En especial para poder constatar las medidas adoptadas por la Corte para hacer seguimiento del cumplimiento de las dos referidas sentencias ver los catorce primeros párrafos de esta Resolución.

⁵³ Tiene particular interés la lectura del artículo de FREEMAN, W., «Se puede matar una democracia sin un dictador» publicado en New York Times. Ver texto en https://x.com/WillGFreeman?ref_src=twsrc%5Egoogle%7Ctwcamp%5Eserp%7Ctwgr%5Eauthor

⁵⁴ Ver en <https://idehpucp.pucp.edu.pe/> la posición muy crítica con la creación de esta Comisión mantenida por Julissa Mantilla, abogada y expresidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que la considera un riesgo para la democracia y busca deslegitimar al único organismo al que pueden acudir las víctimas de la acción del Estado contraria a los derechos humanos.

de esta naturaleza olvida que el modelo constitucional reposa sobre los Derechos Humanos y que este hecho es un rasgo muy positivo de la internacionalización, que, al ser asumido por un país, y Perú lo ha llevado a cabo, constituye un ejercicio de soberanía. Además, técnicamente no se debe olvidar que los Convenios internacionales firmados por un país se incorporan y condicionan el contenido de su Constitución. Por lo que adquiere todo el sentido el control de convencionalidad, que la Corte de San José llama a realizar por todo los jueces y tribunales peruanos y que de hecho bastantes de ellos llevaron a cabo en el pasado reciente, dando contenido al control difuso de constitucionalidad⁵⁵, que habilita a los jueces a no aplicar una norma que entienden se opone al texto constitucional.

Por otro lado, si se llegara a adoptar una decisión de abandono del sistema, en la práctica se reproducirían muchos de los factores que denuncia el Informe de la Comisión. Implicaría potenciar la desigualdad dentro de Perú y supondría una política criminal centrada en la represión, en la limitación de libertades, que no se limita a las de los «otros», sino que pone en riesgo la de todos.

⁵⁵ En fecha muy reciente, el 17 de diciembre de 2025, el periódico La República daba la noticia de la no aplicación de la ley 32107 sobre prescripción, por aplicación del control difuso de constitucionalidad. Por cierto, quien solicitaba la aplicación era Víctor Polay, el líder del MRT.

162. LA SITUACIÓN PALESTINA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. PARTICULAR REFERENCIA A LA ORDEN INTERNACIONAL DE ARRESTO CONTRA BENJAMIN NETANYAHU

M.^a DOLORES BOLLO AROCENA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

Desde mi perspectiva de internacionalista, y con la firme convicción en los principios y valores que sustentan la Carta de las Naciones Unidas, más aún en el distópico contexto internacional en el que nos encontramos, he considerado oportuno dirigir el foco de mi reflexión, en esta merecida Obra en Homenaje al Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi, hacia Gaza. Son muchos los temas que podrían abordarse desde este punto de vista: desde el frustrado derecho a la libre determinación del pueblo palestino y su derecho a un Estado dentro de las fronteras fijadas por Naciones Unidas, pasando por la aplicabilidad (o no) del derecho a la legítima defensa alegada por Israel, y en su caso, los límites y condiciones establecidos por el derecho internacional para su ejercicio, o, por ejemplo, la doble responsabilidad por los hechos que están ocurriendo: la responsabilidad internacional del propio Estado de Israel, y la responsabilidad penal internacional de quienes están llevando a cabo conductas criminales de dimensiones épicas. Es a esta última cuestión a la que me voy a referir en este trabajo.

Como es de sobra conocido, desde hace ya más de dos años el Gobierno del Estado de Israel está ejerciendo la última oleada de cruel violencia sobre la población gazatí, bajo el pretexto de acabar con el grupo terrorista Hamás. Ese supuesto fin ha causado ya a día de hoy 70.000 muertos, decenas de miles de personas heridas de forma directa –siendo inciertas las cifras de las personas afectadas a corto/medio plazo por la carencia de alimentos, agua o tratamientos médicos y farmacológicos, o por los traumas psicológicos derivados del terror vivido en estos largos meses de lucha sin cuartel–, así como una devastación del 80% de todo cuanto existía en el territorio. Según los expertos, será necesaria una década para la reconstrucción y para lograr que la vida en Gaza sea posible de nuevo. No pretendo con estas afirmaciones evitar la condena más enérgica de los desalmados atentados terroristas cometidos el 7 de octubre por Hamás, sabedor, sin ninguna duda, de las consecuencias que todo ello iba a traer tras de sí, ni justificar ni un ápice la criminalidad de tales conductas y la necesidad de hacer justicia respecto de todas esas víctimas. Parafraseando al Secretario General de Naciones Unidas, condeno «sin ambigüedades los horribles e inéditos actos de terror del 7 de octubre perpetrados por Hamás en Israel. Nada puede justificar el asesinato, las heridas y los secuestros deliberados de civiles –ni el lanzamiento de cohetes contra objetivos civiles. Todos los rehenes deben ser tratados humanamente y liberados de inmediato y sin condiciones». Sin embargo, suscribo a pies juntillas lo que señaló inmediatamente después: «Es importante reconocer también que los ataques de Hamás no ocurrieron en el vacío. El pueblo palestino ha sido sometido a 56 años de asfixiante ocupación. Han visto su tierra devorada progresivamente por asentamientos y azotada por la violencia; su economía estrangulada; su gente desplazada y sus hogares demolidos. Sus esperanzas de una solución política a su situación se han ido desvaneciendo. Pero las quejas del pueblo palestino no pueden justificar los espantosos ataques de Hamás. Y esos espantosos ataques no pueden justificar el castigo colectivo del pueblo palestino. Excelencias, incluso en la guerra hay reglas»¹. Se puede decir más alto, pero no más claro.

II. CONDICIONES PREVIAS PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN EN LA SITUACIÓN PALESTINA

La Corte Penal Internacional (CPI), como le ocurre a todo tribunal internacional, carece de competencia automática para conocer de las controversias/

¹ Vid. 9451.ª sesión del Consejo de Seguridad, La situación en Oriente Medio, incluida la cuestión palestina, 24 de octubre de 2023, S/PV. 9451, pp. 2-3.

situaciones que están llamados a resolver. Siempre es necesario el consentimiento de los Estados. En el caso de la CPI, esta podrá ejercer su competencia si el Estado en el que los hechos ocurren (Estado territorial) o el Estado del que sea nacional el autor es parte en el Estatuto de Roma (ER). Este requisito se exige para los supuestos en los que la CPI haya sido activada bien por un Estado parte, bien por el Fiscal de oficio, previa obtención de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). Existe una tercera vía, que es la que habilita al Consejo de Seguridad a remitir una situación a la Corte, en cuyo caso esta podría ejercer su competencia sin límite o condición alguno².

Como es obvio, Israel no se encuentra entre los 125 Estados que han ratificado el Estatuto de Roma. Sin embargo, la situación del Estado palestino es otra. Tras distintas vicisitudes en las que no conviene entrar en este momento, Palestina emitió una declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI, vía artículo 12.3 del ER, el 1 de enero de 2015, para proceder a su ratificación un día después, el 2 de enero de 2015³. Apenas quince días más tarde, la Fiscalía abrió investigaciones preliminares en relación con la situación palestina, respecto de los hechos ocurridos a partir del 13 de junio de 2014, respondiendo al inicio de la ofensiva israelí conocida como «Margen protector», respecto de la que se publicaron informes que avalaban la comisión de crímenes de la competencia de la CPI. Sin embargo, pasaba el tiempo y la Fiscalía no llegaba a solicitar la autorización de la SCP para abrir formalmente la investigación. En mayo de 2018 fue el propio Estado palestino el que remitió la situación a la CPI, y esta vez, sí, el 20 de diciembre de 2019, la Fiscalía anunció la conclusión del examen preliminar, así como la apertura de una investigación formal.

Desgraciadamente, los episodios de exacerbación de la violencia volverían a reproducirse y con ellos se ampliarían las investigaciones de la Corte. Iniciada la respuesta israelí tras los salvajes atentados del 7 de octubre de 2023, y a la vista de las dimensiones de los crímenes que ya entonces se estaban cometiendo, fueron seis los Estados que remitieron la nueva situación a la Fiscalía, ejerciendo una especie de *actio popularis*, bastante más pobre, por cier-

² Artículos 12 y 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

³ Para ver el proceso previo que permitió finalmente llegar a la situación actual, *vid.* BOLLO AROCE-NA, M. D., «La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Palestina, Uganda, Ucrania...)», *REEI*, n.º 31, 2016; VACAS, F., «El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del estatuto de la CPI por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas», *REEI*, pp. 27-28.

to, que la iniciada con ocasión de la agresión rusa a Ucrania. Seis Estados en el caso de Palestina, cuarenta y cuatro en el de Ucrania. Solo un Estado, Chile –no así España–, ha sido coherente y ha asumido la responsabilidad de remitir a la CPI ambas situaciones. Desde que ese reducido grupo de Estados remitiera la situación palestina a la Fiscalía, la CPI se ha declarado competente, y la situación, admisible. Y no solo eso. La SCP, a instancias del Fiscal, dictó el 21 de noviembre de 2024 una orden internacional de arresto contra Benjamin Netanyahu, a la sazón Primer Ministro en ejercicio del Estado de Israel.

III. ASPECTOS MATERIALES, TERRITORIALES Y PERSONALES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA SITUACIÓN PALESTINA

1. Aspectos materiales

Como es bien conocido, la Corte Penal Internacional (CPI) es una jurisdicción complementaria, con competencia para conocer de los crímenes recogidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma (ER): *genocidio* (artículo 6), *crímenes de lesa humanidad* (artículo 7) y *crímenes de guerra* (artículo 8). Dejaríamos a un lado, en el caso que nos ocupa, el crimen de *agresión* (artículo 8 bis), pues, entre otras cosas, de conformidad con las disposiciones aprobadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto en Kampala, esta carecería de competencia para conocer del mismo en esta situación.

Nadie duda que, en Gaza, y también en Cisjordania, se están cometiendo crímenes de guerra⁴ –como el de hacer padecer hambre a la población como arma de guerra y dirigir ataques directos contra la población civil–; tampoco existen dudas sobre la posibilidad de calificar los hechos, al menos, como crímenes contra la humanidad⁵ –como asesinato, persecución y otros actos inhumanos–. El debate se ha suscitado en la sociedad, e incluso entre la clase política, acerca de si los hechos han alcanzado ya un nivel tal que puede hablarse

⁴ Recordemos que la CIJ ha dicho ya en reiteradas ocasiones que el IV Convenio de Ginebra de 1949 resulta aplicable en el territorio. Así ha quedado claro en las tres opiniones consultivas que ha emitido respecto de esta situación: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro sobre territorio palestino ocupado* (2004), *Consecuencias jurídicas sobre las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado incluida Jerusalem oriental* (2024), y *Obligaciones de Israel en relación con la presencia y las actividades de Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y terceros Estados, en y en relación con el territorio palestino ocupado* (2025).

⁵ A título meramente ilustrativo, se pueden citar: OHCHR, *Update Report. Six-month update report on the human rights situation in Gaza: 1 novembre 2023 to 30 april 2024*, 8 noviembre de 2024; HRW, *Hopeless, Starving and Besieged. Israel's Forced Displacement of Palestinians in Gaza*, noviembre de 2024.

de la naturaleza genocida de los mismos. Lo cierto es que existen ya informes de expertos que avalan esta última calificación –siendo uno de los más emblemáticos el de la Relatora Especial sobre los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, Francesca Albanese⁶–, pues entienden que se reúnen los elementos necesarios para considerar que estamos en presencia de un crimen de genocidio: por una parte, por la existencia de una intención de aniquilación, algo que podría demostrarse a partir de declaraciones de los líderes israelíes⁷ y de los hechos ante los que nos encontramos, teniendo en cuenta el número de víctimas mortales y de heridos, así como la destrucción generalizada de las infraestructuras y edificios; por otra, porque los grupos protegidos por la Convención y por el ER son los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, por lo que no habría problema en incluir al pueblo palestino en la categoría de grupo nacional o incluso étnico. Las modalidades de comisión, como recoge el Estatuto, encajarían «perfectamente» en los hechos de los que estamos siendo testigos: a) matanza a los miembros del grupo, b) lesión grave a los miembros del grupo, c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que vayan a acarrear su destrucción física, total o parcial, e, incluso, d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

La calificación de los hechos es una cuestión de técnica jurídica, y no una cuestión política, maleable en función del interés del interlocutor. Pero es que, además, tiene una trascendencia práctica determinante desde el punto de vista de la competencia de los tribunales internacionales, no tanto en el caso de la CPI, pues ésta es igualmente competente respecto de las tres calificaciones que se están barajando –crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio–, pero sí en el de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la que se dirime otro tipo de responsabilidad: la responsabilidad internacional del Estado de Israel por la presunta comisión del crimen de genocidio. Y es relevante porque, de no lograrse probar que los hechos que sirven de base para la demanda planteada por Sudáfrica se encuentran enmarcados en la Convención para la prevención y la sanción del genocidio de 1948, la CIJ no será competente para conocer del fondo del asunto, pues la base de la competencia se encuentra residenciada en la cláusula contenida en el artículo IX de la citada Convención. Si la conclusión fuera que estamos en presencia de crímenes de guerra y

⁶ Véase a estos efectos los informes presentados por Francesca Albanese, Relatora Especial sobre los Derechos Humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, *Anatomía de un genocidio*, A/HRC/55/73, 1 de julio de 2024 y A/79/384, 1 de octubre de 2024; *Commission of Inquiry: Israeli authorities and Israeli security forces have committed and are continuing to commit genocide against the Palestinians in the Gaza Strip – Conference room paper*, A/HRC/60/CRP.3, 16 de septiembre de 2025.

⁷ Vid. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël)*, *Requête introductive d'instance*, 29 de diciembre de 2023.

de crímenes contra la humanidad, la CIJ carecería de competencia para conocer de la controversia: ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo Adicional I de 1977 contienen una cláusula compromisoria a estos efectos y no existe aún hoy un Tratado internacional autónomo para la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad, que incluya mecanismo de arreglo de controversias, sino un proyecto aprobado hace poco más de un lustro en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, por lo que la causa decaería en el seno de la CIJ⁸. La calificación jurídica, a estos efectos, tiene, pues, una relevancia trascendental: de ello depende que se pueda o no declarar judicialmente la responsabilidad internacional del propio Estado de Israel por la masacre y la destrucción generada en Gaza.

2. Aspectos territoriales

En una situación como la de Palestina es hasta cierto punto lógico que se haya planteado cuál es el alcance de la jurisdicción territorial de la CPI, pues la ocupación ilegal del territorio llevada a cabo por Israel ya desde hace décadas, ocupación que ha ido en aumento con el paso del tiempo, llevó al Fiscal a solicitar a la SCP que se pronunciara, precisamente, sobre el alcance de la jurisdicción territorial de la jurisdicción de la Corte en esta situación. Su respuesta, aprobada por mayoría⁹, el 5 de febrero de 2021, consistió en señalar que ésta se extendía a los territorios ocupados por Israel desde 1967, es decir, Gaza, Cisjordania y Jerusalén Oriental, retomando lo que la Asamblea General había señalado en la Resolución 67/19 en la que se reconoció al Estado palestino la condición de Estado no miembro observador de Naciones Unidas. En todo caso, la Sala dejó claro que su función no era realizar una labor de delimitación territorial ni de demarcación de fronteras: «cette décision de la Cour ne préjuge en rien de toute question de droit international découlant des événements qui s'inscrivent dans le cadre de la Situation en Palestine mais qui ne relèvent pas de la compétence de la Cour. En particulier, en se prononçant sur la portée territoriale de sa compétence, la Cour ne

⁸ Vid. Texto del Proyecto de Artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad, A/74/10.

⁹ Vid. ICC-01/18, Chambre Préliminaire I, *Décision relative à la demande présentée para l'Accusation en vertu de l'article 19-3 su Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine*, 5 de febrero de 2021. El Presidente de la Sala, Péter Kovács, adjuntó una opinión parcialmente disidente en la que discrepaba de la afirmación incluida en la decisión según la cual Palestina encajaba en lo dispuesto en el artículo 12.2.a) del Estatuto: «Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el crimen de que se trate».

tranche pas un différend frontalier en droit international ni ne préjuge de la question de frontières futures»¹⁰.

3. Aspectos personales

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 25 del ER, la CPI tiene competencia sobre personas naturales, que serán individualmente responsables por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. El Estatuto se aplica sin excepciones, tal y como se desprende de su artículo 27.1 cuando señala: «El presente Estatuto será aplicable a todos por igual, sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno (...), en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena». Y continúa señalando el párrafo 2: «Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Por lo tanto, ni el cargo oficial exonerará de responsabilidad a quien cometa un crimen de la competencia de la Corte, ni tampoco tal circunstancia supone un impedimento para que esta pueda ejercer su jurisdicción. Ahora bien, el problema es que la Corte no puede celebrar juicios *in absentia*, por lo que la presencia del inculcado en la sede del Tribunal es *conditio sine qua non* para que el proceso continúe tras la investigación. Es entonces cuando surgen los problemas para la detención y entrega de las personas que ocupan determinados cargos oficiales, pues, dado que la Corte carece de policía judicial propia, debe servirse de la cooperación de los Estados en esta tarea. Y es en este punto donde entra en juego el artículo 98 del Estatuto de la Corte, titulado «Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega», ubicado sistemáticamente en la Parte IX (De la cooperación internacional y la asistencia judicial) del Tratado, y cuyo primer párrafo señala: «La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad».

¹⁰ *Ibid.*, parágr. 130.

Cuando el Estatuto de la Corte no había cobrado vida, porque aún no existía práctica al respecto, sostuve que los Estados parte en el Estatuto habían renunciado a la inmunidad de *su* Jefe de Estado, *su* Jefe de Gobierno o *su* Ministro de Asuntos Exteriores ante la Corte Penal Internacional, por mor del artículo 27. Partíamos, por tanto, de la idea de que tal inmunidad existe también frente a los tribunales internacionales, salvo que el Estado hubiera renunciado a ella, por ejemplo, por la vía de un tratado. De esta forma, si un Estado parte en el Estatuto de Roma fuera requerido para la entrega del Jefe de Estado en ejercicio de un Estado que también fuera parte en el Tratado, mi opinión era y es que ese Estado no solo podría, sino que debería hacerlo, pues no existe impedimento alguno para ello. Sin embargo, de tratarse del Jefe de Estado de un Estado que no hubiera consentido en obligarse por el Estatuto, muy a mi pesar entendía que entraba en juego la aplicación del artículo 98.1, disposición que, a mi juicio, reconoce la existencia de ciertos supuestos en los que algunos efectos de la inmunidad perviven, de ahí que defendiera que en tal caso la Corte Penal Internacional no debiera dar curso a la solicitud de entrega sin el beneplácito previo del Estado afectado. Es cierto, también, que la disposición no explicita con detalle cuáles son esos supuestos de inmunidad, por lo que aduje también la posibilidad de realizar una interpretación flexible que se ajuste a los tiempos, en el caso de que se produzcan cambios en el derecho consuetudinario internacional sobre el particular.

Esta posición no era compartida por un sector de la doctrina, para quienes el artículo 27 formaría parte del derecho consuetudinario internacional, de modo que generaría obligaciones tanto para los Estados parte como para los que no lo son. Recordaban para ello el *obiter dictum* contenido en la sentencia dictada por la CIJ en 2002 en el caso de la *Orden de detención* según el cual, en determinadas circunstancias, el principio de inmunidad de jurisdicción penal absoluta que acababa de proclamar en relación con las jurisdicciones nacionales y los Ministros de Asuntos Exteriores, y por extensión, obviamente, a Jefes de Estado y de Gobierno, presentaba algunas excepciones. Así, la CIJ afirmó que «un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre de affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes»¹¹.

Lo cierto es que entre 2011 y 2019, la CPI ya tuvo ocasión de posicionarse sobre este asunto en relación con la inmunidad de quien era Jefe de Estado de Sudán, Omar Al Bashir, en el momento en que abordó el caso, pues la CPI

¹¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2002, parágr. 61, párr. 1.

emitió una orden internacional de arresto contra él, dándose la circunstancia de que ese Estado no era parte en el Estatuto de Roma. Ante las críticas vertidas por un importante número de Estados africanos –reflejada en las declaraciones adoptadas por la Asamblea de la Unión Africana, que consideraron en aquel entonces que la Corte se había extralimitado en el ejercicio de sus funciones– y la falta de cooperación de Estados parte en el ER, como Malawi, Chad O Jordania, la respuesta de la Corte fue, a mi modo de ver, vacilante. Utilizó dos argumentos para justificar la legalidad de la orden internacional que había emitido contra Omar Al Bashir: por un lado, la inexistencia de inmunidad para Jefes de Estado, de Gobierno o Ministros de Asuntos Exteriores ante la CPI, puesto que el artículo 27 del ER no solo tendría naturaleza convencional, sino que formaría parte del derecho consuetudinario internacional, de modo que todos los Estados estarían obligados a cumplir la orden de detención y entrega¹²; por otro lado, como si no estuviera convencida del razonamiento anterior, esgrimió un segundo argumento, que yo comparto, como era la particularidad de que la situación sudanesa había sido remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad, de ahí que Sudán quedara obligado a cooperar como si de un Estado parte se tratara –aunque sin serlo–, y en tal caso cualquier Estado tenía la obligación de detener y entregar Al Bashir a La Haya¹³.

Para defender la naturaleza consuetudinaria del artículo 27 la Corte trajo a colación, por un lado, el elevado número de Estados que habían ratificado el Estatuto, obviando un elemento, a mi juicio importante, como es el hecho de que restan alrededor de 75 Estados que no se han obligado por el tratado y que de los 122 Estados que lo habían hecho en aquel entonces, era necesario considerar que un nada desdeñable número de los países africanos, miembros de la CPI, mostraron su total disconformidad con la decisión de la Corte y con la consideración del artículo 27 ER como derecho consuetudinario. Pero, es que, además, no se debía perder de vista que el propio artículo 98 ER reconoce la existencia de las inmunidades, aunque, es cierto, también, como decíamos anteriormente, que no concreta los supuestos en los que resultan de aplicación,

¹² Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, N.º ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011 («*Decision de Malawi*»), parágr. 43; Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, N.º ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011 («*Decision de Chad*»).

¹³ Vid. Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, 11 de diciembre de 2017, parágr. 33 a 44.

por lo que es posible una interpretación flexible o progresiva que se ajuste a las exigencias derivadas del derecho internacional. Como señaló Cervell Hortal, el artículo 98 no devuelve «las inmunidades eliminadas por el artículo 27, sino que simplemente se obliga a la Corte a no colocar a un Estado en una situación incómoda en la que tenga que contravenir, por mandato del Estatuto de la CPI, una obligación internacional relacionada con la inmunidad que le incumba directamente. El artículo limita, pues, la cooperación pero no supone renuncia a retirar la inmunidad ni impide la jurisdicción de la Corte, que podrá esperar mejor coyuntura para ejercerla»¹⁴.

Ya en 2019, planteada de nuevo la cuestión de la falta de cooperación con la CPI en la detención del presidente sudanés, en este caso por parte de Jordania, la Sala de Apelaciones de la CPI incluyó un nuevo matiz a su argumentación: no se trata de que exista una norma consuetudinaria en virtud de la cual sea posible que la CPI enjuicie a los más altos dignatarios de los Estados, sino que no existe ni práctica estatal ni *opinio juris* que respalde la existencia de una inmunidad del Jefe de Estado en virtud del Derecho internacional consuetudinario frente a un tribunal internacional. Según la Sala tal inmunidad nunca ha sido reconocida en el Derecho internacional como un obstáculo a la jurisdicción de un tribunal internacional¹⁵. Y añadió aún algo más: la inexistencia de una norma consuetudinaria que reconozca la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado ante un tribunal internacional es relevante no solo para poner manifiesto la capacidad de un tribunal internacional de emitir una orden de arresto contra un Jefe de Estado, sino también para la relación horizontal entre Estados cuando un tribunal internacional solicita a uno de ellos la detención de un Jefe de Estado de otro Estado¹⁶. La Sala de Apelación justificó su posición en la distinta naturaleza de los tribunales internacionales en relación con los internos, presididos estos últimos por el conocido principio *par in parem non habet imperium*, y en la impugnación de la existencia de una norma consuetudinaria —es decir, una práctica y una *opinio iuris*— que reconociera la inmunidad de Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores frente a los tribunales internacionales¹⁷.

¹⁴ Vid. CERVELL HORTAL, M.J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Ed. Iustel, 2013, p. 202.

¹⁵ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr), parágr. 113.

¹⁶ *Ibid.*, parágr. 114.

¹⁷ *Ibid.*, parágr. 116.

IV. LA ORDEN INTERNACIONAL DE ARRESTO CONTRA BENJAMIN NETANYAHU

De la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Penal Internacional en el asunto *Al Bashir* se infiere su competencia para ejercer su jurisdicción respecto de Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, siendo acorde con el derecho internacional la emisión de una orden internacional de arresto contra cualquiera de esas personas, con independencia de que ejerzan tal cargo en representación de un Estado que sea parte en el Estatuto o que no lo sea, pues en ambos supuestos la detención y ulterior entrega a La Haya sería posible. No obstante, esta interpretación dista mucho de estar consolidada, como lo demuestra la reactivación del debate a raíz de la decisión de la Corte Penal Internacional de dictar sendas órdenes internacionales de detención, primero contra Vladimir Putin y, posteriormente, contra Benjamin Netanyahu. En ambos supuestos, la Corte ha afirmado su competencia para conocer de las respectivas situaciones sobre la base de remisiones efectuadas por Estados parte, sin mediación alguna del Consejo de Seguridad, circunstancia que obliga a subrayar la inaplicabilidad, en estos casos, de una de las líneas argumentales empleadas por la Corte en el asunto *Al Bashir*.

Siguiendo un orden cronológico, el primer episodio está relacionado con el desplazamiento de Vladimir Putin a Mongolia. La Corte recordó a dicho Estado que, en su condición de parte en el Estatuto de Roma, le incumbía la obligación de proceder a su detención. Pese al intercambio de comunicaciones mantenido al respecto, lo cierto es que la visita se llevó a cabo sin que el líder ruso resultara detenido. Mongolia fundamentó su actuación en argumentos coincidentes con los previamente esgrimidos por Estados como Malawi, Chad o Jordania en el caso *Al Bashir*, que pueden sintetizarse en la siguiente afirmación, recogida en el escrito presentado por el Estado requerido: «9. (...) President Putin enjoys absolute immunity from criminal jurisdiction and inviolability (...) Mongolia observes that the Rome Statute is an international multilateral treaty and, under international law, it does not prevail over or supersede other obligations stemming from customary international law or treaties. 10. Mongolia maintains that its commitments under the Rome Statute must be interpreted in harmony with its existing obligations under international legal frameworks». Sin embargo, frente a las afirmaciones de Mongolia, la CPI se mantuvo firme en su posición: el artículo 27 suprime cualquier vestigio de inmunidad que pudiera reconocer el derecho internacional respecto de un Jefe de Estado, razón por la cual, como Estado parte, Mongolia estaba obligada a detener a Vladimir Putin, pues sería irrelevante que la persona respecto de

la que se dicta la orden de arresto sea nacional de un Estado parte o de uno que no lo sea. Cualquier obligación bilateral que Mongolia pudiera tener respecto de la Federación de Rusia de respetar una inmunidad aplicable a los Jefes de Estado no era susceptible de desplazar la obligación que tiene frente a la Corte, cuya función es ejercer la jurisdicción respecto de crímenes graves de trascendencia internacional que amenazan la paz y la seguridad de los Estados Partes en el Estatuto, e incluso de la comunidad internacional en su conjunto¹⁸.

Dando un paso más, en el caso que nos ocupa en este trabajo, la orden de detención emitida por la SCP I contra Benjamin Netanyahu, que permanece bajo secreto de sumario, solo ha podido ser sustentada en la idea de que la inmunidad de un Jefe de Estado o de un Jefe de Gobierno no puede hacerse valer ante un tribunal internacional –ya sea porque así lo reconoce el derecho consuetudinario, o porque el derecho consuetudinario nunca reconoció la inmunidad de estas personas frente a un tribunal internacional–. Es evidente que Netanyahu no ha sido detenido, entre otras cosas porque sus viajes han tenido como destino «países amigos», como, por ejemplo, Estados Unidos, que no es parte en el Estatuto y, en consecuencia, no está obligado a detenerle, o Hungría, que sí lo es, y que, en respuesta a la emisión de la orden internacional de arresto, decidió invitar al Primer Ministro israelí a visitar el país, ofreciéndole garantías de no ser detenido. La visita oficial tuvo lugar y la CPI pidió explicaciones a Hungría, por lo que constituyó una violación descaradamente intencional de su obligación de cooperación con la CPI¹⁹, pero para entonces Hungría había anunciado ya su retirada del Estatuto de la CPI, cuyos efectos, eso sí, no se producirán hasta el 2 de junio de 2026²⁰. La argumentación esgrimida a posteriori por el gobierno húngaro para no detener a Netanyahu consistió en sostener que el artículo 27 del ER solo se aplica a los Estados parte y que el artículo 98.1 exigiría a la CPI solicitar la autorización del Estado para retirar la inmunidad antes de emitir una orden internacional de arresto²¹.

Evidentemente, en las actuales circunstancias, la CPI no obtendrá la cooperación de Israel ni de ningún Estado no parte en el Tratado para detener a

¹⁸ ICC-01/22, *Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties*, 24 de octubre de 2024, párragr. 19, 27 y 28.

¹⁹ *Invitation to Hungary to provide submissions for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute*, 16 abril 2025, ICC-01/18-421, 23 de mayo de 2025.

²⁰ Para ver la posición defendida por Hungría: *Transmission of Hungary's submission in response to Pre-Trial Chamber I's Invitation to Hungary to provide submissions for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute*, 16 abril 2025, ICC-01/18-421, 23 de mayo de 2025.

²¹ *Anexo II de la Transmission of Hungary's submission in response to Pre-Trial Chamber I's Invitation to Hungary to provide submissions for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute*, 16 abril 2025, ICC-01/18-421, 23 de mayo de 2025.

Netanyahu, pues, además, al no ser parte no tienen la obligación de hacerlo, y, viendo la respuesta de quienes sí lo son a la solicitud de detención de Al Bashir y de Putin, nos podemos hacer una idea de la gran dificultad práctica que todo ello supone en realidad. Es verdad, también, que la situación política de Netanyahu en Israel no parece muy halagüeña, de ahí que la celebración de elecciones en un futuro no tan lejano, y la instauración de un nuevo gobierno podría llegar a facilitar las cosas. Es obvio que no será ese posible nuevo gobierno de Israel quien proceda a la entrega a La Haya del acusado, pero bien podrían hacerlo otros Estados no constreñidos ya por la controvertida inmunidad de un Jefe de Estado en ejercicio.

V. REFLEXIÓN FINAL

Pese a las dificultades estructurales, políticas y jurídicas que han acompañado el funcionamiento de la CPI desde su creación, sigue siendo el eje central de la arquitectura del Derecho Penal internacional, cuyo propósito sigue siendo, en última instancia, poner fin a la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Reflejo de ello es la afirmación de la competencia de la CPI para conocer de los crímenes cometidos en Gaza, susceptibles, a mi juicio, de ser calificados como crímenes de guerra y como genocidio. En este marco, la orden internacional de arresto dictada contra el Primer Ministro israelí, Benjamin Netanyahu, puede considerarse coherente con la línea jurisprudencial iniciada por la CPI en el asunto Al Bashir y continuada posteriormente en el caso de Vladimir Putin. En todos estos supuestos, la Corte ha sostenido que la condición de Jefe de Estado o de Gobierno, de Estados no parte en el Tratado, no constituye un obstáculo para el ejercicio de su jurisdicción.

Ahora bien, conviene no perder de vista el comportamiento de los Estados en los supuestos analizados, pues pone de manifiesto una práctica interesadamente contradictoria. En su momento, no fueron pocos los que censuraron a Sudáfrica y a otros Estados por incumplir la obligación de detener y entregar a Omar Al Bashir a la Corte Penal Internacional. Tales fueron, por ejemplo, los casos de Estados Unidos, de Francia o del Reino Unido. Esos mismos Estados no dudaron en manifestar su respaldo a la decisión de la Corte de emitir una nueva orden internacional de detención, en este caso contra Vladimir Putin. Sin embargo, la emisión de la orden de arresto contra Benjamin Netanyahu puso en evidencia el carácter selectivo y políticamente condicionado de dichas posiciones. Tanto Estados Unidos, como Francia, y con mayor ambigüedad el Reino Unido, se han opuesto sin pudor a la orden emitida por la CPI esgri-

miendo la inmunidad del Primer Ministro israelí. Es cierto que hay también quienes han afirmado su compromiso con las obligaciones derivadas del Estatuto y, en consecuencia, su intención de cumplir con la orden de arresto si se diera la situación. Tal es el caso de España, Bélgica, Holanda, Irlanda, Islandia, Chile o Sudáfrica, entre otros²².

Todo cuanto acabamos de señalar pone de relieve que la cuestión de la inmunidad de los altos dignatarios de un Estado, mientras están en ejercicio, no es un tema resuelto, y que los Estados mantienen posiciones ambiguas, si no contradictorias en función de quién sea el destinatario de la orden internacional de arresto dictada por la CPI, por lo que sostener la existencia de una práctica y una *opinio iuris* que avale la naturaleza consuetudinaria del artículo 27 ER es ciertamente arriesgado, como lo es también defender la posibilidad de someter a la CPI a Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de Estados no parte en el Tratado sobre la base de la inexistencia de una norma consuetudinaria que les garantice la inmunidad de jurisdicción penal absoluta ante los tribunales internacionales. Dicho lo anterior, y aún considerando que la argumentación de la CPI no resulta del todo convincente en términos estrictamente jurídicos, no puede ser más satisfactoria para la lucha contra la impunidad, una de las más ominosas lacras que aún pesan sobre la Comunidad Internacional.

²² Para hacer un seguimiento de la posición de los Estados en relación con la orden internacional de arresto emitida por la CPI contra Benjamin Netanyahu, puede consultarse: <https://www.justsecurity.org/105064/arrest-warrants-state-reactions-icc/> así como <https://es.euroneews.com/my-europe/2024/12/03/euroverify-cual-es-la-posicion-de-los-paises-de-la-ue-ante-la-orden-de-detencion-de-netany>

163. THE PROSECUTION OF THE INTERNATIONAL CRIME OF TORTURE BY STATES. THE CASE OF BELGIUM (’S SOMEWHAT CURIOUS DEFINITION OF THE OFFENCE)

STEVEN DEWULF

Associate professor of International Criminal Law
Faculty of Law, University of Antwerp (Belgium)

I. INTRODUCTION

In 1990, prof. José Luis de la Cuesta wrote a book on the crime of torture, specifically as it was included in the Spanish *Código Penal* in force at that time¹. In writing this tribute to the celebrated author, it seemed appropriate to provide a brief comparative response to this work 35 years later, by giving a concise overview of how the international crime of torture has taken shape in Belgian criminal law, not least because this implementation has some rather atypical characteristics.

This short contribution does not aim to provide a complete overview and comprehensive analysis of the Belgian criminal law provisions relating to the crime of torture. Instead, it will briefly consider some very remarkable choices made when introducing and later adjusting this crime in Belgian criminal law. One aspect in particular will be examined: the peculiar definition of this criminal offence, as chosen by the Belgian legislature and further elaborated in domestic case law.

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El delito de tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1990.

II. THE INTERNATIONAL CRIME OF TORTURE IN THE BELGIAN CRIMINAL LAW FRAMEWORK

1. Introducing the (definition of the) crime

The different international courts and tribunals that have been created, such as the IMT, ICTY, ICC or even hybrid tribunals such as the ECCC, have always been given clearly defined –and therefore strictly limited– jurisdiction, which has generally been linked to the so-called core crimes and often to a specific situation as well. International crimes in general, meant in the sense of offences that originate in international law, must therefore be investigated, prosecuted and punished first and foremost by States. This is also the case for torture, the subject of this contribution. The concept of torture under international law has been part of the Belgian legal landscape for decades. The prohibition of torture, as enshrined in Article 3 ECHR and Article 7 ICCPR, forms a cornerstone of the Belgian legal framework. As an international crime, it had long been recognised in Belgian criminal law as well, albeit in a very specific context. On 16 June 1993 a law was adopted², which, among other things, made the war crime of torture a criminal offence³. A few years later, in 1999, torture was also explicitly added to this specific law as a crime against humanity⁴. However, the law did not define these crimes of torture.

Moreover, it took until 2002 before the Belgian legislature finally inserted torture as an autonomous offence in the Belgian Criminal Code, i.e. outside the specific context of torture as a war crime, crime against humanity or genocide. The introduction of this new separate offence followed the ratification in 1999 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984 (hereinafter referred to as the ‘UNCAT’)⁵, which obliges States parties to include torture in their domestic penal legislation⁶. At that moment, for the first time, torture was also defined in Belgian criminal law. The in the meantime renumbered Article 417/1, 1° of

² Belgian Official Gazette 5 August 1993.

³ See art. 1, 2° of the Law of 16 June 1993.

⁴ Art. 3 Law of 10 February 1999, Belgian Official Gazette 23 March 1999. The same law also introduced the crime of genocide into Belgian law. It is generally accepted that crimes of torture can also be recognised as genocide. See, inter alia, Art. 6 (b) fn. 3 ICC Elements of Crimes, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (last consulted on 30/08/2025); Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, p. 6; DEWULF, S.: *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Antwerp: Intersentia, 2011, p. 50, fn. 152.

⁵ Law of 9 June 1999, Belgian Official Gazette 28 October 1999.

⁶ See Art. 4, § 1 UNCAT; Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, p. 4.

the Belgian Criminal Code (hereinafter ‘BCC’) stipulates that this offence refers to ‘any intentional inhuman treatment that causes severe pain or very serious and cruel physical or mental suffering’⁷.

It is immediately apparent that this description is not consistent with Article 1, § 1 UNCAT, which, albeit only for the purposes of that convention⁸, defines ‘torture’ as ‘any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to the law lawful sanctions. The decision not to adopt this definition was a conscious choice by the drafters of Article 417/1 BCC. Article 1, § 2 UNCAT allows for provisions in national legislation with a (potentially) broader scope, and it was pointed out during parliamentary proceedings that the definition in this international instrument was limited to the strict minimum on which international consensus could be reached⁹. Initially, it was even proposed not to provide any description of the term, in order to be able to rely on an evolutionary interpretation in case law, in particular that of the ECtHR concerning Article 3 ECHR, and to avoid setting out an overly strict framework in advance¹⁰. Only after fierce criticism in the light of the principle of legality, which requires, among other things, that the conduct that is made punishable be precisely defined¹¹, was it decided to define the offence¹². The chosen definition was based solely on the aforementioned case law of the ECtHR as well as of Belgian courts¹³. Other definitions, including those proposed by the ICTY and the European Committee for the Prevention of Torture, were not retained because they

⁷ Free translation. Art. 417/1, 1° BCC (original text in French): «*torture: tout traitement inhumain délibéré qui provoque une douleur aiguë ou de très graves et cruelles souffrances, physiques ou mentales*».

⁸ However, this description has since become the international legal reference point for the concept of torture, to which systematic reference is made in international case law and other documents (whether or not this definition is reproduced in full). See DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, pp. 80-82.

⁹ Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, pp. 6-7.

¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹ *Ibid.*, pp. 10-11 and 26-28.

¹² Parliamentary Documents Chamber 2001-2002, No. 1387/006, pp. 6-13.

¹³ See Court of Arbitration 29 June 1994, 51/94, *Belgian Official Gazette* 14 July 1994, consideration B.5.4.; Court of Arbitration 19 December 1991, 39/91, *Belgian Official Gazette* 24 January 1992, consideration 6.B.23.; Court of Cassation 18 May 1999, *Arr.Cass.* 1999, 354; BERKMOES, H.: «Folterverbod in het strafrecht», in *Panopticon*, 2004, p. 210; Parliamentary Documents Senate 2001-2002, No. 2-1020/3, p. 6.

contained too many nuances that would ‘undermine the usefulness and applicability of the definition’¹⁴.

The fact that the definition in Article 417/1, 1° BCC does not correspond with the description in Article 1, § 1 UNCAT has nevertheless been criticised on several occasions by, among others, the UN Committee against Torture¹⁵ and the UN Human Rights Committee^{16, 17}.

2. The constitutive elements of torture

a) INHUMAN TREATMENT (?)

It is immediately remarkable that Article 417/1, 1° BCC defines torture first and foremost as «inhuman treatment». This has also been put forward as a separate constitutive element in Belgian case law and legal doctrine¹⁸. Even though this choice of words is in line with the case law of the (non-criminal) ECtHR¹⁹, it is a confusing requirement. Art. 417/1, 2° BCC identifies the distinct offence of inhuman treatment with reference to three apparent components: intent, the infliction of suffering and a specific purpose²⁰. However, intent and the infliction of pain or suffering of a certain intensity are also explicitly included as separate conditions in the definition of torture (*infra*). The question could therefore be asked whether, by explicitly including the requirement of inhuman treatment, this meant that, indirectly, there must also be a specific intent to which the definition of inhuman treatment in Article 417/1, 2° BCC seems to refer, in order for torture to be present²¹. Curiously, the Bel-

¹⁴ Parliamentary Documents Chamber 2001-2002, No. 1387/006, pp. 7-8, 21-22 and 25.

¹⁵ See, inter alia, *UN Doc. CAT/C/BEL/CO/3*, § 8.

¹⁶ See, inter alia, *UN Doc. CCPR/C/BEL/CO/6*, § 26.

¹⁷ Parliamentary Documents Chamber 2022-2023, No. 3518/001, p. 148.

¹⁸ See, for example, Correctional Tribunal Antwerp 30 January 2015, AN30.LB.2327-14, ECLI:BE:EAANT:2015:JUG.20150130.8; DE NAUW, A. and DERUYCK, F.: *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen: Kluwer, 2020, p. 294 (without further explanation, however).

¹⁹ See, for example, ECtHR 18 January 1978, 5310/71, ‘Ireland v. United Kingdom’, § 167; ECtHR 30 June 2008, 22978/05, ‘Gäfgen v. Germany’, § 66.

²⁰ Art. 417/1, 2° Criminal Code 1867 (original text in French): «*traitement inhumain: tout traitement par lequel de graves souffrances mentales ou physiques sont intentionnellement infligées à une personne, notamment dans le but d’obtenir d’elle des renseignements ou des aveux, de la punir, de faire pression sur elle ou d’intimider cette personne ou des tiers*».

²¹ DEWULF, S.: «Foltering als misdrijf in het Belgische strafrecht: bevestiging en afwijking van de internationaalrechtelijke principes» (annotation of Cass. 4 February 2009), in *Rechtskundig Weekblad*, 2009-2010, pp. 1128-1129; DEWULF, S.: «De «*animus torquendi*» – het moreel bestanddeel van het misdrijf foltering zoals omschreven in artikel 417bis, 1° Sw.» (annotation of Cass. 1 December 2010), in *Nullum Crimen*, 2011, pp. 194-195; VEREECKE, V.: «De bestanddelen van het misdrijf foltering» (annotation of Court of Appeal Antwerp 19 oktober 2017), in *RABG*, 2018, pp. 1468-1469.

gian Court of Cassation has since ruled that, notwithstanding the wording of Article 417/1, 2° BCC, the offence of inhuman treatment does not require specific intent either²². *A fortiori*, this also means that the ‘inhuman treatment’ required for torture does not imply that there must be specific intent for the latter offence. As such, this condition can only be interpreted to mean that there must be treatment that already causes punishable pain or suffering within the meaning of inhuman treatment, but which, due to its higher intensity, must be classified as torture.

Torturous treatment includes both acts and omissions. An example of the latter would be the failure to provide food, water or medical care²³.

b) SEVERE PAIN OR VERY SERIOUS AND CRUEL SUFFERING

In accordance with the traditional view in international law that torture only covers the worst suffering and the most severe pain, and that the pain threshold for torture is therefore higher than for other forms of ill-treatment, including inhuman and degrading treatment²⁴, the pain or suffering inflicted must be of a certain intensity. According to the drafters of the provision, this intensity threshold is *the* distinguishing criterion between torture and inhuman treatment (Article 417/1, 2° *juncto* Article 417/3 BCC) and degrading treatment (Article 417/1, 3° *juncto* Article 417/4 BCC)²⁵. This can again be traced back to the ECtHR, which has systematically reiterated for decades that there is a particular stigma attached to the notion of torture that distinguishes it from other less serious forms of prohibited ill-treatment or punishment²⁶.

The specificity of torture also stems from the seriousness of the act: not only does it cause pain, but above all it is an expression of particular contempt for the individual²⁷. Article 417/2 BCC – which prescribes the actual criminalisation of and penalties for torture – thus punishes acts of violence characterised by the seriousness of the behaviour, insofar as it shows complete contempt

²² Court of Cassation 9 March 2021, P.20.1166.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210309.2N.7.

²³ See DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, pp. 168-170 and 212-214.

²⁴ See *ibid.*, p. 82 *et seq.* and the references there for more details. See also DEWULF, S.: «Foltering als misdrijf in het Belgische strafrecht», pp. 1126-1128, and the references there.

²⁵ Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, p. 9

²⁶ See i.a. ECtHR 18 January 1978, 5310/71, ‘Ireland v. United Kingdom’, § 167; ECtHR 28 July 1998, 25803/94, ‘Selmouni v. France’, § 96; ECtHR 7 February 2023, 63962/19, ‘M.B. et al. / Slovakia’ (No. 2’), § 74.

²⁷ Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, pp. 9-10; Court of Cassation 1 April 2025, P.24.1602.N, ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250401.2N.5.

for the individual, and the severity of the suffering deliberately inflicted on the victim²⁸.

Determining the degree and intensity of pain and/or suffering is a matter of fact²⁹, which the trial judge must assess in a sovereign³⁰ and case-by-case manner³¹. In line with the case law of the ECtHR, which states that all circumstances must be taken into account³², the intensity may be apparent from *inter alia* the connection between the nature and vulnerability of the victim, the specific context in which the acts were committed and the duration of the suffering inflicted³³. Sometimes it may be the sum of various acts and circumstances, whether or not committed over a certain period of time, that will qualify the acts (the situation in essence) as torture³⁴. However, the criminal nature of the acts does not depend solely on their multiplicity or their duration over time³⁵. The abuse must therefore not be systematic or repetitive in nature³⁶. A single act may suffice to constitute torture, provided that it causes the required pain or suffering³⁷. Nor is it necessary for the acts to target or affect vital organs³⁸.

Determining the severity of the suffering is not a simple task and the distinction in intensity from the separate offence of inhuman treatment is certainly not always clear. Moreover, torture is also an evolving concept and the pain threshold in particular is not static. As time passes and in light of advancing social insights, requirements and expectations, it appears to be lowering – also in the more recent case law of the ECtHR³⁹. What was not «severe pain

²⁸ Court of Cassation 4 February 2009, P.08.1776.F, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090204.3; Court of Cassation 1 April 2025, P.24.1602.N, ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250401.2N.5. See also Court of Cassation 24 May 2022, P.22.0419.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220524.2N.3; Court of Appeal Mons 22 October 2008, 284H2008, ECLI:BE:CAMON:2008:ARR.20081022.3.

²⁹ See also DEWULF, S.: «Folteren in terreurtijden», in Dewulf, S./Pacquee, D. (eds.): 60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, Antwerp: Intersentia, 2008, p. 91.

³⁰ VEREECKE, V.: «De bestanddelen van het misdrijf foltering», p. 1468.

³¹ DEWULF, S.: «Foltering als misdrijf in het Belgische strafrecht», p. 1127.

³² Such as the duration of the treatment, the methods used, the physical and mental consequences and, in some cases, the gender, age and state of health of the victim. See, for example, ECtHR 13 November 2003, 23145/93 and 25091/94, 'Elci et al. v. Turkey', § 633; ECtHR 9 July 2025, 8019/16, 43800/14, 28525/20 and 11055/22, 'Ukraine and Netherlands v. Russia', § 1061.

³³ See Court of Cassation 25 March 2025, P.24.1647.N, ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250325.2N.6 (as regards inhuman treatment, but this also applies *mutatis mutandis* to torture).

³⁴ DEWULF, S.: The Signature of Evil, pp. 159-160.

³⁵ Court of Cassation 4 February 2009, P.08.1776.F, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090204.3; Correctional Tribunal Antwerp 30 January 2015, AN30.LB.2327-14, ECLI:BE:EAANT:2015:JUG.20150130.8.

³⁶ DE HERDT, J.: Fysiek interpersoonlijk geweld, Antwerp: Intersentia, 2014, p. 550, fn. 591.

³⁷ Court of Appeal Mons 22 October 2008, 284H2008, ECLI:BE:CAMON:2008:ARR.20081022.3.

³⁸ Court of Appeal Antwerp 19 October 2017, RABG 2018, p. 1463, note VEREECKE V.

³⁹ DEWULF, S.: The Signature of Evil, pp. 136-144 and 197.

or very serious and cruel suffering» in the sense of torture yesterday may well be so tomorrow⁴⁰.

The pain or suffering inflicted can be both physical and mental⁴¹. For example, psychological and mental terror, such as threatening to kill the victim, whether linked to mock executions or not, can cause mental suffering of the intensity required for torture⁴².

c) MENS REA

Torture as defined in Article 417/1, 1° BCC requires general intent, i.e. the act must be committed knowingly and willingly⁴³. The perpetrator must therefore act in such a way as to cause severe pain or very serious and cruel suffering and he also wants to act in this way, even though he knows that this is prohibited under criminal law⁴⁴.

However, under Belgian criminal law, torture does not require specific intent⁴⁵. This is a very important and controversial difference from the definition under international law as set out in Article 1, § 1 UNCAT, which does require that the perpetrator acted for at least one specific purpose or reason. Once again, this was a conscious choice by the drafters of the offence, who pointed out that the main purpose of this restriction in the convention was to punish torture by governments. While ‘gratuitous torture’ was clearly not targeted at the international level, it was the intention of the Belgian lawmaker to make such forms of torture punishable under Belgian criminal law as well⁴⁶.

This interpretation is, nevertheless, not consistent with the common definition of torture under general international law which does require a specific

⁴⁰ DEWULF, S.: «Folteren in terreurtijden», p. 91.

⁴¹ See also Court of Cassation 15 December 2004, P.04.1189.F, ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20041215.10; Court of Cassation 7 November 2017, P.17.0727.N, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20171107.6.

⁴² Court of Cassation 7 November 2017, P.17.0727.N, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20171107.6.

⁴³ Court of Cassation 1 December 2010, P.10.0641.N, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20101201.2; Court of Appeal Antwerp 19 October 2017, *RABG* 2018, 1463, note VEREECKE V. See also BERKMOES, H.: «Foltering, onmenselijke behandeling en onterende behandeling», in De Busscher, M., Meese, J., Van Der Kelen, D./Verbist, J. (eds.), *Duiding Strafrecht*, Brussels: Larcier, 2018, p. 528; VANDERMEERSCH, D.: «La torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant», in X (eds.), *Les infractions*. Volume 2. Les infractions contre les personnes, Brussels: Larcier, 2020, p. 595.

⁴⁴ DEWULF, S.: «De «*animus torquendi*»», p. 194.

⁴⁵ Court of Cassation 1 December 2010, P.10.0641.N, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20101201.2; Correctional Tribunal Antwerp 30 January 2015, AN30.LB.2327-14, ECLI:BE:EAANT:2015:JUG.20150130.8.

⁴⁶ Parliamentary Documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, p. 8.

purpose or motive on the part of the perpetrator⁴⁷. Similarly, this requirement has been systematically emphasised in the case law of the ECtHR⁴⁸, on which the definition in Article 417/1, 1° BCC is based – not to mention that this definition was explicitly intended to be read and applied in accordance with the evolving interpretation of this European Court. Admittedly, as mentioned above, the 1984 UNCAT does leave room for national legislation containing provisions with a broader scope. Moreover, Article 417/1, 1° BCC was certainly not the first or only (inter)national definition in which this condition was not (fully) retained⁴⁹. Still, the Belgian legislature further complicated matters unnecessarily by –with a single reference to (only a few) older judgments of the ECtHR and the Court of Arbitration⁵⁰– apparently providing for a specific intent for the crime of inhuman treatment⁵¹, even though this is not considered necessary in international law. Even more confusing, the objectives mentioned in Art. 417/1, 2° BCC for inhuman treatment are regarded as some of the archetypical objectives required for torture and, for example, also appear in Article 1, § 1 UNCAT⁵². And to top it all off, as indicated, the Court of Cassation has recently ruled that inhuman treatment does not require specific intent after all, notwithstanding the rather clear wording of the definition of this offence in Article 417/1, 2° BCC...⁵³. This case law thus further obscures the already confusing interpretation of the suboptimal definitions included in Article 417/1 BCC. It is striking in this regard that Belgian criminal judges still regularly

⁴⁷ See similar or even identical requirements in Art. 1 Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, adopted by Resolution 3452 (XXX) of the United Nations General Assembly, 9 December 1975, *UN Doc. A/1034* (1975); Article 2 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 12 September 1985, available at <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html> (last consulted on 30/08/2025); Art. 8 (2) (a) (ii) – 1 and Art. 8 (2) (c) (i) – 4 ICC Elements of Crimes, available at <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (last consulted on 30/08/2025) (regarding torture as a war crime). For more information on this subject, see DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, p. 234 *et seq.*

⁴⁸ For example ECtHR 30 September 2004, 50222/99, ‘Krastanov v. Bulgaria’, § 8 and 17; ECtHR 13 July 2010, 14352/05, 38484/05 and 38513/05, ‘Karagöz et al. v. Turkey’, § 48 and 51; ECtHR 9 July 2025, 8019/16, 43800/14, 28525/20 and 11055/22, ‘Ukraine and Netherlands v. Russia’, § 1062 (in which the Grand Chamber of the Court very recently reiterated expressly that «[i]n addition to the severity of the treatment, there is a purposive element which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, inter alia, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating»). See also DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, pp. 234 and 359-360.

⁴⁹ See also DEWULF, S.: «Foltering als misdrijf», p. 1128; DEWULF, S.: «De «*animus torquendi*», p. 194, fn. 9.

⁵⁰ The predecessor the Belgian Constitutional Court.

⁵¹ *Supra* fn. 20.

⁵² See also DEWULF, S.: «De «*animus torquendi*», pp. 194-195.

⁵³ Court of Cassation 9 March 2021, P.20.1166.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210309.2N.7.

refer to a (lack of) specific purpose or motive when the classification of torture is (not) upheld⁵⁴.

d) NO PUBLIC OFFICIAL REQUIREMENT

The condition included in Article 1, § 1 UNCAT that the perpetrator must be a public official or any other person acting in a public capacity, or at least have a link with such a person, was not retained in Article 417/1, 1° BCC⁵⁵. The Belgian drafters were aware of the fact that adding this requirement in Article 1, § 1 UNCAT was the compromise outcome of negotiations, whereby the so-called ‘public official requirement’ was an expression of the will of States to criminalise ‘public’ torture. On a domestic level and in the light of the case law of the ECtHR, such a restriction in national criminal law was found to be meaningless⁵⁶. As such, torture can also be committed in a non-public context, e.g. as a form of domestic violence⁵⁷ or by (members of) a criminal group against victims who may or may not belong to a rival organisation. On the other hand, the public or official capacity did not disappear completely, as it can be an aggravating circumstance⁵⁸.

III. THE NEW CRIMINAL CODE OF 2024

In 2024, after 157 years, a new Criminal Code was finally adopted in Belgium, which is scheduled to enter into force in 2026. In this new Code (hereinafter ‘New BCC’), torture is naturally retained as an offence, but several notable changes have been made, particularly with regard to its definition, which appear to respond to the criticism that has been levelled.

⁵⁴ See, for example, Court of Appeal Brussels 29 July 2003, ECLI:BE:CABRL:2003:ARR.20030729.1; Court of Appeal Antwerp 25 March 2016, *NC* 2016, 376, note; Court of Appeal Antwerp 6 November 2024, 2023/CO/481, not published; DE NAUW, A. and DERUYCK, F., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, p. 294.

⁵⁵ Parliamentary documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, p. 7.

⁵⁶ Parliamentary documents Chamber 2000-2001, No. 1387/001, pp. 7-8. See also VANDERMEERSCH, D.: «La torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant», pp. 591-592.

⁵⁷ DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, pp. 389-398; DE HERDT, J.: *Fysiek interpersoonlijk geweld*, p. 550, fn. 592.

⁵⁸ Art. 417/2, § 2, 1°, a) BCC.

1. A new definition

Article 112, § 1 New BCC contains a substantially amended definition of torture for the (entire) new Criminal Code. The offence is now defined as «*any intentional act by which severe pain or very serious and cruel physical or mental suffering is caused to a person, including for the goal of obtaining information or a confession from him or a third party, or to punish him or a third party, or to exert pressure on him or a third party, or to intimidate him or a third party, or for any reason of a discriminatory nature*»⁵⁹.

This is a significant departure from Article 417/1, 1° BCC, as this new definition seems to be more in line with the current definition in international law as found in i.a. Article 1, § 1 UNCAT. Or at least, that appears to be the case at first glance.

2. But with the same elements (?)

Remarkably, fewer changes seem to have been made than this new text would suggest. The infliction of severe pain or suffering was evidently kept. Similarly, the legislature persists in not including the public official requirement, despite criticism on this point from some international institutions⁶⁰. As such, the public or official capacity of the perpetrator is still not a constitutive element of the offence of torture under Belgian law, be it that it remains an aggravating element⁶¹.

What has changed is that, first of all, new Article 112, § 1 New BCC no longer refers to «inhuman treatment». It now only refers to «conduct» as a material element, which may still consist of an act or an omission⁶². In terms of content, however, this has little impact in itself, given that the reference to inhuman treatment in the existing description in the Criminal Code of 1867, as indicated, has been rendered virtually meaningless in Belgian case law.

What is immediately and more striking is that, as a result of the aforementioned criticism from the UN Committee against Torture and the UN Human Rights Committee, the Belgian legislators have now finally added the

⁵⁹ Free translation. Art. 112 New BCC (original text in French): «*La torture consiste à, délibérément, infliger une douleur aiguë ou de très graves et cruelles souffrances, physiques ou mentales, à une personne, notamment dans le but d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir elle ou des tiers, de faire pression sur elle ou des tiers ou d'intimider cette personne ou des tiers, ou pour quelque raison de nature discriminatoire*».

⁶⁰ Parliamentary Documents Chamber 2022-2023, No. 3518/001, p. 149.

⁶¹ Art. 114 New BCC.

⁶² See Art. 6 New BCC.

specific motives that characterise the international legal definition of torture to Article 112 New BCC^{63, 64}. For the offence of torture in the new Criminal Code, the pain or suffering must have been caused to a person in order, among other things, to obtain information or extract confessions from him or a third party, to punish him or third parties, to exert pressure on him or third parties, to intimidate him or third parties, or for any reason of a discriminatory nature. An important amendment after all.

Or perhaps not. Despite these clear additional words, it does *not* seem to be the intention of the drafters of this provision to consider these motives as a form of specific intent. The addition of these words would essentially be purely cosmetic, formally responding to the comments of the aforementioned UN bodies without actually seeking to change the substance of the definition. The explanatory memorandum to the new Criminal Code even explicitly states that the offence of torture requires only general intent, in accordance with existing case law concerning Article 417/1, 1° BCC⁶⁵. The same explanatory memorandum indeed only refers to ‘motives’, without ever mentioning the terminology of specific intent.

3. Critical reflections

If that would in effect be the intention, questions can be raised as to this peculiar construction. The definition of torture would then still not be in line with the current interpretation of this concept in international law, nor with that of the ECtHR, even though this is explicitly the intention of the drafters of the new code.

This is particularly problematic because the term ‘torture’ must have the same meaning in the new Criminal Code, even when the offence is mentioned in other titles, which was not necessarily the case in the Criminal Code of 1867. However, for torture as genocide, a crime against humanity or a war crime, the established and almost universally followed interpretation in international criminal law is that it requires specific intent⁶⁶. The new Criminal Code itself

⁶³ And deleted in the case of inhuman treatment, see Art. 120, al. 1 New BCC.

⁶⁴ Parliamentary Documents Chamber 2022-2023, No. 3518/001, pp. 149-150.

⁶⁵ Parliamentary Documents Chamber 2022-2023, No. 3518/001, p. 150. See also Vandermeersch, D., «La torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant», p. 588.

⁶⁶ *Supra* fn. 47 (ICC Elements of Crimes). See also explicitly ICC 4 February 2021, ICC-02/04-01/15, ‘Situation in Uganda – Prosecutor v. D. Ongwen’, § 2704-2706; DEWULF, S.: *The Signature of Evil*, p. 233 *et seq.*, with numerous references to other case law, including that of the ICTY and ICC, and sources of IHL.

explicitly states that these core crimes, as they are also included in Belgian criminal law, must be interpreted in accordance with the international legal framework. Not retaining a specific intent would not only be problematic considering this international legal framework. It would also create a possible contradiction between the provisions in the new Criminal Code concerning core crimes, which require compliance with international law, whereas the new Article 112 New BBC would deviate from this.

Moreover, and above all, this also seems to be a shaky approach from a fundamental legal point of view. This would again create ambiguity, comparable to the related confusing wording found in the current description of inhuman treatment in Article 417/1, 2° BCC, which would undermine legal certainty. In addition, the principle of legality, which requires a restrictive and, in principle, literal interpretation of criminal provisions⁶⁷, seems to oppose such an approach, whereby clear wording is explicitly added, thus changing the description, which indicates an additional condition in favour of the perpetrator, but which should nevertheless be understood differently –namely that nothing would have changed– because the drafters only had in mind avoiding further criticism from international institutions.

In view of the latter aspect, and certainly also on the basis of the applicable international law that forms the foundation and frame of reference for this provision, and in which specific intent is increasingly used as a and even the distinguishing feature of torture, precisely because the ever-decreasing intensity of suffering is often too unclear to be used as the sole criterion⁶⁸, it is argued that this addition should be read as a condition of specific intent. The word «including» should be interpreted in this hypothesis as a permission, in line with the prevailing interpretation in international law⁶⁹, to keep open the possibility for certain other (possibly new) objectives, should these be accepted or become accepted in international law as *dolus specialis* of torture, to also be recognised as specific intent without the need for a to Article 112 New BCC. Furthermore, imposing this requirement should not lead to an overly restrictive interpretation of the concept of torture. The motives and objectives listed are already comprehensive *in se*, and international case law has taken a further flexible approach by providing broad interpretations⁷⁰.

⁶⁷ VAN DEN WYNGAERT, C., VANDROMME, S. and TRAEST, P.: *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerp: Gompel&Svacina, 2019, pp. 88-90.

⁶⁸ See DEWULF, S., *The Signature of Evil*, pp. 199-211 and 359-363.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 311 *et seq.*

⁷⁰ For a very detailed discussion of this point, *ibid.*, pp. 233-359.

In this regard, it should not be forgotten either that, in addition to torture, there is a whole range of other related offences that punish acts which, while not constituting torture, are nonetheless very reprehensible and fully punishable, often even under international law, and are subject to equally severe penalties, such as, not least, inhuman or degrading treatment. These acts have and deserve their own stigma based on universal rejection, without necessarily having to resort to the pernicious notion of torture.

IV. FINAL CONSIDERATION

The criminalisation of the international crime of torture in Belgian law took place several decades ago. Although the notion is not always easy or unambiguous to define in international law, its interpretation in Belgian criminal law has certainly taken on a rather unusual form. The new Belgian Criminal Code of 2024 seems to introduce significant changes to the existing definition, partly in response to reported ambiguities and (inter)national criticism, although the (intended) changes look as if they are more limited than they appear. The future will tell whether the interpretation that is or will be given to torture in Belgian law can stand up to international requirements, or whether further adjustments will be needed.

164. ¿TIENE EL DERECHO SOLUCIONES PARA GAZA? REFLEXIONES EN TORNO A LA JUSTICIA PENAL GLOBAL

IÑAKI ESPARZA LEIBAR

Catedrático de Derecho Procesal

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco (EHU)¹

I. LOS INICIOS: LA EHU Y JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

En nuestro advenimiento a la EHU, y sobre todo en nuestra estabilización en ella, José Luis de la Cuesta ha jugado un papel crucial, sin su intervención no es posible comprender mi periplo profesional, y ello en un doble plano:

En lo personal, después de licenciarme en la Universidad de Navarra, fui contratado por la entonces denominada UPV/EHU para impartir docencia en su Facultad de Derecho en noviembre de 1987, hace ya más 38 años².

Desde el principio me sorprendió, muy gratamente, la vitalidad que el Centro mostraba, siendo parte de dicha percepción el gran y enriquecedor contraste –también estético– entre mi *alma mater* y mi nuevo y primer destino como docente universitario. Entonces no sabía que gran parte, la mayor parte de hecho, de mi vida profesional estaría ligada a la EHU.

¹ Miembro del Consejo Consultivo de la Autoridad Vasca de Protección de Datos/DBEA, como experto en el ámbito de los derechos fundamentales, designado por la UPV/EHU. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado del «Sistema Interuniversitario Vasco»: «*Derechos Fundamentales y Unión Europea. Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*», financiado por el Gobierno Vasco.

² La proverbial intervención como facilitador de Demetrio Loperena Rota resultó clave en aquel momento.

Todas las personas que conocía me resultaban interesantes, todas eran amables y serviciales, de manera que el inicio resultó inmejorable, prometedor y lleno de incentivos. Conocer los pormenores de lo que era la carrera universitaria me resultó imperativo y atrajo toda mi atención y dedicación. Estaba motivado e ilusionado al máximo, como sólo las personas jóvenes pueden.

Las turbulencias, sin embargo, no tardaron en aflorar, un individuo en concreto con gran responsabilidad en la formación de las nuevas generaciones renunció a ella levantando un muro, a mi alrededor primero y alrededor de otros jóvenes valiosos recién incorporados después³. No obstante, lo que en un principio complicó todo enormemente a la postre resultó una bendición.

En ese momento de aguda necesidad de atención, acompañamiento y orientación me ofreció su desinteresada ayuda José Luis de la Cuesta, que ni siquiera pertenecía a mi área de conocimiento y que arriesgaba su zona de confort. Me ofreció –y no fue la única vez que lo hizo en los años que estaban por venir– tiempo para escucharme, y con él su consejo, sus contactos y con dichos valiosos recursos me permitió superar el injusto bloqueo instaurado⁴. Posteriormente, tras varios años formándome en la UJI –1991/1997– en la que adquirí el grado de doctor y gané la oposición a TU, el papel de José Luis resultó, una vez más, crucial para poder volver a la EHU y a la Facultad de Derecho de San Sebastián, como era nuestro deseo⁵.

En el plano más estrictamente profesional, de la mano de José Luis conocí a Antonio Beristain Ipiña y entablé contacto con sus avanzadas ideas y con el IVAC/KREI, del que a día de hoy sigo siendo miembro. Supe así que debía enriquecer y ampliar la perspectiva que del Derecho Procesal tenía. El empoderamiento de las víctimas, las alternativas al enjuiciamiento, la superación de la justicia de la estricta retribución y su transición o combinación con la Justicia Restaurativa y, en su caso, la Justicia Transicional, obligaban a una revisión

³ José Manuel Castells Arteche, a la sazón decano de la Facultad de Derecho, fue otra de las personas que nos ayudó al principio y también en decisivos momentos posteriores, siempre de forma desinteresada, discreta y eficiente. Hubo muchas más personas de todos los estamentos universitarios y de todas las disciplinas que me ayudaron en la cotidianeidad, contribuyendo grandemente a nuestra integración y progresión.

⁴ Nos facilitó el contacto con Juan-Luis Gómez Colomer, en la Universidad de Santiago de Compostela, mi maestro a la postre. Adicionalmente lo hizo también con personas como Cherif Bassiouni (destacado promotor de la CPI), Leonard L. Cavise o Jean Pradel, además de con instituciones como la *DePaul University* y su *College of Law* de Chicago, la *Université de Poitiers* o la AIDP, por mencionar algunas. La aportación cualitativa de todas y cada una de ellas especialmente al inicio de nuestra carrera profesional fue determinante.

⁵ Muchos compañeros y amigos tanto de la EHU como de la UJI, contribuyeron a hacer posible nuestro regreso a San Sebastián, circunstancia que me imposibilita ser exhaustivo. Quiero, no obstante, mencionar a Miren Azkarate Villar, cuya oportuna intervención resultó decisiva en aquel empeño vital y estratégico.

de los parámetros clásicos, a una ampliación de la perspectiva muy necesaria para enfrentar correctamente la realidad actual. Era posible elevar la calidad del sistema de resolución de conflictos y aspirar a hacerlo universal, que es lo que me interesaba y me sigue interesando.

II. REFLEXIONES SOBRE GAZA Y LA GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA DESDE EL DERECHO PROCESAL

Cientos de millones de personas, multitud de organizaciones internacionales y nacionales, numerosos gobiernos y asociaciones de todo tipo a lo largo del planeta entero, que se sienten concernidas por lo que está ocurriendo en Gaza, giran sus ojos hacia el derecho y se preguntan, con muy buen criterio, si el derecho tiene soluciones para Gaza. Y esperan (esperamos) que sea así, de lo contrario nos quedará la sensación de haber dado un paso hacia atrás de siglos en materia de resolución de conflictos. La autotutela como forma de resolución de conflictos, aquella en la que quién más fuerza tiene impone su visión, la paz a través de la guerra (que siempre es una mala solución y en este caso es además particularmente vergonzosa por la enorme desproporción, la cobardía y el desprecio de los que algunos han hecho generosa gala) que es la primitiva paz de los cementerios, en esencia.

Esto debería ser inasumible tanto por razones éticas y de justicia como por ser contrario a la más elemental civilización —que poco a poco y no sin pocas ni poco poderosas resistencias vamos afianzando— a la que repugna.

Cuando estudiamos la carrera, la visión del Derecho Penal que prevalecía era la derivada de la justicia retributiva. El que comete un delito se hace acreedor de la pena prevista, el que la hace la paga. No está mal ni es poco, resulta mejorable sin duda⁶, pero es un mínimo aceptable, al menos para el siglo xx.

Aunque la reflexión que sigue la realizamos en relación con otro escenario de violencia, la argumentación que reproducimos es, en nuestra opinión, perfectamente aplicable al escenario de Gaza. «En los últimos años, muchos hemos sostenido en diversos foros y en relación precisamente con esta cuestión y con respecto a la forma de abordar su correcta gestión desde la perspectiva de la justicia, que estamos inexorablemente obligados a pronunciarnos ante una alternativa que se plantea entre las dos siguientes opciones: La prime-

⁶ Prueba de ello es el artículo de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El principio de humanidad en Derecho Penal*, publicado en Cuadernos *Eguzkilore*, IVAC/KREI, n.º 23, 2009, pp. 209 y ss. Monográfico en homenaje a Antonio Beristain.

ra se materializaría en no hacer nada, ... La otra opción, la que nosotros profesamos, la más difícil pero también la más gratificante al fin y a la postre, a la que un estado democrático, saludable y de calidad tiene un derecho irrenunciable, es la opción de la justicia. La justicia que le da o le niega todo, toda la legitimidad al estado de derecho. La justicia basada en el reconocimiento, en el relato de la verdad y en la reparación del daño causado, valores cuya implementación excluye e imposibilita la venganza que, de otra manera, latente, podría verse alentada... En el siglo XXI la justicia, para serlo, debe ser integral (sin asimetrías) y debe también, sin duda, aplicarse con una nítida orientación restaurativa.... El escenario real es que disponemos de un escaso margen para enmendar esta desgraciada situación. Las reticencias, la obcecada venganza, la falta de empatía –también y llamativamente por parte de otras víctimas de violencia ilegítima que sí han sido arrojadas e integralmente reconocidas– la inercia, etc., son factores que se acumulan obstructivamente y que deben ser tenidos en cuenta y superados para poder afrontar con alguna garantía de éxito esta última oportunidad... Los sistemas de justicia creados por los estados están llamados a resolver los conflictos que, como consecuencia de la vida, de las relaciones, de la cotidianidad surgen con naturalidad. Lo ideal es que dicha resolución se produzca sin dilaciones indebidas. Los ciudadanos de los estados democráticos tenemos un derecho fundamental a que sea así, a que el estado nos garantice el debido, justo o equitativo proceso. Si no lo hiciera así se estaría incumpliendo el esencial contrato social, suscrito y rubricado con las leyes estratégicas, con grave riesgo de generar desafección, se estaría vulnerando un derecho fundamental clave para la convivencia, como todos los derechos que comparten dicha naturaleza.»⁷

Por tanto, el derecho debe tener –de hecho, es así– en su arsenal soluciones para Gaza y la comunidad internacional no puede ignorarlo. Se ha hecho antes en la historia (Núremberg, Ruanda o Yugoslavia) y aunque el resultado sea limitado e imperfecto, es infinitamente mejor que la inacción, que resulta de todo punto inaceptable y que desde una perspectiva material contaminará y perjudicará gravemente, hipotecándolo, el futuro de las generaciones venideras como viene haciendo ya desde hace décadas, enquistando el conflicto que tendrá violentas réplicas durante demasiado tiempo.

⁷ ESPARZA LEIBAR, I., *La justicia transicional o lo que podría llegar a ser el gran fracaso del estado de derecho en España/Justizia trantsizionala edo Espainian zuzenbideko estatuaren porrot handia izatera irits litekeena*, en la obra: *Euskadi después de la violencia/Euskadi indarkeriaren ondoren*. Dirigida por LANDA GOROSTIZA, J.M. y coordinada por GARRO CARRERA, E. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao 2019.

La geopolítica no debe –aunque está claro que puede hacerlo en función de intereses más o menos espurios– bloquear o impedir la realización de la justicia o, peor aún, su realización arbitraria y asimétrica, normalizando el uso de la fuerza, la amenaza y la violencia –Venezuela, Groenlandia, México, etc.,– erosionando la confianza ciudadana en las instituciones que sostienen la democracia. Ya hemos visto que esto no hace sino alimentar la polarización integral suicida, fuente inagotable de grandes males para la humanidad. Es el caso del doble rasero que, v. gr., la UE emplea con la Federación Rusa por su agresión a Ucrania, donde implementa sanciones, presiona activamente y propicia reclamar la responsabilidad penal que proceda e Israel, cuya absolutamente desproporcionada además de salvaje intervención en Gaza tolera, vergonzosamente, desde la sonrojante docilidad, cuando no sumisión, y casi total pasividad.

En esta hora debería poder investigarse con naturalidad y eficiencia todo lo ocurrido, en su caso adoptarse medidas cautelares efectivas, llegado el caso formular acusaciones contra las personas que aparezcan como responsables, y con todo ello desplegarse la genuina presunción de inocencia. Debería poder ejercitarse integralmente el derecho a la defensa, con plenas igualdad, publicidad y contradicción probar los hechos y, llegado el momento, absolver o condenar y ejecutar en su caso la sentencia al alcanzar la firmeza. Éstas y no otras serían las reglas del juego de una justicia penal globalizada y creíble. Solo de esta manera se generará confianza y adhesión a la justicia y, por ende, a la democracia. Solo de esta manera se disuadirá a quienes hacen del ejercicio de la amenaza, la fuerza y la violencia su método, parte inescindible de su cosmovisión.

El estado de derecho que garantiza para sus ciudadanos, internamente, el debido proceso, no puede optar por nada distinto es sus relaciones contenciosas con otras entidades estatales o personas en el nivel internacional. Se trataría de una esquizofrenia o una hipocresía que advertiría sobre la escasa calidad democrática de dicho estado, que tarde o temprano se volverá contra sus propios ciudadanos.

El poder sin control suficiente es autoritarismo y es arbitrariedad potencial. El poder sin control suficiente es la mayor causa de muerte de las democracias. Esto está ocurriendo en tiempo real y lo está haciendo en varios poderosos agentes internacionales simultáneamente. Es una peligrosa tendencia, ahora mismo al alza, que desde luego tiene consecuencias en relación con la Justicia, con la dificultad (incluso imposibilidad) de alcanzarla, ya que la Justicia no es compatible con estructuras en las que el poder no está suficientemente regulado y resulta controlable. Y esto tanto a nivel interno o nacional como internacional. En aquéllos asuntos en los que el poder tenga interés,

impondrá éste a toda otra consideración, también de Justicia, sean cuales sean los medios que deban ser empleados y las consecuencias que se generen.

La de la globalización de la Justicia es una cuestión que ya abordamos en un trabajo de hace algunos años y podemos constatar que –lamentablemente– no sólo no hemos avanzado, sino que las malas prácticas proliferan habiéndose producido una auténtica inversión de los valores esenciales. Esto no cuestiona, eso pensamos, nuestros argumentos en contra, sólo pone de relieve que para algunos (ni pocos ni poco poderosos) la Justicia es un valor que está selectivamente supeditado a otros que el poder prioriza arbitraria y caprichosamente. Las consecuencias de ello ya las estamos padeciendo.

En la encrucijada en la que todos nos hallamos –en lo económico y en lo político fundamentalmente– con directas repercusiones en lo jurídico, y en lo jurídico procesal, principalmente penal, nos vemos en la necesidad de reivindicar siempre el estado de derecho. El estado de derecho comporta de manera inescindible, especialmente en materia de resolución de controversias y conflictos mediante la aplicación del Derecho Penal, un entramado de elementos que configuran el poder judicial y condicionan su funcionamiento, dotando al respecto a los ciudadanos de un nada despreciable estatus que implica en definitiva la efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos. Es lo que denominamos el proceso debido⁸.

En nuestra opinión es preciso justificar la opción por el proceso debido, en sí misma y como clave para la globalización, constatando en cualquier caso que ésta llegará, y que lo hará más o menos ordenadamente en función de las previsiones realizadas y de las medidas adoptadas. Podríamos preguntarnos si la opción por el proceso debido es en lo jurídico-procesal, negativa, neutra o positiva para los ciudadanos de una comunidad. Que a un país se le exija dotarse de un sistema de resolución de conflictos que garantice la consecución de la Justicia, de una justicia de calidad, es sin duda beneficioso para sus ciudadanos e instituciones. El proceso debido es el mejor sistema existente (y se halla en permanente mejora, ya que es parte de su naturaleza) para alcanzar la Justicia. Es el que permite la instauración de un verdadero estado de derecho, siendo el resultado un interlocutor fiable para el resto de la comunidad internacional, *ad extra*, con la que podrá interactuar y coordinarse, beneficiándose así del volumen de relaciones multilaterales de todo tipo que surgirán en tal contexto, lo que repercutirá en el desarrollo integral de ciudadanos y comunidades. El Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia nos ofrece un excelente ejemplo.

⁸ ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del Proceso Debido*, Bosch, Barcelona, 1995.

La globalización en la resolución de controversias y conflictos, no va a venir –probablemente nunca– de la mano de una organización mundial fruto del reconocimiento o consecución de una única soberanía planetaria o escenario análogo. Si lo conseguimos, vendrá de la compatibilidad y la coordinación de los sistemas nacionales que conocemos. Dicha compatibilidad sólo podrá alcanzarse –si existiera la voluntad real para ello– por medio del equivalente a una *lingua franca* en lo jurisdiccional, y ésta no es otra que el proceso debido, que permite múltiples variantes en torno a un núcleo esencial que necesariamente debe ser respetado. Es por tanto un modelo flexible y adaptable, como ha venido demostrando a lo largo de los siglos. El modelo que proponemos y propugnamos es el de resolución de conflictos propio de un estado de derecho –el proceso debido– cuyo máximo exponente, en cuanto al respeto de los derechos de las personas, es el proceso penal, y cuya correcta implementación tiene como resultado la consecución de la Justicia. El modelo que consecuentemente rechazamos (el anti-modelo podríamos decir) es el que maliciosamente incorpora elementos radicalmente incompatibles con el proceso debido, corrompiéndolo. Es el modelo que acuña el proceso penal del enemigo, cuyo resultado es algo que nada tiene que ver con la Justicia⁹.

III. JUSTICIA PARA GAZA¹⁰

Con Núremberg, hace ya más de 80 años, se quiso tener un instrumento para combatir los más graves y salvajes delitos que ofendían a la humanidad entera, para que no se volvieran a repetir. A la vista está que no se logró, aunque un adecuado instrumento para garantizar la justicia penal internacional (ya sin objeciones procesales relevantes) existe y debe ser utilizado. Se trata del Tribunal Penal Internacional –del que EEUU no es miembro actualmente– se crea en 1998, en respuesta a las graves violaciones de derechos humanos acaecidas en Yugoslavia y Ruanda, y ante el alto riesgo de impunidad detectado al respec-

⁹ ESPARZA LEIBAR, I., *El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización*. En la obra: *El Derecho Procesal español del siglo xx. A golpe de tango* (Homenaje a Juan Montero Aroca). Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

¹⁰ «Según datos respaldados por las agencias de la ONU, son al menos 67.000 muertos y alrededor de 170.000 heridos sobre una población estimada de 2.200.000 personas. Todo ello sumado a una hambruna inducida y al desplazamiento forzoso de dos millones de personas durante los dos años del conflicto. Sin olvidar por supuesto a las víctimas israelíes cifradas en cerca de 1.200 muertos y los más de 3.400 heridos por los ataques de Hamas el 7 de octubre de 2023.» Vid., Balsa Guldriis, D., «Un Nuremberg para Gaza», *Diario Público*, 18 de noviembre de 2025.

to¹¹. Se configura en el marco del Estatuto de Roma suscrito por 125 estados nacionales y con vocación de universalidad, aunque regímenes claramente dictatoriales o complacientes con posiciones autocráticas y totalitarias presagian, y ello es no deja de ser bastante significativo, deserciones. El TPI ha investigado, juzgado, condenado y está ejecutando en la prisión de Scheveningen, institución imprescindible que es parte del sistema del TPI, resoluciones dictadas en relación con graves actuaciones constitutivas de delito, de las que han sido hallados culpables altos responsables políticos y militares en contextos de violencia extrema (como es el caso del Congo, entre otros). No es suficiente y muchas situaciones análogas no llegan al TPI, pero es más que un mero símbolo y lanza una señal de la máxima relevancia, que debe ser reforzada. No va a haber en el planeta tolerancia con situaciones de *violencia salvaje*, que serán perseguidas y castigadas con la fuerza de la legitimidad de la comunidad internacional.

En situación de examen preliminar hallamos los casos de Ucrania o Gaza que están siendo gestionados –desde la perspectiva política– de forma tan diferente por la comunidad internacional y muy en particular por la UE, militante y activa en el caso de sanciones a Rusia, y vergonzosamente sumisa con Israel.

No podemos decir en consecuencia que el derecho no tiene a día de hoy soluciones para Gaza, las tiene, pero no se están implementado correctamente ni previsiblemente se hará por falta de voluntad de algunos estados¹².

La Justicia debe estar por encima de bloques coyunturales, sólo así los ciudadanos tendrán la seguridad de que puede alcanzarse y con ello serán leales a los poderes públicos. Pero la Justicia requiere de algunos presupuestos muy básicos más allá del derecho sin cuya concurrencia se convierte en un objetivo imposible. Me estoy refiriendo al respeto primero y a la confianza a continuación. El respeto supone el reconocimiento de que el otro existe y tiene derecho a ello, la confianza sería una actitud cuya concurrencia debe fomentarse ya que facilitará enormemente el encauzamiento de las discrepancias que surgirán tarde o temprano.

¹¹ BELTRAN MONTOLIU, A., *Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003. GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS, *La corte Penal Internacional (un estudio multidisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

¹² De hecho, el TPI ha adoptado medidas cautelares personales como ocurrió en noviembre de 2024 con las órdenes internacionales de detención emitidas contra Mohammed Diab, líder militar de Hamás, posteriormente ejecutado, el Primer Ministro de Israel Benjamin Netanyahu y el ex ministro de Defensa israelí Yoav Galant, limitando con ello, no absoluta pero sí notablemente, la libertad de movimientos de los mandatarios israelíes. Con el concurso de los pocos países (los obligados, pero rebeldes como Hungría y los que, como EEUU no han suscrito el Estatuto de Roma) renuentes todavía a hacer efectivas estas medidas cautelares, la libertad plena de estas personas solo estaría garantizada en Israel y ello a expensas de eventuales cambios políticos.

La legalidad internacional o es universal y de obligado cumplimiento o no es útil, y a los ya existentes y no siempre efectivos, habrá que añadir instrumentos y recursos que garanticen su ejecutividad. Si a nivel internacional es posible, como lo es desde hace años y cada vez de forma más eficiente en el continente europeo¹³, no hay obstáculo insuperable para extenderlo a nivel planetario¹⁴.

Los países que por cálculo o convicción no se incorporen ejerciendo su responsabilidad al espacio planetario de justicia, sin vetos ni subterfugios, harán gala de ser democracias negligentes y débiles, en el mejor de los casos. Incapaces de actuar como agentes fiables y por tanto y llegado el caso, incapaces de defender los derechos de sus propios ciudadanos, empresas e instituciones más allá –y seguramente ni eso– de sus fronteras. Proyectando un modelo que la realidad ha superado ya, por ineficiente e inadecuado.

Para finalizar, es preciso mencionar que en paralelo al TPI, actúa la Corte Internacional de Justicia (CIJ), «el 29 de diciembre de 2023 la República de Sudáfrica, con el peso moral del padecimiento durante décadas del régimen racista del «apartheid», inició un procedimiento en La Haya contra el Estado de Israel por violación de varios preceptos de la «Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio» suscrita en 1948»¹⁵.

¹³ Vid., al respecto, v. gr., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Obra colectiva dirigida por ARANGÜENA FANEGO, C., Lex Nova, Valladolid 2010. GONZÁLEZ CANO/DE HOYOS SANCHO, *Integración europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018. JIMENO BULNES/MIGUEL BARRIO/BACHMAIER WINTER, *Espacio Judicial Europeo y Proceso penal*, Tecnos, Madrid 2019.

¹⁴ ESPARZA LEIBAR, I., *El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización*, op. cit. En nuestra opinión, quienes se mantengan al margen de este modelo serán parias a todos los efectos.

¹⁵ Balsa GULDRIS, D., *Un Nuremberg para Gaza*, cit., añade: «Todos los Estados miembros de la ONU son automáticamente –según el artículo 93.1.º de la Carta de Naciones Unidas– miembros de la Corte, incluidos por supuesto Israel y EEUU. Es importante tener claro que la Corte no enjuicia a individuos, sino únicamente a Estados soberanos, además de emitir opiniones consultivas sobre diversas cuestiones a solicitud, principalmente, de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de la ONU.» «Israel, a diferencia de lo que sucede con la causa que se sigue en el Tribunal Penal Internacional (TPI), sí ha comparecido oficialmente y se ha personado a todos los efectos en este proceso ante la Corte Internacional de Justicia... para defenderse vehementemente de las afirmaciones contenidas en el escrito de acusación presentado por Sudáfrica. Un panel de quince jueces de diferentes nacionalidades, más dos jueces «ad hoc» en representación respectivamente de Sudáfrica e Israel, tomarán una decisión que será inapelable y de obligado cumplimiento para las partes (art. 94.1.º de la Carta de Naciones Unidas). De momento, la CIJ ha dictado varias tandas de medidas cautelares, a petición de Sudáfrica, tras considerar «plausible» la comisión del delito de genocidio. No existen precedentes conocidos en la jurisprudencia de la Corte –con casi ocho décadas de existencia– de la afirmación de que es «plausible» que un Estado soberano este cometiendo un delito de genocidio.»

165. EN EL DERECHO INTERNACIONAL NO EXISTE EL DELITO ECOLÓGICO

CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho Internacional Penal no existe –todavía– el delito ecológico¹, sino que son los Estados los abordan ese tipo de conductas en el marco de sus ordenamientos internos. No es ajeno a este hecho el que las conductas calificadas como crímenes internacionales se caracterizan por ser violaciones graves del Derecho Internacional (derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario, genocidio, agresión, etc.), sin que exista ninguna relacionada con los atentados al medio ambiente.

En el plano internacional lo único que tenemos es el régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Esto es, por la violación de una obligación internacional de cualquier naturaleza jurídica que sea (convencional, consuetudinaria, institucional o unilateral). En tales casos, surge la obligación de reparar a cargo del Estado autor de la violación. Sería el caso, por ejemplo, de la violación de la obligación internacional de prevención.

¹ El primer intento en regularlo es muy reciente y tiene lugar en el ámbito regional europeo del Consejo de Europa: el Convenio sobre la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal, actualmente en proceso de formación.

Fuera de ese supuesto, la responsabilidad civil que contemplan los tratados internacionales en materia de medio ambiente recae en personas físicas o jurídicas. Así, por ejemplo, en relación con la contaminación del medio marino o la producida por residuos, entre otros supuestos².

II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

En Derecho Internacional, la responsabilidad internacional del Estado acontece como consecuencia de la comisión de la violación de una obligación internacional. Esta construcción de origen jurisprudencial fue afirmada muy tempranamente por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en 1919 con ocasión del asunto de la fábrica de Chorzow³. En él, el TPJI manifestó que:

«Es un principio del Derecho Internacional, incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un acuerdo comporta la obligación de reparar»⁴.

Con posterioridad, es la Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano de codificación de la Asamblea General de la ONU, la que con su trabajo contribuyó a codificar el Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional, hoy recogido en el *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* (2001)⁵, que examinaremos brevemente a continuación.

Con carácter general, el citado Proyecto de Artículos establece dos regímenes en materia de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Uno, como consecuencia de la violación de obligaciones derivadas de *normas dispositivas*. El otro, por la violación de obligaciones derivadas de *normas imperativas*.

² Vid. con carácter general nuestro trabajo *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. Derecho Internacional*, EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 772.857 – Mayo 2025.

³ TPJI, CPJI, Serie A, N. 17, p. 29 (https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf)

⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁵ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II, segunda parte (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (pp. 26 ss.) https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

1. Por la violación de obligaciones derivadas de normas dispositivas

De acuerdo con el art. 1 del Proyecto de Artículos de la CDI, todo hecho internacionalmente ilícito genera la responsabilidad internacional del sujeto internacional que lo comete. En realidad, este artículo no hace otra cosa que codificar el principio básico sobre el que descansa todo el sistema general del Derecho Internacional de la responsabilidad internacional enunciado por la jurisprudencia internacional en el asunto de la *fábrica de Chorzow* (TPJI, 1928) anteriormente citado, de conformidad con el cual todo hecho ilícito tiene como consecuencia la obligación de reparar:

«El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (...) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habrían de servir para determinar (...) la reparación debida (...) eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago en una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución»⁶.

De acuerdo con el citado Proyecto de Artículos, el hecho internacionalmente ilícito consta de los siguientes elementos:

a) *Elemento objetivo*: un comportamiento, consistente en una acción u omisión, que constituye la violación de una obligación internacional (cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta: convencional, consuetudinaria, institucional o emanada de una declaración unilateral). Se trata, en todo caso, de lo que el Derecho Internacional califica como *normas dispositivas*. Esto es, normas respecto de las cuales el Estado se obliga voluntariamente al manifestar su consentimiento (lo que les diferencia de las *normas imperativas*, que son *indisponibles*, y obligan a todos los Estados independientemente de su voluntad respecto de ellas).

b) *Elemento subjetivo*: atribución de ese comportamiento (consistente en una acción u omisión, que constituye la violación de una obligación inter-

⁶ TPJI, CPJI, Serie A, N. 17, p. 47 (https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf)

nacional) a un Estado⁷ o a una Organización Internacional⁸ (en determinados supuestos, también a movimientos insurreccionales).

c) *Elemento temporal*: la obligación internacional en cuestión tiene que estar en vigor.

Como ya he puesto de manifiesto, la consecuencia del hecho internacionalmente ilícito es la obligación de reparar; reparación que puede adoptar diversidad de formas: reparación *in integrum*, restitución, indemnización y satisfacción; ya sea de manera única o combinada.

De todas ellas, la obligación principal del responsable de un hecho internacional ilícito es la *reparación*. Así, lo precisa el artículo 31 del citado Proyecto de Artículos:

«Reparación.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.»

En la misma línea el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), órgano judicial principal de la ONU e intérprete máximo del Derecho Internacional, en su *Opinión Consultiva sobre la reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, precisa que con la reparación lo que se trata de hacer es eliminar o «borrar las consecuencias del hecho ilícito»⁹.

En definitiva, estamos ante una obligación general de Derecho Internacional que incide en todos los sectores del mismo. En consecuencia, existe un HII y, por lo tanto, la obligación de reparar¹⁰, cuando un comportamiento (consistente en una acción o una omisión) atribuible al Estado (o a una OI) viola una obligación internacional cualquiera que sea su naturaleza jurídica (convencional, consuetudinaria, institucional o unilateral)¹¹.

⁷ Entendiéndose por tal hecho del Estado cuando es cometido por cualquiera de sus órganos, entidades territoriales o personas en el ejercicio de funciones públicas.

⁸ Entendiéndose por tal hecho de la Organización Internacional cuando es cometido por cualquier órgano de la misma o por sus funcionarios en ejercicio de misiones de la Organización.

⁹ TIJ, *Recueil* 1949, pp. 174-189 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/4/004-19490411-ADV01-00-FR.pdf>)

¹⁰ CDI, Proyecto de Artículos..., *op. cit.*, p. 33: «Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional»

¹¹ CDI, Proyecto de Artículos..., *op. cit.*, p. 35: «Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado».

En consecuencia, la obligación de reparar íntegramente es la segunda obligación, en este caso general, del Estado como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

Conviene recordar que, aunque la regulación internacional que se aborda en el Proyecto de Artículos de la CDI se refiere sólo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, ello no significa que los comportamientos de otros sujetos de Derecho internacional, como las Organizaciones Internacionales no puedan generar igualmente su responsabilidad internacional (cuestión ésta contemplada expresamente en los arts. 57 y 59 del Proyecto de la CDI).

Existen, por la tanto, dos regímenes diferentes de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. *Uno*, el derivado de la violación de obligaciones derivadas de normas dispositivas en el cual el único legitimado para exigir reparación es el Estado perjudicado. *El otro*, derivado de la violación de obligaciones derivadas de normas imperativas en el cual se entiende que el perjuicio es colectivo (dados los intereses colectivos objeto de tutela por las normas imperativas), por lo que la respuesta tiene lugar en el marco de una Organización Internacional (generalmente la ONU; también la UE); estando, además, todo Estado legitimado para exigir reparación.

2. Por la violación de obligaciones derivadas de normas imperativas

La afirmación de la existencia de obligaciones internacionales de especial relevancia para la Comunidad Internacional en su conjunto, cuya violación posee una especial gravedad y, por tanto, lleva aparejadas consecuencias también más relevantes fue declarada inicialmente por el TIJ, en 1970, en el *asunto de la Barcelona Traction*, pasando posteriormente a ser codificada en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados.

En ese *asunto*, el TIJ afirma la existencia de obligaciones de los Estados para con la Comunidad Internacional en su conjunto, que conciernen a todos los Estados:

«Habida cuenta de la importancia de los derechos en causa, se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de estos derechos; las obligaciones en cuestión son obligaciones *erga omnes*.

Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, como también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamen-

tales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial»¹².

Son obligaciones internacionales formuladas por «normas imperativas» no disponibles por la voluntad de los Estados. En otros términos, se imponen a todos los Estados.

Respecto al concepto de «norma imperativa», está recogido en el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV), de 23 de mayo de 1969, de acuerdo con el cual:

«Una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.»

Si analizamos los elementos característicos de esa definición constatamos que tales normas poseen naturaleza *consuetudinaria*. Son normas no escritas. Así se desprende de los elementos que precisan que se trata de una «norma de Derecho Internacional general», «reconocida y aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» (reconocimiento y aceptación que constituyen el elemento psicológico de la costumbre u *opinio iuris*. Esto es, la convicción existente acerca del carácter jurídicamente vinculante de la norma en cuestión.

Hasta 1996, el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados (anterior al actualmente vigente, adoptado en 2001) calificaba como «crimen internacional» las violaciones de normas imperativas¹³. A este respecto son necesarias dos puntualizaciones. Primera, la figura del «crimen internacional» no tenía connotaciones penales sino sólo la calificación como tales de las violaciones de normas imperativas (que son violaciones graves del Derecho Internacional). Segunda, el término «imperativa» no tiene otro significado que el proporcionado por el art. 53 CV anteriormente citado. No se refiere ni significa obligatoriedad. En efecto, un tratado es obligatorio para las partes (sólo para ellas), pero no es una norma imperativa.

De este modo, la figura del «crimen internacional» del art. 19 del anterior Proyecto de Artículos tenía la ventaja y la pedagogía de hacer visible la existencia de los dos regímenes de responsabilidad internacional del Estado anteriormente citados: uno, de violaciones graves del Derecho Internacional (la de

¹² CIJ, *Recueil* 1970, p. 32.

¹³ CDI, Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II (segunda parte), pp. 76-121); https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1976_v2_p2.pdf

cualquier norma imperativa) calificado como «crimen internacional» y otro por la violación de obligaciones derivadas de normas dispositivas de cualquier naturaleza jurídica (convencionales, consuetudinarias, institucionales o unilaterales); violación esta última que el citado art. 19 del Proyecto de Artículos anterior calificaba como «delitos internacionales» (también sin connotaciones penales).

La pedagogía de ese art. 19 aumentaba al proporcionar ejemplos concretos de violaciones de normas imperativas que constituían tales «crímenes internacionales» (insistimos, no en el sentido penal). Pues bien, uno de ellos hacía referencia al medio ambiente, calificándose como «crimen internacional»:

«la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares».

El tenor íntegro del art. 19, titulado «Crímenes y delitos internacionales» era el siguiente:

«1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacional ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional»¹⁴.

¹⁴ La cursiva es nuestra.

En el vigente Proyecto de Artículos de 2001 el concepto de «crimen internacional» fue sustituido por la expresión plena de conceptos jurídicos indeterminados de «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional» (arts. 40 y 41)¹⁵, manteniéndose la responsabilidad agravada que conlleva su violación, frente a la responsabilidad que tiene la violación de obligaciones derivadas de normas dispositivas (todas las demás).

En consecuencia, también desaparecieron los ejemplos que mencionaba el citado art. 19. Es más, en la «lista no exhaustiva» de ejemplos de normas imperativas a las que alude la CDI en la elaboración de su nuevo proyecto, no hay ninguna relacionada con el medio ambiente. Las que cita, sin ánimo exhaustivo, son las siguientes: agresión, esclavitud, trata de esclavos, genocidio, discriminación racial, apartheid, tortura, normas básicas de Derecho Internacional Humanitario aplicables a los conflictos armados y el derecho a la libre determinación de los pueblos. En 2002 añade la prohibición de crímenes de lesa humanidad y deja la puerta abierta a otras que puedan surgir. A estos ejemplos cabe añadir conductas como la desaparición forzada de personas y las ejecuciones extrajudiciales¹⁶.

Como puede apreciarse, salvo el supuesto relativo a la contaminación masiva de la atmósfera y de los mares del antiguo art. 19, están todos los demás y algunos otros nuevos.

Por último, este diferente régimen de responsabilidad en la violación de obligaciones derivadas de normas imperativas se concreta en el nacimiento de obligaciones adicionales a cargo de la Comunidad Internacional, puestas de manifiesto tanto por el TIJ en su jurisprudencia¹⁷, como por la CDI en su Proyecto de Artículos (2001). Es el caso de las siguientes: no reconocer como lícita la situación creada por la violación de la imperativa¹⁸, no prestar ayuda o

¹⁵ CDI, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83) (<https://docs.un.org/es/a/RES/56/83>)

¹⁶ No afecta a su naturaleza de normas imperativas el hecho de que muchas de esas conductas constituyan crímenes internacionales en el marco del Derecho Internacional Penal.

¹⁷ Por ejemplo, en su Dictamen con ocasión de la *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004 (CIJ, *Recueil* 2004).

¹⁸ A título de ejemplo cabe citar a este respecto, en el plano institucional de la ONU, los siguientes posicionamientos. Ya en 1965, respecto de *Rodesia*, las Resoluciones 216 y 217 (1965) que afirmaron «la ilegalidad e invalidez bajo el Derecho Internacional» de la Declaración de 11 de noviembre de 1965 que proclamaba la independencia del territorio controlado por la minoría blanca, iniciándose una política de no reconocimiento concretada de modo especial en la Resolución 277 (1970), acompañada de sanciones económicas adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta. En el caso de *Namibia*, la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. En 1977, el Consejo de Seguridad siguió la misma política respecto del *Transkei independiente* y de cualquier otro bantustán (Resoluciones 402 (1976) y 407 (1977). En los años

asistencia para mantener esa situación¹⁹ y cooperar para poner fin, por medios lícitos, a esa violación grave²⁰.

3. Sustituida por una fórmula repleta de conceptos jurídicos indeterminados

Suprimida la figura del «crimen internacional» el Capítulo III del Proyecto de Artículos (2001) de la CDI se dedica exclusivamente a las «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general»²¹. Por otra parte, el art. 48 –incluido en la Tercera Parte del Proyecto de Artículos, titulado «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado»–, contempla la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado; hipótesis que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando «la obligación violada existe con relación a la Comunidad Internacional en su conjunto». Esto es, de una norma imperativa.

Según la CDI, «es necesario que en los artículos –del Proyecto– se refleje que hay ciertas *consecuencias* que dimanen de los conceptos básicos de normas imperativas de derecho internacional general y de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto dentro del ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. Sean o no las normas imperativas de derecho internacional y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto aspectos de una idea básica única, hay por lo menos una coincidencia sustancial entre ellas»²². Ahora bien, añade, «hay al menos alguna diferencia en cuanto a la importancia que se les asigna». Mientras que las normas imperativas se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, «en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es

ochenta del siglo pasado, la obligación de no reconocer la situación ilícita la proclama el Consejo de Seguridad respecto de la *República Turca de Chipre del Norte*, surgida de la ocupación militar por Turquía de territorio chipriota (cfr. las Resoluciones 541 (1983) y 550 (1984) del Consejo de Seguridad). En 1990 y en el marco de la invasión de Kuwait por Irak, la Resolución 662 (1990), de 9 de agosto, el Consejo de Seguridad. Vid. *in extenso* nuestro trabajo: «El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad», en la obra colectiva coordinada con QUEL LÓPEZ, F.J., *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 40-68.

¹⁹ Cfr. la Resolución 662 (1990), de 9 de agosto, el Consejo de Seguridad anteriormente citada respecto de la invasión de Kuwait por Irak (<https://digitallibrary.un.org/record/94573?ln=es&v=pdf>)

²⁰ Cfr. la Resolución 661 (1990), de 6 de agosto de 1990 relativa a la situación entre Irak y Kuwait (<https://digitallibrary.un.org/record/94221?ln=es>).

²¹ En la redacción del Proyecto de Artículos de 2000 este Capítulo se titulaba: «Violaciones graves de obligaciones para con la Comunidad Internacional en su conjunto».

²² CDI, *op. cit.*, p. 303.

esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento»²³. Esto es, en tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado que cometa una violación.

Para la CDI, «teniendo en cuenta esa diferente orientación conviene reflejar las consecuencias de los dos conceptos de dos maneras distintas. En primer lugar, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados²⁴. En segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto»²⁵.

De conformidad con el art. 40 del vigente Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado:

«1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable».

La propia CDI destaca los dos criterios utilizados para distinguir las «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general» de otros tipos de violaciones. De un lado, el carácter de la obligación violada (que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general). De otro, la importancia de la violación (que debe ser grave). Este Capítulo III se aplica sólo a las violaciones del Derecho Internacional que cumplen ambos criterios.

Curiosamente, todos los ejemplos que el antiguo art. 19 citaba como «crímenes internacionales» –salvo el relativo a la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares– los cita ahora la CDI como ejemplo de normas imperativas²⁶. El problema se centra, por tanto, en el carácter «grave» que debe tener la violación.

Nos situamos, pues, en el terreno del lenguaje y en el recurso al mismo para difuminar la exigibilidad de la obligación. Según la C.D.I., «la palabra «grave» significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla y no quiere sugerir que alguna de esas violaciones no sea grave, o sea de algún modo excusable», justificando también su empleo en la hipótesis

²³ *Ibid.*, p. 303 y s.

²⁴ De esto se ocupa el art. 41.

²⁵ *Ibid.* De ello se ocupa el art. 48.

²⁶ Añadiendo las normas básicas de Derecho Internacional Humanitario y la prohibición de la tortura.

de que «cabe imaginar casos relativamente menos graves de violación de normas imperativas y por ello es preciso limitar el alcance de este capítulo a las violaciones más graves o sistemáticas»²⁷.

Recurriendo nuevamente a la flexibilidad del lenguaje, el párrafo 2 del art. 40 especifica que la violación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable. Para ser considerada sistemática, «una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada». Por su parte, el término flagrante «se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza flagrante que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma»²⁸.

En definitiva, de acuerdo con el Proyecto actualmente aprobado la única diferencia es que, ahora, a la «violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general» ya no se le llama «crimen internacional», pero equivale a lo que antes se denominaba de ese modo. Es más, tanto los supuestos como la naturaleza de la norma violada y la gravedad de la violación, continúan siendo los mismos²⁹.

4. La responsabilidad e indemnización por daños al medio ambiente

Dos ejemplos son ilustrativos de la actitud de los Estados a este respecto. Por una parte, el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 10 de diciembre de 1999³⁰. Por otra, y en el plano regional europeo del Consejo de Europa, el Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 de junio de 1993³¹. Pues bien, ninguno de los dos ha entrado en vigor. Y

²⁷ Basándose para ello en la práctica de los Estados (CDI, *op. cit.*, p. 307).

²⁸ *Ibid.*, p. 308. En opinión del Relator especial, los dos términos —«sistemática» y «flagrante»— «no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. Entre los factores que permiten establecer la gravedad de la violación estarán la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación internacional en gran escala» (*ibid.*).

²⁹ *Ibid.*, p. 309.

³⁰ Doc.UNEP/CHW.1/WG.1/9/2 (https://treaties.un.org/doc/Treaties/1999/12/19991210%2012-52%20PM/Ch_XXVII_03_bp.pdf).

³¹ Consejo de Europa, Convenio STE n° 150 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list2?module=signatures-by-treaty&treatynum=150>).

eso que, en el caso del segundo, sólo necesita tres ratificaciones para hacerlo (a pesar de lo cual, todavía no ha recibido ninguna en el momento de elaborar el presente trabajo).

En el caso del primero, su objetivo es el establecimiento «de un régimen global de responsabilidad e indemnización pronta y adecuada por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito de esos desechos»³². El Protocolo cubre el transporte, manipulación y eliminación de los desechos e incluye los daños derivados de movimientos ilegales.

En materia de responsabilidad, establece un sistema de *responsabilidad objetiva* en virtud del cual, que el generador de los desechos y el exportador son responsables de los daños hasta la entrega al importador o al operador de eliminación y estos dos, a partir de ese momento. Y en el caso de los movimientos ilegales, la responsabilidad recae en quien los haya ejecutado.

Además, afirma la *responsabilidad por culpa*, en virtud de la cual cualquier persona involucrada en la cadena de gestión de los desechos puede ser responsable si actuó con negligencia, dolo o incumplimiento de la normativa.

En cuanto al *Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente*, del Consejo de Europa, tiene como objeto garantizar una indemnización adecuada por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y también prevé medios de prevención y restablecimiento. Siguiendo la jurisprudencia internacional que culminó en la declaración de la obligación de prevención como obligación jurídica internacional, el Convenio considera que los problemas de una indemnización adecuada por las emisiones liberadas en un Estado que causan daños en otro son de carácter internacional³³.

Después de abordar la definición de algunos de los términos técnicos que emplea («actividad peligrosa», «sustancia peligrosa», «organismo modificado genéticamente», etc.), el Convenio se centra en el régimen de responsabilidad civil que se basa en la responsabilidad objetiva teniendo en cuenta el principio de «quien contamina paga». No obstante, se prevén normas específicas sobre la culpa de la víctima, la causalidad, la responsabilidad conjunta de los operadores de instalaciones o emplazamientos por los daños y un régimen obligatorio de garantía financiera para cubrir la responsabilidad derivada del Convenio. El Convenio establece también que las personas interesadas tienen derecho a

³² Art. 1.

³³ Lo que constituye una obviedad dada la obligación de reparar que surge como consecuencia de la violación de la obligación internacional. En este supuesto la de prevención. Nos remitimos a lo expuesto en las páginas precedentes en relación con el hecho internacionalmente ilícito.

acceder a la información que obre en poder de los organismos con responsabilidad pública en materia de medio ambiente.

Por último, crea un Comité Permanente responsable de la interpretación y aplicación del Convenio. El Comité puede hacer recomendaciones sobre la aplicación del Convenio y proponer las enmiendas necesarias.

III. UNA NOVEDAD Y UNA RAREZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE POR MEDIO DEL DERECHO PENAL

1. El Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal

Decimos que este tratado es una novedad y una rareza porque es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante para combatir los delitos contra el medio ambiente. Como señala el primer párrafo del preámbulo, y reitera el art. 2, el Convenio tiene por objeto la prevención, detección, investigación, enjuiciamiento y castigo de las infracciones penales tipificadas con arreglo al mismo. Y esto, tanto «en tiempo de paz y en situaciones de conflicto armado, guerra u ocupación.»³⁴

Con este objetivo, los fines del Convenio son:» a) prevenir y combatir eficazmente los delitos contra el medio ambiente; b) promover y mejorar la cooperación nacional e internacional en la lucha contra los delitos contra el medio ambiente; y c) establecer normas mínimas que sirvan de guía a los Estados en su legislación nacional; «y, de este modo, promover y mejorar la protección del medio ambiente.»³⁵

A tal fin, crea un órgano encargado del seguimiento del tratado: el *Comité de las Partes* (art. 46), en el que también pueden participar, aunque sin derecho de voto, un representante de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comisario para los Derechos Humanos, el Comité Europeo para los Problemas de Delincuencia, así como de otros comités intergubernamentales

³⁴ Art. 2. *Vid.* a este respecto el Convenio de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (https://treaties.un.org/doc/Treaties/1978/10/19781005%2000-39%20AM/Ch_XXVI_01p.pdf). *Vid. in extenso* Fernández de Casadevante Romani, C., *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. Derecho Internacional*, EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 772.857 – Mayo 2025.

³⁵ Art. 1.1.

pertinentes del Consejo de Europa (art. 47). Además, el Comité de Ministros puede invitar a otros órganos del Consejo de Europa a designar un representante en el Comité de las Partes, previa consulta a este último (art. 47.2). Así mismo, se contempla la concesión del estatuto de observador ante el Comité de las Partes a representantes de la sociedad civil y, en particular, a organizaciones no gubernamentales, de conformidad con el procedimiento establecido por las disposiciones vigentes del Consejo de Europa» (art. 47.3). Como ya hemos manifestado, todos ellos carecen de derecho de voto.

Como tantos tratados internacionales que no contienen obligaciones directamente ejecutables (*self executing*), el Convenio hace depender la eficacia de sus obligaciones de la adopción por los Estados Parte de medidas legislativas nacionales de ejecución. Y esto, tanto en el ámbito de la prevención y de la sensibilización como en la tipificación penal de los delitos que contempla y que comprenden los ámbitos siguientes: contaminación, productos y sustancias; residuos; instalaciones; buques; recursos naturales; y biodiversidad.

En materia de *contaminación, productos y sustancias*, los delitos a tipificar son los siguientes: delitos relacionados con la contaminación «ilícita» (art. 12)³⁶; delitos relacionados con la comercialización de productos que incumplen los requisitos medioambientales (art. 13); delitos relacionados con las sustancias químicas (art. 14); con materias o sustancias radiactivas (art. 15); con el mercurio (art. 16); con sustancias que agotan la capa de ozono (art. 17); con los gases fluorados de efecto invernadero (art. 18).

En relación con los *residuos*: la recogida, el tratamiento, el transporte, la valorización, la eliminación o la transferencia ilegales de residuos (art. 19);

En materia de *instalaciones*: delitos relacionados con el funcionamiento o el cierre ilegal de una instalación en la que se realiza una actividad peligrosa (art. 20); con la explotación o el cierre ilegales de una instalación que contenga sustancias peligrosas (art. 21).

Respecto a los *buques*: delitos relacionados con el reciclado ilegal de buques (art. 22); con los vertidos de sustancias contaminantes desde buques (art. 23).

En relación con los *recursos naturales*: delitos relativos a la captación ilegal de aguas superficiales o subterráneas (art. 24); delitos relacionados con

³⁶ Admitiendo, en consecuencia, la existencia de una contaminación «lícita». *Vid.* sobre esta cuestión nuestro trabajo «Responsabilidad internacional del Estado y protección del medio ambiente: insuficiencias de la obligación de prevención», en la obra colectiva coord. por Jiménez Piernas, C., *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1991, pp. 137-152.

el comercio de madera talada ilegalmente (art. 25); delitos relacionados con la minería ilegal (art. 26).

En cuanto a la *biodiversidad*: delitos relativos a la matanza, destrucción, captura o posesión ilícitas de especies protegidas de fauna o flora silvestres (art. 27); delitos relacionados con el comercio ilegal de especies protegidas de fauna o flora silvestres (art. 28); delitos relacionados con el deterioro ilegal de hábitats dentro de un lugar protegido (art. 29); delitos relacionados con las especies exóticas invasoras (art. 30).

Con carácter complementario, y después de la referencia a los distintos delitos que los Estados Parte deben tipificar en sus ordenamientos internos a los que acabamos de referirnos, en el art. 31 el Convenio impone la obligación de tipificar como delitos especialmente graves:

«cualquiera de las infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio, cuando se cometa intencionadamente y cause destrucción o daños irreversibles, generalizados y sustanciales, o cause daños a largo plazo, generalizados y sustanciales a un ecosistema de tamaño considerable o alto valor medioambiental, o a un hábitat dentro de un lugar protegido, o a la calidad del aire, el suelo o el agua.»

Respecto a todos los delitos examinados, el Convenio contempla tanto la comisión como la instigación o complicidad en la comisión de los delitos tipificados en él (art. 32), así como la responsabilidad de las personas jurídicas cuando la persona física que comete el delito:

«actúa personalmente o en el marco de un órgano de la persona jurídica, y que ejerce un poder de dirección en el seno de la persona jurídica, ya se trate:

- a) de un poder de representación de la persona jurídica;
- b) de un poder de decisión en nombre de la persona jurídica; o
- c) de un poder de control en el seno de la persona jurídica.»³⁷

El Convenio se completa con otras disposiciones que tienen por objeto el ejercicio de la jurisdicción por los Estados Parte (art. 33); sanciones (art. 35); circunstancias gravantes (art. 36); investigaciones, actuaciones judiciales y Derecho procesal (arts. 38 y 39); cooperación internacional (arts. 40-42); medidas de protección de las víctimas, de los testigos y de los denunciantes de los delitos (arts. 43-45).

³⁷ Art. 34.1. Los párrafos 2, 3 y 4 desarrollan más esta responsabilidad, que puede ser penal, civil o administrativa.

IV. CONCLUSIONES

1. El Derecho Internacional no contempla la tipificación penal de los delitos contra el medio ambiente. Sirva como prueba de ello el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que no lo contempla. La novedad, aunque en el plano regional europeo, la constituye el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal; tratado que todavía no ha culminado su proceso de formación. Cuando lo haga, será un elemento relevante a la hora de apreciar la actitud de los Estados a su respecto, aunque en este caso se trate sólo de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

2. Fuera del marco penal internacional y en el contexto de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, hasta 1996 la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, fue considerada como un «crimen internacional» (figura carente de connotaciones penales), como consecuencia de la violación de la norma imperativa de Derecho Internacional general que contiene dicha obligación. Así lo recogió la CDI (órgano codificador de la Asamblea General de la ONU) en el art. 19 de su Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Tanto la categoría del «crimen internacional» como los ejemplos que contenía el antiguo art. 19, desaparecieron del proyecto actualmente vigente, adoptado en 2001, siendo sustituida por una fórmula vaga e indeterminada concretada en la violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, precisando que la gravedad acontece «si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable». En definitiva, una fórmula insatisfactoria pero que responde a la voluntad de los Estados, que son los que participan en el proceso de codificación de la CDI con sus propuestas y opiniones.

3. Como consecuencia de todo ello y en relación con el medio ambiente, en el Derecho Internacional no existe otro régimen jurídico que el de la responsabilidad del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por la violación de una obligación internacional vinculada con el medio ambiente. Por ejemplo, la violación de la obligación de prevención. Fuera de esta hipótesis, sólo tenemos los regímenes de responsabilidad civil contemplados en tratados internacionales que hacen recaer la misma en personas físicas o jurídicas. Así, por ejemplo, en relación con la contaminación del medio marino o la provocada por residuos.

166. SOBRE LA LIBERACIÓN ANTICIPADA POR MOTIVOS HUMANITARIOS ANTE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2025, la defensa de Ratko Mladić, que cumple una condena a cadena perpetua por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el conflicto de los Balcanes, pidió su liberación anticipada basándose en motivos humanitarios. La solicitud subrayaba el deterioro de la salud de Mladić, que en la actualidad tiene 83 años, indicando que los servicios médicos de la Unidad de Detención de Naciones Unidas (en adelante, UNDU) había informado a Mladić y a su familia de que «sus afecciones médicas no pueden curarse y que se está pasando a cuidados paliativos y a consideraciones sobre el final de la vida, y que su esperanza de vida restante se mide en meses»¹.

Algo menos de dos meses después de su petición, la Presidenta del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (en adelante, Mecanismo) rechazaba su petición al entender que la liberación anticipada requiere demostrar «circunstancias apremiantes o excepcionales» que no concurrían

¹ Urgent Defence Motion seeking (alternatively) provisional or early release of Mr. Ratko Mladić based on humanitarian grounds, Prosecutor v. Ratko Mladic, MICT-13-56-ES, 2 de junio de 2025.

en el caso². Basándose en tres informes médicos que valoraban la salud de Mladic, la Presidenta constataba que «Mladić se acerca al final de su vida, un destino que es humano» y que su situación actual era precaria, dependiendo de otros para su vida diaria³. No obstante, recordaba que este no padece una enfermedad terminal y que la atención médica recibida es adecuada⁴. Por ello, concluía la decisión «la continua reclusión de Mladić no es, por tanto, ni inhumana ni degradante y, como tal, sigue salvaguardando importantes principios penitenciarios que se aplican a los delitos por los que ha sido condenado»⁵.

La petición de Mladic es tan solo una de las numerosas solicitudes recibidas por el Mecanismo, que conserva la potestad de conceder la liberación anticipada a quienes cumplen las condenas impuestas por los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda (TPIY y TPIR respectivamente, en adelante). Aunque esta liberación anticipada puede basarse en otros factores relacionadas con su rehabilitación, las consideraciones humanitarias (de las que se deriva el denominado «*compassionate release*») también han sido un fundamento relativamente frecuente ante una población penitenciaria de edad cada vez más avanzada.

Las primeras solicitudes por motivos humanitarios hubieron de afrontarse con un marco legal claramente insuficiente. Prueba de ello es el procedimiento correspondiente a la petición de Drago Nikolić, a quien se le acabó denegando la liberación anticipada y concediendo en su lugar una liberación provisional con escasa base jurídica o el de Ljubiša Beara quien, a pesar de la solicitud urgente del estado donde cumplía condena, acabó muriendo en un hospital penitenciario el día después de que su libertad condicional fuera finalmente concedida⁶.

A pesar de las deficiencias en su regulación, la liberación anticipada tiene un enorme impacto: reduce una condena impuesta tras un proceso complejo y afecta no solo al condenado, sino también a las víctimas, a las comunidades afectadas y a la propia legitimidad de los tribunales. Su importancia es aún mayor en el caso de cadena perpetua, ya que los mecanismos de revisión determinan la compatibilidad del sistema con los estándares internacionales de derechos humanos y con las legislaciones nacionales de los Estados de ejecución.

² Decision on the Application for Release of Ratko Mladić, MICT-13-56-ES, 29 de julio de 2025, para. 15.

³ *Ibid.*, para. 40.

⁴ *Ibid.*, para. 31: «there is no information before me suggesting that Mladić, due to his incarceration in the Netherlands, is unable to receive life-saving care that might otherwise be available to him should he be released»

⁵ *Ibid.*, para. 40.

⁶ Public redacted version of the 20 July 2015 Decision on the Application for Early Release or other relief of Drago Nikolić, MICT-15-85-ES.4, 13 October 2015. Public redacted version of the 7 February 2017 Decision on the Early Release of Ljubiša Beara, MICT-15-85-ES.3, 16 June 2017.

En este contexto y a partir de las exigencias derivadas del principio de humanidad⁷, esta contribución pretende examinar la situación de los condenados por tribunales internacionales para acceder a una liberación anticipada por motivos humanitarios. En particular, y a partir del examen de los casos suscitados ante los tribunales *ad hoc* y el Mecanismo, valorar la idoneidad del sistema instaurado ante la Corte Penal Internacional (CPI, en adelante) para atender razonablemente a este tipo de casos.

Para ello, en primer lugar, expondré sucintamente el marco legal general para la liberación anticipada ante los Tribunales *ad hoc* y el Mecanismo y para la reducción de la condena ante la CPI. A continuación, examinaré las principales aportaciones derivadas de la experiencia de los últimos años ante el TPIY y el Mecanismo. Para finalizar, se exponen algunas reflexiones a propósito de la vía a futuro a la vista de las particularidades del sistema de reducción de la pena instaurado ante la CPI.

II. LA LIBERACIÓN ANTICIPADA ANTE LOS TRIBUNALES *AD HOC* Y EL MECANISMO RESIDUAL

1. Marco jurídico de la liberación anticipada

En realidad, ni los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* ni el de su sucesor Mecanismo, mencionan la liberación anticipada (*early release*), sino que se refieren al perdón y la conmutación, que habrá de concederse «de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho».⁸ El término «*early release*», pese a ser central en la práctica judicial, se recoge por primera vez la Instrucción Práctica sobre el Procedimiento para la Determinación de Solicitudes de Perdón, Conmutación de Sentencias o Liberación Anticipada de Personas Condenadas por el Tribunal Internacional (*Practice Direction on the procedure for the determination of applications for pardon, commutation of sentence, and early release of persons convicted by the ICTR, the ICTY, or the Mechanism*), emitida en 1999 por el Tribunal Penal Interna-

⁷ Sobre este principio, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore*, n.º 23, diciembre 2009.

⁸ Artículo 26 Estatuto del Mecanismo. En términos similares, artículos 28 Estatuto del TPIY y art. 27 Estatuto del TPIR.

cional para la ex Yugoslavia (ICTY). En 2012 se incorpora a las Reglas de Procedimiento y Prueba del Mecanismo⁹.

Cuatro aspectos son de especial importancia: quién decide la concesión de la liberación anticipada; el requisito temporal para el acceso a la liberación anticipada; los criterios para la concesión; y sus consecuencias.

En primer lugar, en los tribunales *ad hoc* y el Mecanismo, el Presidente es el encargado de la decisión sobre la liberación anticipada («solo habrá perdón o conmutación de la pena si el presidente del Mecanismo así lo decide»), aunque se decide «en consulta con los jueces». La consulta con otros jueces es obligatoria y la decisión debe adoptarse «teniendo en cuenta (...) las opiniones de los demás jueces consultados». Con todo, la decisión del Presidente es en última instancia discrecional; la jurisprudencia del TPIY ha señalado claramente que, aunque el Presidente es asesorado por otros jueces, no está obligado por sus opiniones¹⁰.

En segundo lugar, en lo concerniente al requisito temporal, según los estatutos, la ley nacional del país donde la persona condenada cumple la pena es la relevante desencadenar el procedimiento. No obstante, al ponerse en práctica surgieron los problemas. Dado que los condenados por tribunales penales internacionales cumplen su condena en diferentes Estados (*enforcement state*), esto conducía a una falta de igualdad entre las personas condenadas por el mismo tribunal, derivada de las naturales diferencias entre los marcos legales de los diferentes países. Por ello, la ley nacional gradualmente perdió relevancia, adoptando el requisito general de que se cumplieran dos tercios de la pena¹¹, a fin de garantizar la igualdad y previsibilidad¹².

Una vez que la supervisión de la ejecución fue asumida por el Mecanismo, la regla de los dos tercios fue adoptada en las decisiones emitidas, independientemente del Tribunal que hubiera condenado a la persona e independientemente del país de cumplimiento. En mayo de 2020, la Instrucción

⁹ Rules of Procedure and Evidence, MICT/1, 8 June 2012, Rules 149 y ss (actualmente vigente es la versión modificada de 4 de septiembre de 2025 MICT/1/Rev.9). En cuanto a los reglamentos, *Practice Direction on the Procedure for the determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence, and Early Release of Persons convicted by the ICTR, the ICTY or the Mechanism*, MICT/3, aprobada en 2012 y reformada por última vez en 2024 (Rev.4). Previamente, en el marco del TPIY, se aprobó la *Practice Direction on the Procedure for the Determination of Applications for Pardon, Commutation of Sentence and Early Release of Persons convicted by the International Tribunal*, IT/146, 7 de abril de 1999.

¹⁰ ICTY, Prosecutor v. Vuković, Case No. it-96-23&23/1-es, The President of the International Tribunal, Decision of the President on Commutation of Sentence, 11 March 2008, paras. 12–13.

¹¹ Las primeras decisiones sobre liberación anticipada del TPIR optaron por exigir el cumplimiento de tres cuartos de la pena para el acceso a la liberación anticipada.

¹² Sobre este proceso, FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: «What we talk about when we talk about early release», *International Criminal Law Review*, n.º 22, 2022, pp. 548-ss.

Práctica del Mecanismo fue modificada, haciendo referencia expresa al hecho de que, aunque «las solicitudes de perdón, conmutación de pena o liberación anticipada pueden presentarse en cualquier momento», «una persona condenada que esté cumpliendo una pena bajo la supervisión del Mecanismo generalmente será elegible para ser considerada para la liberación anticipada solo después de haber cumplido dos tercios de su pena tal como fue impuesta por el TPIR, TPIY o el Mecanismo».

Aunque existe algo de controversia¹³, en teoría, esto no es una presunción, ya que «no garantiza que se conceda la liberación»¹⁴. Inicialmente fue tratado como un factor que podría pesar a favor o en contra de la liberación anticipada, si bien más tarde se convirtió en un umbral mínimo. Como resultado, las solicitudes de liberación anticipada no se examinaban a fondo a menos que se hubieran cumplido los dos tercios. En el caso de cadena perpetua, el mínimo se estableció en 30 años (estimando en 45 años el cumplimiento completo de esta pena)¹⁵.

En tercer lugar, en cuanto a los criterios de concesión de la liberación anticipada, según los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y el Mecanismo, el perdón y la conmutación se decidirán «en función de los intereses de la justicia y los principios generales del derecho». La actual formulación de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Mecanismo especifican algo más que «al determinar si el perdón, la conmutación o la liberación anticipada son apropiados, el presidente deberá tener en cuenta, entre otros factores, la gravedad del crimen o crímenes por los que el preso fue condenado, el trato dado a presos en situaciones similares, la demostración de rehabilitación del preso, así como cualquier cooperación sustancial del preso con el Fiscal» (Regla 151).

Así, la gravedad del delito aparece como un factor decisivo en contra de la excarcelación anticipada, aunque no sin controversia debido a su extraordinario protagonismo también en la fase de determinación de la pena¹⁶. La cooperación con la Fiscalía ha sido también un elemento clave para con-

¹³ SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd edn. (Oxford University Press, Oxford, 2016), Article 110, p. 1418. Additionally, Lubanga, icc (ac Panel), Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo, 22 September 2015, para. 27.

¹⁴ Among others, IRMCT, Prosecutor v. Bisengimana, Case No. mict-12-07, the President of the Mechanism, Decision of the President on Early Release of Paul Bisengimana and on the Motion to File a Publicly Redacted Application, 11 December 2012, para 21.

¹⁵ Entre otras y citando decisiones anteriores, Decision on the early release of Stanislav Galić, IR-MCT, 24 March 2021, párrafo 23).

¹⁶ Sobre esta cuestión, con detalle, FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: «Gravity of the crime and early release: a comparative study of early release practices in international tribunals», *Leiden Journal of International Law*, n.º 37, 2024, pp. 506-527.

ceder la excarcelación anticipada tanto ante el TPIY y TPIR como ante el Mecanismo ¹⁷.

La prueba de la demostración de rehabilitación se ha basado principalmente en el comportamiento de la persona condenada durante la detención (trabajo en prisión, buenas relaciones con otros internos, etc.) y, en menor medida, en sus perspectivas futuras (vínculos familiares, relación con el país de origen, perspectivas profesionales, manifestación expresa de no reincidir), la reflexión sobre los crímenes (expresión de arrepentimiento y aceptación de responsabilidad) y sus características personales (salud mental, rasgos de personalidad, conducta previa a los crímenes y edad) ¹⁸.

En cuarto lugar, en cuanto a las consecuencias de la decisión, que no puede ser recurrida, una vez concedida la liberación anticipada, esta es irreversible, incluso en supuestos de reincidencia ¹⁹.

2. La liberación anticipada por motivos humanitarios ante los Tribunales *ad hoc* y el Mecanismo

En Derecho Penal Internacional, los antecedentes de liberación anticipada por motivos humanitarios se remontan a los procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Por ejemplo, algunos de los condenados en los procesos de Núremberg, que cumplían condena en la prisión berlinesa de Spandau, fueron liberados anticipadamente por motivos de salud ²⁰. En las últimas décadas se han suscitado numerosos casos entre los condenados por los tribunales *ad hoc* en los que eran esgrimidos este tipo de razones.

El fundamento jurídico último de la liberación anticipada por motivos humanitarios vinculados a la salud del penado reside en el principio de humanidad y la dignidad del penado. La puesta en libertad por razones humanitarias se fundamenta en la imposibilidad de continuar la detención por motivos legales (prohibición de la tortura y de los tratos y penas inhumanos o degradantes),

¹⁷ Entre otros, Order Issuing a Public Redacted Version of Decision of the President on Early Release Erdemović, Prosecutor v. Erdemović, Case No. it-96-22-es, June 1999 (publicada en 2008); ICTY, Decision of President on Early Release of Dragan Obrenović, Case No. it-02-60/2-es, the President of the International Tribunal, 21 September 2011, para. 28. Ante el TPIR, Prosecutor v. Bagaragaza, Case No. ictr-05-86-S, Office of the President, Decision on the Early Release of Michel Bagaragaza, 24 October 2011, para. 13.

¹⁸ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: «What we talk about when we talk about early release», p. 553.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 562 y ss.

²⁰ GODA: *Tales from Spandau: Nazi Criminals and the Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 132, 193.

que vulneraría el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos²¹. También por cuestiones prácticas (la falta de cuidados paliativos y de regímenes adecuados que permitan garantizar una muerte digna). Los fines de la pena de retribución o prevención general también perderían su relevancia en este contexto²².

Aunque los motivos para la concesión de la liberación anticipada son en ocasiones difíciles de identificar, dado que la información relacionada con la salud suele eliminarse para preservar la privacidad del penado (en algunos casos, eliminándose por completo), hasta en 14 ocasiones se ha concedido una liberación anticipada (condicional o no) basada –única o parcialmente– en motivos humanitarios. Cinco de ellas fueron competencia del TPIY y el resto lo fueron del Mecanismo²³. De ellos, siete todavía cumplían su condena en la UNDU; los restantes penados cumplían en un estado (en concreto, Mali, Alemania, Italia y Finlandia). Diferentes reflexiones pueden extraerse de estas decisiones.

Primero, los casos más problemáticos conciernen a penados que tratan de acogerse a la liberación anticipada por motivos humanitarios, pero no cumplen con el requisito temporal. A pesar de que la Instrucción Práctica establece claramente que la petición podrá presentarse en cualquier momento, como indiqué anteriormente, el umbral mínimo de haber cumplido dos tercios de la pena con el tiempo pasó a considerarse un requisito de elegibilidad, confirmado por la reforma de 2020²⁴.

Especialmente controvertido fue el caso de Drago Nikolić, condenado a 35 años de prisión y habiendo cumplido poco más de 10 años en la UNDU, pendiente todavía la designación de un estado de cumplimiento. En la Decisión, el Presidente afirmaba que «consideraciones humanitarias sustentan la concesión de la liberación anticipada»²⁵, no obstante, dada la gravedad de los

²¹ Citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Prosecutor v. Ljubiša Beara*, Case No. MICT-15-85-ES.3, Public Redacted Version of 7 February 2017 Decision of the President on the Early Release of Ljubiša Beara, 16 June 2017, para. 45.

²² MULGREW, R.: «Terminal Illness and compassionate release. Lessons for the ICC from the UN Tribunals and National Jurisdictions», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 21, 2023, pp. 78-ss.

²³ Dado que la información relativa a salud suele eliminarse de las decisiones publicadas por cuestiones de confidencialidad, en ocasiones resulta difícil valorar la importancia atribuida a este factor en la decisión lo que puede afectar al cómputo ofrecido.

²⁴ *Practice Direction on the Procedure for the determination of application for pardon, commutation of sentence, or early release of persons convicted by the ICTR, the ICTY, or the Mechanism*, MICT/3/Rev.3, 15 May 2020.

²⁵ Public redacted version of the 20 July 2015 Decision of the President on the Application for Early Release or other relief of Drago Nikolic, MICT-15-85-ES.4, párrafo 33.

delitos cometidos y el hecho de que no se hubieran cumplido dos tercios de la pena, la petición fue denegada. También lo fue la solicitud de cumplir el resto de su pena en el territorio de la antigua Yugoslavia²⁶. Finalmente le fue concedida la libertad provisional (*provisional release*), de forma inesperada, por cuanto el penado no la solicitó y la base legal para su concesión una vez la sentencia deviene firme es, como mínimo, incierta²⁷.

Años después, en 2017, Ljubiša Beara obtuvo la liberación anticipada a los 13 años de cumplimiento de una cadena perpetua, a pesar de no haber cumplido dos tercios de la pena (que en casos de cadena perpetua se estableció en 30 años de cumplimiento mínimo). En su caso, consideró el Presidente que «mantenerlo detenido cuando su esperanza de vida se estima, como máximo, en unas pocas semanas, equivaldría a una vulneración del derecho humano internacionalmente garantizado de Beara a no ser sometido a tratos o penas inhumanos o degradantes»²⁸. Dado que Beara cumplía en un Estado y no en la UNDU, entendió el Presidente que, en este supuesto, no procedía la libertad provisional²⁹. A pesar de las medidas dirigidas a acelerar el procedimiento por padecer una enfermedad terminal, Beara terminó muriendo en un hospital penitenciario en Alemania, país donde cumplía su condena, un día después de la concesión de su liberación anticipada³⁰.

En 2023, Franko Simatović también obtuvo la liberación anticipada basada exclusivamente en motivos humanitarios antes de haber cumplido dos tercios de su condena. Al respecto, señalaba la Presidenta en la correspondiente Decisión que:

«la jurisprudencia del mecanismo establece que circunstancias persuasivas o excepcionales pueden surgir en casos específicos antes del umbral de los dos tercios, lo que, en el ejercicio de mi discrecionalidad como Presidenta, pueden superar cualquier objeción relativa a la elegibilidad»³¹.

Así, concluía la Decisión que «las razones humanitarias señaladas y sustanciadas por la solicitud eran tan persuasivas y de tal urgencia que superaron

²⁶ *Ibid.*, párrafo 36.

²⁷ Muy crítica al respecto, MULGREW, R.: «Terminal Illness and compassionate release. Lessons for the ICC from the UN Tribunals and National Jurisdictions», pp. 64-ss.

²⁸ Prosecutor v. Ljubiša Beara, Case No. MICT-15-85-ES.3, Public Redacted Version of 7 February 2017 Decision of the President on the Early Release of Ljubiša Beara, 16 June 2017, para. 45.

²⁹ *Ibid.*, para. 48.

³⁰ MULGREW, R., «Terminal Illness and compassionate release. Lessons for the ICC from the UN Tribunals and National Jurisdictions», *Journal of International Criminal Justice*, 21, 2023, p. 69.

³¹ Reasons for the 29 August 2023 Decision on the Application for Early Release of Franko Simatović, MICT-15-96-ES.1 D300-D282, 11 de septiembre de 2023, párrafo 37, citando decisiones previas.

la inelegibilidad de Simatovic para la liberación anticipada derivada de su falta de cumplimiento de los dos tercios de la condena»³².

Segundo, otro debate interesante suscitado en las decisiones examinadas es si los demás factores generalmente considerados para la liberación anticipada (la gravedad del delito cometido, el tratamiento de otros penados en situación similar o las pruebas de su rehabilitación) siguen siendo relevantes en el proceso de decisión de la liberación anticipada por motivos humanitarios. En la inmensa mayoría de las decisiones donde se esgrimen los motivos humanitarios, los restantes factores sí fueron examinados, determinando si debían ser considerados como favorables o contrarios a la liberación anticipada, lo cual parece exceder la lógica de la liberación anticipada por motivos humanitarios.

Así lo han reconocido las tres últimas decisiones emitidas por el Mecanismo (de 2022, 2023 y 2025), que obvian el análisis de los demás factores, señalando de forma reiterada y expresa que:

«Si una situación concreta requiere la puesta en libertad de una persona condenada por razones humanitarias imperiosas, resulta irrelevante que alguno de los factores establecidos en la Regla 151 pese a favor o en contra de la excarcelación anticipada de la persona condenada. De hecho, aunque toda puesta en libertad anticipada basada en la existencia de razones humanitarias imperiosas exigirá necesariamente el cumplimiento de un umbral muy elevado, debido a su propia naturaleza, este no dependerá, por ejemplo, de que la persona condenada demuestre su rehabilitación ni de una evaluación de la gravedad de sus crímenes. En tal caso, no será el comportamiento de la persona condenada, sino las circunstancias específicas y prevalentes –a menudo relacionadas con su estado de salud– las que determinarán si debe ser puesta en libertad de conformidad con el marco jurídico del Mecanismo»³³.

Tercero, otro aspecto delicado es la valoración de la gravedad del estado de salud del penado. Según lo indicado en las decisiones de los tribunales y el Mecanismo, «el estado de salud de una persona condenada debe ser tenido en cuenta cuando la gravedad de su condición hace inapropiado que permanezca en prisión por más tiempo»³⁴. Dado que el contenido relativo a la salud de los penados es eliminado por motivos de confidencialidad, resulta difícil valorar la gravedad de las enfermedades que conducen a la concesión de la liberación anticipada. Con todo, son numerosas las referencias a la esperanza de vida de

³² *Ibid.*

³³ Decision on the Application for Release of Ratko Mladić, Prosecutor v. Ratko Mladic, MICT-13-56-ES, 29 de julio de 2025, para. 25, citando decisiones previas.

³⁴ Entre otras, Public Redacted Version of 7 February 2017 Decision of the President on the Early Release of Ljubiša Beara, Case No. MICT-15-85-ES.3, 16 June 2017, paras. 47-49.

meses o semanas, al carácter paliativo de la intervención médica o al carácter terminal (con referencias expresas en cuatro de los casos), prolongado o severo de la enfermedad. En ocasiones, también se incide en la avanzada edad del penado unida a la enfermedad padecida.

Lógicamente, los informes médicos constituyen la base ineludible en la toma de decisiones. Con todo, en varios casos, las decisiones parecen reflejar dudas sobre los informes médicos. Por ejemplo, en Ruzindana se indica que no se aportan informes médicos oficiales³⁵, en Nteriryayo, el Presidente indica no estar convencido de la gravedad de su estado de salud³⁶. Con el tiempo se incrementaron los controles también en este sentido, solicitando informes adicionales independientes, si bien estas confirmaciones en última instancia dificultan la celeridad imprescindible en este contexto.

Cuarto, en dos de los casos el estado de salud del penado ya trajo consigo una atenuación en la fase de determinación de la pena³⁷. Este doble recurso a un factor a favor del reo ya ha sido cuestionado en el caso de la cooperación con la Fiscalía como atenuante y como factor favorable a su liberación anticipada³⁸. En el caso de los motivos humanitarios, teniendo en cuenta su fundamento último –la afección a la dignidad del penado en caso de mantenerse la reclusión–, parece razonable que prime su recurso como factor para valorar su liberación anticipada.

Quinto, en algunos supuestos se examina si el país donde cumple la condena (ya sea Países Bajos como sede de la UNDU o el Estado designado para la ejecución de la pena) cuenta con la atención médica adecuada al estado de salud del penado. Aunque es una cuestión crucial para determinar si el cumplimiento atenta contra la dignidad del penado, sólo tres de las decisiones examinan esta cuestión expresamente. Por ejemplo, en el caso de Beara, las autoridades alemanas urgían la liberación anticipada del penado alegando que «ni el centro penitenciario de Tegel ni ningún otro establecimiento de detención en Alemania está equipado con los medios necesarios para atender las necesidades de salud de pacientes gravemente enfermos»³⁹.

³⁵ Decision of the President on the Early Release of Obed Ruzindana, MICT~12-10-ES, 13 March 2014, párrafo 24.

³⁶ Décision du Président relative à la libération anticipée d'Alphonse Nteriryayo, MICT-15-90, 9 Mars 2016, párrafo 27.

³⁷ Decision of President on Early Release of Milan Gvero, IT-05-88-ES, 28 June 2010; Decision of the President on Early Release of Paul Bisengimana and on motion to file a public redacted application, MICT-12-07, 11 December 2012.

³⁸ OEHMICHEN, A.: «Article 110», en *Commentary Rome Statute: Part 10, Case Matrix Network*, para. 819.

³⁹ Entre otras, Public Redacted Version of 7 February 2017 Decision of the President on the Early Release of Ljubiša Beara, Case No. MICT-15-85-ES.3, 16 June 2017, párrafo 7.

Finalmente, en tres de las decisiones examinadas, emitidas por la actual Presidenta del Mecanismo, la jueza Graciela Gatti Santana, se imponen condiciones que el penado debe aceptar para poder acceder a la liberación anticipada⁴⁰. Antes de la reforma de 2020 existían dudas sobre la base legal de la imposición de condiciones, lo cual explica por qué sólo las más recientes recurren a esta posibilidad, tan frecuente ante instancias nacionales.

Las condiciones son numerosas e incluyen aspectos como no cometer delitos ni incitar a su comisión, someterse al control del Estado que les acoge (Serbia o Bosnia-Herzegovina hasta el momento), el envío de un informe médico mensual o prohibiciones de mantener contacto directo o indirecto con víctimas de los delitos o testigos o sus familias, o la prohibición de interferir en los procedimientos del Mecanismo o vulnerar sus órdenes. Una particularmente importante, dada la experiencia hasta el momento, es no discutir su caso con medios de comunicación o a través de redes sociales, a menos que sea específicamente autorizado de antemano por el Presidente⁴¹.

III. LA REDUCCIÓN DE LA PENA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. Marco legal de la reducción de la pena

Durante el proceso de redacción del Estatuto de la CPI en Roma, la terminología cambió, favoreciendo la expresión «reducción de la pena», que se consideró «una formulación más neutral»⁴². Sin embargo, aunque se ha eliminado la referencia a los términos «perdón» y «conmutación», el término «liberación anticipada» (*early release*) sigue siendo ampliamente utilizada como sinónimo de reducción de las penas⁴³. De nuevo, cuatro aspectos son especialmente relevantes: quien concede la reducción, el requisito temporal; los factores para su concesión; y las consecuencias de la decisión.

⁴⁰ Decision on the Application for Early Release of Nebojša Pavković, MICT-14-67-ES.2 D242-D234, 26 September 2025; Decision on the Application for Early Release of Franko Simatović, MICT-15-96-ES.1, 29 August 2023; Decision on the Application of Radoslav Brđanin for Early Release, MICT-13-48-ES, 28 February 2020.

⁴¹ Por ejemplo, véase Decision on the Application for Early Release of Nebojša Pavković, MICT-14-67-ES.2, 26 September 2025.

⁴² CHIMIMBA T.P.: «Establishing an enforcement regime», en R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, p. 355.

⁴³ Se cita dos veces en la Regla 223 RPE (incisos c y d) y se menciona repetidamente en las decisiones emitidas por la CPI sobre este asunto.

En primer lugar, en cuanto a quien determina la procedencia de la reducción de la pena, ante la CPI, el protagonismo otorgado al presidente en los tribunales *ad hoc* y el Mecanismo se transfiere a la Corte («solo la Corte tendrá derecho a decidir sobre cualquier reducción de pena», art. 110 del Estatuto de la CPI). Según la Regla 224, «tres jueces de la Cámara de Apelaciones designados por esa Cámara» estarán encargados de la revisión.

En segundo lugar, ya en una etapa preliminar de las negociaciones, se propuso establecer un período específico de la pena que debía cumplirse antes de la revisión. Este límite establece la elegibilidad, pero no implica una presunción de liberación anticipada una vez alcanzado este punto. Para las penas determinadas, el umbral se fijó en dos tercios de la pena. Más compleja fue la discusión sobre las penas de prisión perpetua, y en esos casos, este período específico se fijó en 25 años⁴⁴.

En tercer lugar, el Estatuto de Roma enumera los factores que los jueces deben considerar para reducir una pena. Haber cumplido dos tercios de la pena no es en sí mismo un factor, sino el requisito mínimo para el inicio de la revisión de la pena bajo el Art. 110.3. La revisión se lleva a cabo de oficio y no está sujeta a solicitud del Estado encargado de la ejecución de la pena o del condenado, y es obligatoria.

Los factores se enumeran en el Art. 110.4 del Estatuto de la CPI y en la Regla 223, de la RPE, de la a) a la e). El Art. 110.4 se refiere a «la voluntad temprana y continua de la persona de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; la asistencia voluntaria de la persona en la ejecución de las sentencias y órdenes de la Corte en otros casos, y en particular en proporcionar asistencia para localizar los activos sujetos a órdenes de multa, decomiso o reparación que puedan ser utilizados en beneficio de las víctimas; u otros factores que establezcan un cambio claro y significativo en las circunstancias que justifiquen la reducción de la pena, según lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento y Prueba».

La Regla 223 agrega que «la conducta de la persona condenada mientras esté detenida, que muestre una verdadera disociación de su crimen; la perspectiva de la resocialización y la reintegración exitosa de la persona condenada; si la liberación anticipada de la persona condenada daría lugar a una inestabilidad social significativa; cualquier acción significativa tomada por la persona condenada en beneficio de las víctimas, así como cualquier impacto sobre las

⁴⁴ Art. 110.3 Estatuto CPI: «Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos».

víctimas y sus familias como resultado de la liberación anticipada; circunstancias individuales de la persona condenada, incluyendo un empeoramiento del estado físico o mental de salud o la avanzada edad».

En cuarto lugar, al igual que el marco de los Tribunales *ad hoc*, la decisión de reducir la pena es irrevocable (incluso en casos de reincidencia), no puede ser recurrida (aunque sí puede volver a revisarse al cabo de un tiempo) y no está prevista la imposición de condiciones.

Aunque sin duda existe margen para mejorar en ciertos aspectos, especialmente en el último de los puntos señalados, en general, existe un marco legal específico algo más detallado para la reducción de la pena. En este sentido, las decisiones adoptadas hasta ahora por la CPI ofrecen una cantidad considerable de información sobre los fundamentos en los que se basan, particularmente si se comparan con las primeras decisiones emitidas por el TPIY y TPIR ⁴⁵.

2. La reducción de la pena por motivos humanitarios

La única referencia a los motivos humanitarios se encuentra en la Regla 223, que recoge los criterios determinantes de la reducción de la pena, al referirse a «las circunstancias individuales de la persona condenada, incluido el empeoramiento de su estado de salud física o mental o su edad avanzada» (Rule 223.e). Es decir, sí puede justificarse la reducción de la pena a partir de motivos de salud. Sin embargo, el principal obstáculo para el acceso a esta revisión es que el artículo 110 del Estatuto exige el cumplimiento de los dos tercios de la pena, estableciendo expresamente que «el examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos».

Tal y como muestra la experiencia de los Tribunales *ad hoc* y el Mecanismo, resulta esencial contar con un sistema específico para la liberación anticipada por motivos humanitarios, en la medida en que requiere flexibilidad en sus plazos, valoración exclusiva de los factores relativos al estado de salud del penado y la posibilidad de imponer condiciones o incluso de revocar la reducción de condena en caso de mejoría de su salud. Ello requeriría de una reforma del Estatuto, de las Reglas de Procedimiento y Prueba y previsiblemente tam-

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Public redacted version of the Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, 25 November 2021.

bién de los acuerdos bilaterales con los Estados donde se cumplen condenas impuestas por la Corte ⁴⁶.

Mantener en prisión a una persona cuyo estado de salud sea incompatible con la detención a la espera del cumplimiento del plazo mínimo puede constituir un trato inhumano y degradante, tal como se estipula en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Por lo tanto, podría constituir una violación de los estándares de derechos humanos aplicables a la Corte según el artículo 21.3 del Estatuto.

⁴⁶ MULGREW, R.: «Terminal Illness and compassionate release. Lessons for the ICC from the UN Tribunals and National Jurisdictions», pp. 85 y 86.

167. ¿HACIA UN DERECHO PENAL EUROPEO DE LA SOSTENIBILIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL?

LUIGI FOFFANI

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Módena y Reggio Emilia

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

El profesor José Luis de la Cuesta ha estado a lo largo de toda su carrera académica –en la cual ha tenido cargos de primer plano en las instituciones científicas internacionales y sobre todo la presidencia por 10 años de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)– uno de los máximos referentes de la evolución europea, supranacional e internacional del Derecho Penal.

En este breve escrito se pretende esbozar una de las tendencias evolutivas más recientes y significativas del Derecho Penal económico europeo, entendiendo por tal aquella parte de la disciplina penal de las actividades económicas orientada e inspirada por las iniciativas normativas de la Unión Europea. Me refiero a la tendencia histórica que se viene perfilando desde hace algunos años, que prevé una transición progresiva de un Derecho Penal económico «clásico» –orientado a la protección de los intereses económicos, patrimoniales y financieros de las sociedades mercantiles, los socios, los acreedores, los inversores, el Estado y la propia Unión Europea– hacia un nuevo Derecho Penal económico (o mejor dicho, más genéricamente, un Derecho sancionador de la economía) orientado a la salvaguarda de un contexto mucho más amplio y general, es decir, a la protección de los derechos humanos, sociales y

medioambientales implicados en el ejercicio de la actividad económica. Se trata de una tendencia ya bien marcada por las iniciativas más recientes adoptadas en el ámbito de la Unión Europea¹ y que comienza a penetrar también en el derecho positivo de los ordenamientos nacionales².

1. Nuevos horizontes de la protección penal de la información empresarial: la tormentosa evolución de la normativa italiana en el nuevo siglo

El punto de partida lo constituye un componente clásico del Derecho Penal económico, propio de casi todos los países europeos y extraeuropeos: el delito de falsedad en las cuentas o falsas comunicaciones sociales (*false accounting*, *Bilanzfälschung*, *falsedad en las cuentas*, etc.), una presencia constante entre los delitos societarios, recogido en los códigos penales o en la legislación especial de cualquier ordenamiento nacional³.

Se trata de un delito que, según las diferentes variantes nacionales y/o las diferentes épocas históricas y orientaciones político-penales, está orientado a la protección de los intereses patrimoniales de las sociedades mercantiles, de los socios, de los acreedores o de terceros, o bien a la protección de un interés supra-individual e inmaterial en la veracidad, integridad y transparencia de la información societaria⁴.

El tema de la protección penal de la información societaria es un tema clásico del debate penal sobre la disciplina penal de las sociedades mercantiles⁵: un tema que gozó de gran popularidad en Italia a finales del siglo XX, cuando en la doctrina se hablaba del «extraordinario desarrollo» del tipo penal

¹ Cabe destacar, en particular, las recientes Directivas de la UE sobre información no financiera (2014), sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (2022) y sobre la denominada diligencia debida en materia de sostenibilidad (2024), así como la nueva Directiva sobre la protección penal del medio ambiente (2024) y el proyecto de Directiva sobre la lucha contra la corrupción (2024).

² Desde este punto de vista, son especialmente significativas la reciente ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas y la ley alemana sobre las cadenas de suministro (*Lieferkettengesetz*).

³ Véanse, por ejemplo, además de los artículos 2621-2622 del Código Civil italiano, el § 331 del *Handelsgesetzbuch* alemán, el artículo 290 del Código Penal español, etc.

⁴ En la primera dirección, muy claramente, el tipo delictivo (art. 2622 del Código Civil) vigente en Italia entre la reforma de 2002 y la siguiente reforma de 2015, así como el tipo delictivo del Código Penal español (art. 290 CP). En la segunda dirección, por el contrario, el tipo delictivo del art. 2621 n. 1 del Código Civil italiano de 1942, así como los actuales tipos delictivos de los arts. 2621-2622 del Código Civil tras la reforma de 2015.

⁵ Cfr. L. FOFFANI, «Reati societari», en C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2. ed., Bologna, Monduzzi, 2000.

de las «falsas comunicaciones sociales» (falsedad en las cuentas)⁶. Me refiero, naturalmente, a la fase final de los sesenta años de historia del art. 2621 n.º 1 del Código Civil, en la versión original del Código Civil de 1942; fase final que coincidió con la epopeya de los juicios de «Tangentopoli», en los que el art. 2621 n. del Código Civil se convirtió en muchos casos en la piedra angular de las investigaciones judiciales en materia de corrupción y financiación ilícita de los partidos políticos.

A esta fase le siguió, como es sabido, la reforma de 2002 (Decreto Legislativo n.º 61, de 11 de abril de 2002), con la práctica desaparición de los nuevos art. 2621 y 2622 del Código Civil del horizonte del derecho vigente; pero ni siquiera en esa fase decayó la atención y la sensibilidad de la jurisprudencia por la protección penal de la información societaria, basándose en los antiguos y nuevos tipos delictivos de manipulación del mercado financiero, que acabaron sustituyendo –recogiendo en cierto modo su legado– los tipos penales de las falsas comunicaciones sociales, con referencia a las informaciones societaria incorrectas y potencialmente susceptibles de provocar una alteración sensible de los mercado de valores cotizados (art. 185 del Texto unificado de la leyes sobre la intermediación financiera, TUF) o no cotizados (art. 2637 del Código Civil)⁷.

Luego llegó, como es igualmente conocido, la nueva reforma de 2015 (Ley n.º 69, de 27 de mayo de 2015), la última (¿por ahora?) en la tormentosa historia, desde el punto de vista legislativo e interpretativo, de las falsas comunicaciones sociales en el transcurso del nuevo siglo, después de que durante 60 años la evolución del tipo penal se había producido única y exclusivamente en el plano de la interpretación (jurisprudencial y doctrinal), mientras que el texto normativo había permanecido absolutamente inmutable desde sus orígenes (1942) hasta la reforma de 2002 (con la excepción, obviamente, de la cuantía de la sanción pecuniaria). Una movilidad y vitalidad interpretativa que contrastaba con la inmovilidad de la normativa, que se había asumido significativamente como paradigma y síntoma de un defecto

⁶ N. MAZZACUVA, «Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative», en *Critica del Diritto*, 1995, p. 283 y ss.

⁷ Cfr. L. FOFFANI, «Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una «nouvelle vague» dell'intervento giudiziario?», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 754-766; ID., *Una «nouvelle vague» del diritto penale economico in Italia?*, en L. Foffani/D. Castronuovo (eds.), *Casi di diritto penale dell'economia. I. Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Bnl-Unipol, Antonveneta)*, Bologna, Il Mulino, 2015.

congénito de taxatividad⁸ de la formulación original del artículo 2621, n.º 1, del Código Civil: un tipo tan elástico y flexible que permitía dar lugar a evoluciones y ampliaciones interpretativas en lo que respecta al elemento subjetivo del delito (el adverbio «fraudulentamente»), al concepto de «balance» (con la llegada de los balances consolidados de grupo) y de «comunicación social» (capaz de extenderse a las comunicaciones a destinatarios determinados y a las comunicaciones a las autoridades públicas de supervisión), así como en lo que respecta a la objetividad jurídica, que desde una dimensión original «endosocietaria» se ha proyectado a lo largo de los años cada vez más hacia una dimensión inmaterial e institucional como la transparencia, la veracidad y la exhaustividad de la información societaria⁹.

La reforma de 2015 ha devuelto cierta dignidad y peso sancionador a los nuevos art. 2621 y 2622 del Código Civil italiano, liberándolos de los elementos más claramente discordantes con respecto a las posibilidades reales de aplicación práctica: los umbrales cuantitativos de relevancia, el daño patrimonial para la sociedad, los socios y los acreedores, la procedibilidad por querrela de la persona ofendida, etc. Pero, desde luego, no ha devuelto las falsas comunicaciones sociales al antiguo esplendor del siglo pasado, ya que las nuevas y más modernas figuras de abuso de mercado del Texto Único de Finanzas (en particular en lo que se refiere a la manipulación del mercado *ex art. 185 TUF*) muestran ahora inevitablemente un mayor grado de «atractividad» para las fiscalías, que buscan un instrumento ágil y flexible de intervención para sancionar (con penas y sanciones administrativas potencialmente draconianas) la información corporativa falsa susceptible de producir un impacto significativo en la evolución de los valores cotizados en los mercados regulados de Italia y de la Unión Europea.

Sin embargo, como es sabido, no han cesado las controversias interpretativas, ya que desde la llegada de la reforma de 2015 se ha originado una singular (y, en opinión del autor, bastante sorprendente) variedad de orientaciones, incluso en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Corte di Cassazione), sobre la cuestión de la denominada «falsedad en las valoraciones», entre una orientación que acababa contradiciendo de forma clamorosa los objetivos declarados de la reforma, amputando del ámbito de aplicación

⁸ Véase M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, 1995, p. 415.

⁹ Las sentencias relativas al proceso contra los sobornos del grupo Fiat, probablemente el último y mayor proceso por falsedad en las comunicaciones sociales antes de la reforma de 2002 (cuya sentencia fue revocada por efecto de la reforma) hacían referencia, por ejemplo, a la necesidad de controlar los «flujos financieros» de la empresa, en función de prevención de la corrupción. Cfr. App. Turín, 28 de mayo de 1999, Romiti, en *Foro it.*, 2000, II, c. 115 ss.

del tipo penal toda la parte valorativa de las cuentas sociales¹⁰, y una orientación diferente que, en cambio, no atribuía ninguna importancia particular a la eliminación de la frase «aunque sea objeto de evaluación» de la descripción de la conducta típica como «exposición de hechos materiales relevantes que no se corresponden con la verdad»; orientación esbozada en un informe detallado de la Oficina del Massimario del Tribunal de Casación¹¹ y finalmente adoptada por las Secciones Unidas, con la sentencia de 31 de marzo de 2016¹².

2. La evolución del Derecho europeo

Pero el objetivo de estas breves notas no es tanto evocar el pasado reciente y remoto del delito de falsedad en las cuentas en Italia, sino más bien hacer balance de los posibles desarrollos futuros de la temática de la información societaria y sus formas de protección jurídica. De hecho, es probable que nos encontremos en vísperas de una profunda transformación de esta materia, basada en los impulsos de renovación procedentes del Derecho europeo.

No es de extrañar que Europa vuelva a ser el motor de la evolución de la protección (penal y extrapenal) de la información societaria, así como, en general, de la normativa civil y penal de las sociedades mercantiles, ya que, desde hace al menos medio siglo, casi todas las modificaciones en la materia han surgido de un impulso europeo concreto.

Es suficiente pensar en la notable serie de directivas europeas que, en las dos últimas décadas del siglo xx, han enriquecido la disciplina de la información societaria, en particular la IV y VII Directiva sobre cuentas anuales y consolidadas, implementadas en Italia a principios de los años 90 (Decreto Legislativo 157/1991) con importantes consecuencias también desde el punto de vista penal.

Y baste pensar en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2005¹³ —originada de la reforma italiana de las falsas comunicaciones sociales de 2002— que afirmó por primera vez la necesidad de que los Estados miembros establezcan una protección adecuada (eficaz, pro-

¹⁰ Así, Cass., sec. V, 30 de julio de 2015, n.º 33774, Crespi.

¹¹ Cass., *Ufficio del Massimario*, Rel. V/003/15, de 15 de octubre de 2015, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 de noviembre de 2015.

¹² Cass. SU, 31 de marzo de 2016, Passarelli, en *DPC*, 30 de mayo de 2016.

¹³ CGCE, 3 de mayo de 2005 (Gr. Sez.), Berlusconi, en *Foro it.*, 2005, IV, c. 285 ss., con nota de A. Di Martino, y en *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 y ss., con nota de G. INSOLERA/V. MANES.

porcionada y disuasoria) contra la información falsa de contenido económico procedente de las sociedades mercantiles –en protección de los interés de los socios y, sobre todo, de los terceros– elevando la transparencia, la veracidad y la exhaustividad de la información societaria al rango de auténtico bien jurídico de relevancia europea¹⁴. Por último, cabe mencionar los diversos actos impulsores, tanto europeos como internacionales (informes del GRECO y de la OCDE, recomendaciones del Parlamento Europeo), que han llevado al legislador italiano a intervenir en materia de falsas comunicaciones sociales con la Ley 69/2015, que ha definido la estructura actual de los art. 2621-2622 del Código Civil.

Durante la última década, el legislador europeo elaboró en primer lugar una especie de texto único de la normativa europea sobre información societaria de contenido económico, reuniendo en una única directiva (Dir. 2013/34/UE)¹⁵ todo el conjunto de actos anteriores relativos a la misma materia. A partir del año siguiente (2014), comenzó a perfilarse un nuevo horizonte para la información corporativa, primero con la Directiva sobre «información no financiera» (Dir. 2014/95/UE)¹⁶ y, por último, con la Directiva relativa a la «información corporativa en materia de sostenibilidad» (Dir. 2022/2464/UE)¹⁷, dentro de una variada gama de iniciativas, todas ellas encaminadas a inscribir la actividad económica en un contexto de protección de los derechos humanos, sociales y medioambientales¹⁸.

¹⁴ L. FOFFANI, *Europäisierung versus Nationalisierung des Wirtschaftsstrafrechts: Die italienische Reform der Bilanzfälschung vor dem EuGH (Fall Berlusconi)*, en R. Bloy/M. Böse/T. Hillenkamp/C. Momsen/P. Rackow (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010, p. 153 y ss.

¹⁵ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros documentos afines de determinadas formas de sociedades, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo*, en el DOUE, 29.6.2013, L 182/19 y ss.

¹⁶ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, *por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas empresas y grupos de gran tamaño*, en el DOUE, 15.11.2014, L 330/1 y ss.

¹⁷ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, *por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la información sobre sostenibilidad de las empresas*, en el DOUE, 16.12.2022, L 322/15 y ss.

¹⁸ Para más información sobre este tema, véase L. FOFFANI/A. NIETO Martín, «Auf dem Weg zu einem europäischen Wirtschaftsstrafrecht der Menschenrechte?», en M. Engelhart/H. Kudich/B. Vogel (eds.), *Festschrift für Ulrich Sieber*, 2021.

3. **La Directiva sobre cuentas anuales y la Directiva sobre información «no financiera»**

La Directiva sobre cuentas anuales de 2013 establece una normativa general para las cuentas anuales y consolidadas, que representa en cierto modo la «suma» de la elaboración de las directivas europeas de las décadas anteriores en materia de información empresarial. A las disposiciones de carácter general –entre las que destacan las relativas a los «principios generales de contabilidad» (art. 6)– les siguen las disposiciones relativas al balance y a las cuentas societarias (arts. 9-14), las relativas a la nota complementaria (arts. 5-18) y al informe de gestión y de gobierno corporativo (arts. 19-20) y, por último, las disposiciones en materia de cuentas anuales e informes consolidados para los grupos de sociedades (arts. 21-29). El núcleo central y más significativo de la Directiva lo cierran las disposiciones relativas a la publicación de los estados financieros y los informes (artículos 30 a 33) y a la auditoría de las cuentas (artículos 34 y 35), donde figuran importantes disposiciones sobre las obligaciones y responsabilidades de los órganos de administración, dirección y control de la empresa en la elaboración y publicación de los estados financieros y del informe de gestión y gobierno corporativo (ordinario y consolidado). Entre las disposiciones finales figura una norma sobre sanciones (art. 51) que no especifica la naturaleza de las mismas (civiles, administrativas o penales), disponiendo que «los Estados miembros establecerán sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones previstas serán eficaces, proporcionadas y disuasorias».

De especial interés, y en cierto modo anticipadoras de los posteriores desarrollos normativos a nivel europeo, son las disposiciones relativas al «informe de gestión» (art. 19) y a la «gestión consolidada» (art. 29). Entre los «considerandos» de la Directiva se lee que «el informe de gestión y el informe de gestión consolidada constituyen elementos esenciales de la información financiera. Deben presentar, como mínimo, una descripción fiel de la evolución de la actividad y de la situación de la empresa, formulada de manera compatible con el tamaño y la complejidad de la misma. La información no debe limitarse a los aspectos financieros de la actividad de la empresa, sino que debe incluir un análisis de los aspectos medioambientales y sociales necesarios para comprender la evolución, los resultados o la situación de la empresa» o del grupo de empresas (considerando n.º 26).

En el marco normativo de la Directiva sobre los estados financieros irrumpiría, poco más de un año después, la nueva Directiva sobre «la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por parte de determinadas empresas y grupos de gran tamaño» (Directiva 2014/95/UE). La nueva directiva hace referencia expresa a las resoluciones del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 2013 sobre la «responsabilidad social de las empresas», una dedicada al «comportamiento comercial transparente y responsable y al crecimiento sostenible» y la otra a «promover los intereses de la sociedad y el camino hacia una recuperación sostenible e inclusiva». «El Parlamento Europeo –se lee en la Directiva– ha reconocido la importancia de que las empresas comuniquen información sobre sostenibilidad, por ejemplo, sobre factores sociales y medioambientales, con el fin de identificar los riesgos para la sostenibilidad y aumentar la confianza de los inversores y los consumidores. De hecho, la comunicación de información de carácter no financiero es fundamental para gestionar la transición hacia una economía global sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo, la justicia social y la protección del medio ambiente» (considerando n.º 3).

El artículo 1 de la Directiva 2014/95 introduce en el cuerpo de la Directiva de 2013 los nuevos artículos 19 *bis* y 29 *bis*, que establecen, respectivamente, la «*declaración no financiera*» y la «*declaración consolidada no financiera*». «Las grandes empresas que sean entidades de interés público y que, en la fecha de cierre del balance, tengan una media de 500 empleados durante el ejercicio, incluirán en el informe de gestión una declaración no financiera que contenga, como mínimo, información medioambiental, social, relativa al personal, al respeto de los derechos humanos, la lucha contra la corrupción activa y pasiva en la medida necesaria para comprender la evolución de la empresa, sus resultados, su situación y el impacto de su actividad, entre los que se incluyen:

- a) una breve descripción del modelo de negocio de la empresa;
- b) una descripción de las políticas aplicadas por la empresa en relación con los aspectos mencionados, incluidos los procedimientos de diligencia debida aplicados;
- c) el resultado de dichas políticas;
- d) los principales riesgos relacionados con dichos aspectos vinculados a las actividades de la empresa, también en referencia, cuando sea pertinente y proporcionado, a sus relaciones, productos y servicios comerciales que puedan

tener repercusiones negativas en dichos ámbitos, así como las modalidades de gestión adoptadas por la empresa al respecto;

e) los indicadores fundamentales de rendimiento no financiero pertinentes para la actividad específica de la empresa» (art. 19 bis).

Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a la «declaración consolidada de carácter no financiero» (art. 29 bis), que se impone a las «entidades de interés público que son empresas matrices de un grupo de gran tamaño», evaluadas según el mismo parámetro dimensional previsto en el art. 19 bis.

4. El Decreto Legislativo 254/2016: introducción de la declaración (individual o consolidada) «de carácter no financiero»

La Directiva sobre información no financiera se había transpuesto en Italia mediante el Decreto Legislativo n.º 254, de 30 de diciembre de 2016,¹⁹ que había introducido en nuestro ordenamiento jurídico la «declaración» (*individual o consolidada*) «de carácter no financiero» (art. 3 y 4 del Decreto Legislativo 254/2016), la cual, «en la medida necesaria para garantizar la comprensión de la actividad empresarial, su evolución, sus resultados y el impacto que produce, abarca cuestiones ambientales, sociales, relacionadas con el personal, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción activa y pasiva, que son relevantes teniendo en cuenta las actividades y características de la empresa, describiendo al menos:

a) el modelo empresarial de gestión y organización de las actividades empresariales, incluidos los modelos de organización y gestión que se hayan adoptado, en su caso, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo n.º 231, de 8 de junio de 2001, también en lo que se refiere a la gestión de los temas mencionados;

b) las políticas aplicadas por la empresa, incluidas las de diligencia debida, los resultados obtenidos a través de ellas y los indicadores fundamentales de rendimiento no financiero correspondientes;

c) los principales riesgos, generados o sufridos, relacionados con los temas mencionados y que se derivan de las actividades de la empresa, sus pro-

¹⁹ «Aplicación de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas empresas y grupos de gran tamaño».

ductos, servicios o relaciones comerciales, incluidas, cuando sean pertinentes, las cadenas de suministro y subcontratación.

En relación con los ámbitos mencionados en el apartado 1, la declaración de carácter no financiero contiene, como mínimo, información sobre:

- a) el uso de recursos energéticos, distinguiendo entre los producidos a partir de fuentes renovables y no renovables, y el uso de recursos hídricos;
- b) las emisiones de gases de efecto invernadero y las emisiones contaminantes a la atmósfera;
- c) el impacto, cuando sea posible sobre la base de hipótesis o escenarios realistas, incluso a medio plazo, sobre el medio ambiente y la salud y la seguridad, asociado a los factores de riesgo a que se refiere el apartado 1, letra c), u otros factores de riesgo medioambiental y sanitario relevantes;
- d) aspectos sociales y relacionados con la gestión del personal, incluidas las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, las medidas destinadas a aplicar los convenios de organizaciones internacionales y supranacionales en la materia, y las modalidades de diálogo con los interlocutores sociales;
- e) el respeto de los derechos humanos, las medidas adoptadas para prevenir su violación, así como las acciones emprendidas para impedir actitudes y acciones discriminatorias;
- f) lucha contra la corrupción activa y pasiva, con indicación de los instrumentos adoptados a tal fin».

5. Nuevas infracciones administrativas y referencia a las comunicaciones sociales falsas

El Decreto Legislativo 254/2016 también contenía una norma sobre *sanciones* (art. 8), que preveía tres hipótesis diferentes de infracción administrativa, en progresión creciente de gravedad:

- a) la primera se refería a la omisión por parte de los administradores, en los plazos prescritos, de presentar en el registro de empresas la declaración individual o consolidada de carácter no financiero (castigada con una sanción administrativa pecuniaria –previa comprobación e imposición por parte de la Consob, es decir la Comisión Nacional de Mercado de Valores– de entre 20 000 y 100 000 euros);

b) la segunda infracción, sancionada en los mismos términos, se refería a la no redacción de la declaración de conformidad con lo prescrito por la ley;

c) la tercera infracción, la más grave, con una sanción administrativa pecuniaria de entre 50 000 y 150 000 euros —era cometida por los administradores y los miembros del órgano de control, «salvo que el hecho constituya un delito, cuando la declaración individual o consolidada de carácter no financiero depositada en el registro mercantil contenga hechos materiales relevantes que no se ajusten a la verdad u omita hechos materiales relevantes cuya información está prevista en los artículos 3 y 4 del presente decreto».

La infracción administrativa más leve (omisión de la publicación y presentación de la declaración) se ajustaba plenamente a lo dispuesto en el artículo 2630 del Código Civil para el caso de omisión de la publicación y presentación de las cuentas anuales: caso de infracción despenalizada desde hace más de 40 años (en virtud de la Ley 689/1981), en consideración a su inidoneidad engañosa para todos los destinatarios potenciales de la información societaria.

La infracción administrativa más grave, en cambio, se refería claramente a los elementos constitutivos del delito de falsedad en las comunicaciones sociales, *ex art.* 2621 o 2622 del Código Civil (exposición de «hechos materiales relevantes que no se ajustan a la verdad», u omisión de «hechos materiales relevantes cuya información está prevista» por la ley) y parecía destinado inevitablemente —a la luz de la cláusula de reserva expresada por el legislador («salvo que el hecho constituya delito»)– a ceder el paso a los tipos delictivos de las falsas comunicaciones sociales; siempre que, por supuesto, se dieran también los demás elementos constitutivos de dichos delitos. No cabía duda de que la declaración (individual o consolidada) de carácter no financiero entraba en el ámbito de las «comunicaciones sociales» *ex art.* 2621 y 2622 del Código Civil, ya que formaba parte integrante del informe de gestión, sobre la base del inequívoco marco normativo europeo descrito anteriormente.

Sin embargo, podrían haber surgido algunas dudas sobre el objeto de la falsedad, ya que los artículos 2621 y 2622 del Código Civil se refieren a la «situación económica, patrimonial y *financiera* de la sociedad o del grupo», mientras que el Decreto Legislativo 254/2016 tipificaba las declaraciones «de carácter no financiero». Sin embargo, se consideraba que esta declaración también repercutía indirectamente en la situación financiera de la sociedad o del grupo, ya que los componentes medioambientales y sociales de la

actividad empresarial a los que se refería la declaración «de carácter no financiero» afectaban inevitablemente al valor de la sociedad o del grupo, al menos para una parte de los inversores actuales o potenciales en el mercado de capitales.

En este debate parecían resurgir los ecos del debate de finales de siglo sobre el llamado «falso cualitativo»: en particular cuando se discutía –a partir del caso jurisprudencial relativo a los sobornos del grupo Fiat²⁰– sobre el hecho de que incluso las manipulaciones cuantitativamente modestas de los balances podían ser relevantes para las decisiones de inversión de determinadas categorías de inversores, cuando se trataba de manipulaciones destinadas a permitir la constitución de fondos negros destinados al pago de sobornos, o destinadas a ocultar las donaciones ilícitas realizadas. Al debate sobre la relevancia penal de la falsedad cualitativa le siguió, como es bien sabido, la reforma de 2002, con la introducción de umbrales cuantitativos de relevancia de las comunicaciones sociales falsas, que sancionó «per tabulas» la relevancia penal de la sola dimensión cuantitativa de la falsedad.

Hoy en día, la situación parece haberse invertido: en primer lugar, la reforma de 2015 eliminó los umbrales cuantitativos de relevancia de los tipos delictivos de los artículos 2621 y 2622 del Código Civil; y luego el Decreto Legislativo 254/2016, siguiendo el impulso del legislador europeo, había sancionado –de manera indirecta pero inequívoca– la relevancia también financiera de cierta información de carácter no financiero.

Desde el punto de vista de la posible ampliación del ámbito de aplicación de las comunicaciones sociales falsas, la referencia expresa que se hace en el artículo 3, apartado 1, letra b), al «modelo empresarial de gestión y organización de la actividad empresarial, incluidos los modelos de organización y gestión que se hayan adoptado en virtud del artículo 6, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo 231/2001». En virtud de esta disposición, por lo tanto, también los «modelos 231» pasaban a formar parte integrante de la declaración «de carácter no financiero», y, como tal, la posible exposición en dichos modelos de organización y gestión de «hechos materiales relevantes que no se ajustan a la verdad», o la omisión de «hechos materiales relevantes cuya información está prevista» por el Decreto Legislativo 254/2016, podría haber adquirido relevancia penal *en virtud de* los artículos 2621 y 2622 del Código Civil.

²⁰ Ap. Turín, 28 de mayo de 1999, Romiti, en *Foro it.*, 2000, II, c. 115 y ss.

6. La Directiva 2022/2464 y la «información corporativa sobre sostenibilidad»

Pero la rápida evolución de la normativa europea en materia de información corporativa no se ha detenido en absoluto. Ocho años después, la nueva Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022²¹, ha sustituido la «declaración de carácter no financiero» por la «información corporativa sobre sostenibilidad». Y no se trata solo de un cambio léxico, sino de un enriquecimiento significativo del contenido y los objetivos de este componente del informe de gestión.

Los fundamentos de esta iniciativa se exponen de forma clara y detallada en los distintos «considerandos» iniciales. El legislador europeo se remite a la Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2019 sobre el «Pacto Verde Europeo», en la que la Comisión se comprometía a revisar la Directiva 2013/34/UE (modificada por la Directiva 2014/95/UE) sobre la «comunicación de información no financiera» (considerando n.º 1).

«Muchas partes interesadas», señala el legislador europeo, «consideran que la expresión «de carácter no financiero» es imprecisa, en particular porque implica que la información en cuestión no es en absoluto pertinente desde el punto de vista financiero. Sin embargo, cada vez más a menudo, dicha información es realmente pertinente desde el punto de vista financiero. Muchas organizaciones e iniciativas, así como muchos profesionales del sector de la información sobre sostenibilidad, se refieren a la «información sobre sostenibilidad». Por lo tanto, es preferible utilizar la expresión «información sobre sostenibilidad» en lugar de «información de carácter no financiero». Por consiguiente, la Directiva 2013/34/UE debería modificarse para tener en cuenta este cambio terminológico» (considerando n.º 8)²².

Sobre la base de esta premisa, la nueva Directiva reformula radicalmente el artículo 19 *bis* de la Directiva 2013/34/UE, que pasa a titularse «*información sobre sostenibilidad*».

En primer lugar, se amplía considerablemente el ámbito subjetivo de los destinatarios: ya no se limita a las grandes empresas y grupos, sino que incluye a todas las «pequeñas y medianas empresas, con excepción de las microempre-

²¹ *Supra*, nota 20.

²² Amplio debate al respecto en la doctrina mercantilista: véase, en particular, en la literatura italiana, G. STRAMPELLI, «L'informazione non finanziaria fra sostenibilità e profitto», en *AGE*, 2022, p. 145 y ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle «regole» dell'impresa «sostenibile». De la información no financiera a la información sobre sostenibilidad*, *ibidem*, 2022, pp. 165 y ss.; A. GENOVESE, «Bilanci di sostenibilità, tassonomia UE delle attività economiche ecosostenibili e governo societario», en *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2/2022, pp. 497 y ss.

sas», que sean «entidades de interés público». Todos estos agentes económicos están ahora obligados a incluir «en el informe de gestión la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en las cuestiones de sostenibilidad, así como la información necesaria para comprender cómo las cuestiones de sostenibilidad afectan al rendimiento de la empresa, a sus resultados y a su situación».

La información sobre sostenibilidad debe ser «claramente identificable en el informe de gestión, mediante una sección específica de dicho informe».

Dicha información debe incluir una amplia serie de elementos, entre los que se encuentran:

a) una breve descripción del modelo y la estrategia empresarial de la empresa, que indique:

i) la resiliencia del modelo y la estrategia empresarial de la empresa en relación con los riesgos relacionados con las cuestiones de sostenibilidad;

ii) las oportunidades para la empresa relacionadas con cuestiones de sostenibilidad;

iii) los planes de la empresa, incluidas las medidas de aplicación y los planes financieros y de inversión correspondientes, destinados a garantizar que el modelo y la estrategia empresariales sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, de conformidad con el Acuerdo de París en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptado el 12 de diciembre de 2015 («Acuerdo de París») y el objetivo de alcanzar la neutralidad climática para 2050, tal como se establece en el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, y, en su caso, la exposición de la empresa a actividades relacionadas con el carbón, el petróleo y el gas;

iv) la forma en que el modelo y la estrategia empresarial de la empresa tienen en cuenta los intereses de sus partes interesadas y su impacto en cuestiones de sostenibilidad;

v) las modalidades de aplicación de la estrategia de la empresa en materia de sostenibilidad;

b) una descripción de los objetivos temporales relacionados con cuestiones de sostenibilidad identificados por la empresa, incluidos, cuando proceda, los objetivos absolutos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero al menos para 2030 y 2050, una descripción de los progresos rea-

lizados por la empresa en la consecución de dichos objetivos y una declaración que certifique si los objetivos de la empresa en materia de factores medioambientales se basan en pruebas científicas concluyentes;

c) una descripción del papel de los órganos de administración, gestión y control en lo que respecta a las cuestiones de sostenibilidad y de sus competencias y capacidades en relación con el desempeño de dicho papel o del acceso de dichos órganos a las citadas competencias y capacidades;

d) una descripción de las políticas de la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad;

e) información sobre la existencia de sistemas de incentivos relacionados con cuestiones de sostenibilidad y destinados a los miembros de los órganos de administración, dirección y control;

f) una descripción:

i) de los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad y, cuando proceda, en consonancia con las obligaciones de la Unión que imponen a las empresas la aplicación de un procedimiento de diligencia debida;

ii) de los principales efectos negativos, reales o potenciales, relacionados con las actividades de la empresa y su cadena de valor, incluidos sus productos y servicios, sus relaciones comerciales y su cadena de suministro, las medidas adoptadas para identificar y supervisar dichos impactos, y los demás impactos negativos que la empresa está obligada a identificar en virtud de otras obligaciones de la Unión que imponen a las empresas la aplicación de un procedimiento de diligencia debida;

iii) las medidas adoptadas por la empresa para prevenir o mitigar los impactos negativos, reales o potenciales, o para remediarlos o ponerles fin, y los resultados de dichas medidas;

g) una descripción de los principales riesgos para la empresa relacionados con cuestiones de sostenibilidad, incluida una descripción de las principales dependencias de la empresa con respecto a dichas cuestiones, y las medidas adoptadas por la empresa para gestionar dichos riesgos;

h) indicadores pertinentes para la comunicación de la información a que se refieren las letras a) a g)».

7. El paso de cangrejo de la legislación italiana: avances y retrocesos del Decreto Legislativo 125/2024

Con el Decreto Legislativo n.º 125, de 6 de septiembre de 2024, se ha aplicado finalmente en Italia la Directiva europea sobre información corporativa en materia de sostenibilidad. Desde el punto de vista civil, se trata sin duda de un importante paso adelante en la «europeización» de la normativa sobre información empresarial, que elimina cualquier duda residual sobre la plena pertenencia de la nueva información sobre sostenibilidad al informe de gestión, con todo lo que ello conlleva también en términos de responsabilidad potencial de los administradores.

En cambio, en lo que respecta a la normativa sancionadora, se trata de un notable y clamoroso paso atrás: el Decreto Legislativo 125/2024, que sustituye en su totalidad y deroga el anterior Decreto Legislativo 254/2016, se limita a recordar (art. 10) las sanciones administrativas previstas en el Texto Único de Finanzas en materia de información corporativa, sin hacer ninguna referencia, ni expresa ni implícita, a las sanciones penales previstas para el delito de falsedad en las comunicaciones sociales. Sin embargo, ignorar la normativa penal no significa exorcizar su posible aplicación: una vez que la información sobre sostenibilidad forma parte integrante del informe de gestión, no puede haber dudas sobre la aplicabilidad, en principio, de los tipos delictivos contemplados en los artículos 2621 y 2622 del Código Civil.

No obstante, habrá que determinar en qué medida la nueva información corporativa sobre sostenibilidad –que incluye amplios capítulos de carácter meramente previsional, declaraciones programáticas y de compromiso, etc.– puede realmente calificarse de verdadera o falsa.

Hasta la fecha, en lo que respecta a la información no financiera, los legisladores nacionales han respondido de manera diversa en cuanto a las sanciones. El legislador alemán, por ejemplo, no ha tenido ningún problema en incluir expresamente la «*nicht finanzielle Erklärung*» en el ámbito del tipo delictivo global y meramente formal de la «*unrichtige Darstellung*» (§ 331 HGB); y es probable que no tenga ningún problema en incluir en un futuro próximo la «*Nachhaltigkeitserklärung*» en el mismo tipo delictivo. En otros casos, como en España, se debate sobre la efectiva imputabilidad de este nuevo modelo de información corporativa al delito de «*falsedad en las cuentas*»

(art. 290 CP), que requiere un elemento de peligro concreto para los intereses económicos y patrimoniales de los destinatarios de la información²³.

Quizás, en una perspectiva de reforma más amplia, en lugar de intentar a toda costa encajar esta nueva dimensión de la información societaria trazada por el legislador europeo en los últimos años en el lecho de Procusto de un tipo delictivo como nuestro actual art. 2621 o 2622 del Código Civil, pensado sí para una amplia gama de instrumentos informativos, pero siempre con una perspectiva de protección de la información societaria de contenido económico en el sentido tradicional de la palabra, tal vez valdría la pena –teniendo en cuenta la extrema novedad e importancia de esta nueva perspectiva de la información societaria, que se centra también y sobre todo en la protección de los derechos humanos, sociales y medioambientales en la actividad empresarial– pensar en un instrumento penal diferente del arsenal sancionador tradicional de la falsedad en los balances. Y, a nivel europeo, tal vez convendría elaborar (por fin) una directiva de armonización de las normativas penales nacionales en materia de protección de la información empresarial, tanto en sus formas tradicionales «contables» como en estas nuevas formas de información sobre la «sostenibilidad» de la actividad empresarial, siguiendo e innovando las líneas trazadas –en lo que respecta a la relevancia europea de un bien jurídico definible como transparencia, veracidad e integridad de la información corporativa –por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2005.

8. La Directiva europea sobre la «diligencia debida» en materia de sostenibilidad

La evolución del Derecho de la UE en el tramo final de la pasada legislatura europea nos ha presentado otra gran novedad: la Directiva sobre el «deber de diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad» (Dir. 2024/1760/UE)²⁴. Ya no se trata solo de informar a los socios, al mercado de inversores y al público en general sobre los diferentes «factores de sostenibilidad» (factores medioambientales, climáticos, sociales, laborales y de *gobernanza* corporati-

²³ Véase R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Las auditorías sociales y su posible trascendencia para el Derecho Penal», en *RECPC*, 24-33 (2022).

²⁴ *Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativa al deber de diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*, en *DO L* de 5.7.2024.

va, etc.), sino también de actuar en la gestión empresarial para promover activamente el cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad.

La denominada «*diligencia debida*» en materia de sostenibilidad no es más que una nueva frontera de los modelos de organización, un cumplimiento normativo que el legislador europeo impone a las grandes empresas y grupos de empresas, no con la perspectiva de protegerlas frente a una posible responsabilidad penal (o «casi penal») como consecuencia de comportamientos penalmente relevantes de sus directivos y empleados –como ocurre actualmente, en España, en virtud de los art. 31 bis ss. CP o, en Italia, en virtud del D.Lgs.231/2001– sino para garantizar que la actividad empresarial se lleve a cabo respetando los derechos humanos (en el sentido más amplio del término) y en un marco de sostenibilidad a medio y largo plazo.

En la versión final de la Directiva, las obligaciones de diligencia se imponen exclusivamente a las empresas que tengan «una media de más de 1.000 empleados y una facturación neta mundial superior a 450.000.000 € en el último ejercicio» (art. 2). Se trata, evidentemente, de un marco empresarial muy limitado, pero el objetivo de la Directiva es muy ambicioso, ya que impone «obligaciones en relación con los impactos negativos sobre los derechos humanos y los impactos ambientales negativos, ya sean reales o potenciales, que recaen sobre las empresas en el marco de sus actividades, las actividades de sus filiales y las actividades realizadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas», incluidas las «obligaciones que incumben a las empresas de adoptar y aplicar un plan de transición para la mitigación del cambio climático» (art. 1).

La Directiva sobre la *diligencia debida* en materia de sostenibilidad no es una directiva de carácter penal, al igual que tampoco lo son las anteriores Directivas sobre información no financiera y sobre información de sostenibilidad. El art. 27 de la Dir. 2024/1760/UE se limita a establecer, de manera muy genérica, que «los Estados miembros establecerán las normas relativas a las sanciones, incluidas las sanciones pecuniarias, aplicables en caso de infracción de las disposiciones del Derecho nacional adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones previstas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

No obstante, las posibles consecuencias indirectas sobre la interpretación y aplicación de los delitos tradicionales del Derecho Penal económico podrían ser muy importantes: pensemos, por ejemplo, en el posible impacto que una disposición general sobre el «deber de diligencia de los administradores» podría haber tenido en delitos como la «infidelidad patrimonial» italiana, la «Un-

treue» alemana o la «administración fraudulenta» española. El art. 25 del proyecto de directiva (no reproducido en su versión final, pero claramente implícito en todo el entramado normativo de la directiva) preveía que los administradores, al cumplir con su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, tuvieran en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente, a medio y largo plazo.

En conclusión: tal vez, gracias a las iniciativas de la Unión Europea y a la consiguiente evolución de la legislación de los Estados miembros, se esté abriendo el camino hacia una nueva perspectiva del Derecho Penal económico, orientada a la protección de los derechos humanos en el sentido más amplio del término: un Derecho Penal de la «sostenibilidad» de la actividad empresarial.

168. SOBRE LA NECESIDAD Y CORRECCIÓN DE ADMITIR LA VOLUNTAD EVENTUAL DE DESTRUIR AL GRUPO COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL GENOCIDIO. A PROPÓSITO DE GAZA ¹

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

En 1948 se aprobó la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio. En ella se define este crimen como el intento de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso mediante la actuación sobre sus miembros, ya sea matándolos, impidiendo los nacimientos o colocando al grupo en condiciones de existencia dirigidas a provocar su exterminio. Se protege la propia existencia de determinados grupos humanos; los individuos son elegidos por formar parte del grupo y atacados con la intención de aniquilar al grupo en sí.

En la actualidad tanto la Corte penal internacional ² (en adelante CPI) como la Corte internacional de Justicia ³ (CIJ), están involucrados en el enjuiciamiento de los hechos atroces cometidos en Gaza. La CPI, que es el tribunal competente para afirmar la responsabilidad penal internacional de los indivi-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal», PID2022-138077OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia y Universidades.

² Sobre el proceso ante la CPI con detalle QUESADA ALCALÁ, C.: «La Corte Penal Internacional y los crímenes internacionales cometidos por Israel en territorios palestinos ocupados», *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales*, n. 13, 2025, pp. 21 y ss.

³ QUESADA ALCALÁ, C.: *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales*, n. 13, 2025, pp. 39 y ss.

duos, afirmó en 2021 su jurisdicción en referencia a cualquier crimen de su competencia cometido desde 2014 en los territorios ocupados por Israel: Gaza y Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental⁴. Las órdenes de arresto dictadas hasta hoy se centran, sin embargo, en los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, sin que hayan aparecido referencias a un posible genocidio⁵. Pero ello no significa que la calificación de los hechos no pueda variar o ampliarse conforme avancen las investigaciones y el procedimiento. Por su lado, la CIJ, que se ocupa de la responsabilidad internacional del Estado, debe resolver la demanda interpuesta por Sudáfrica contra Israel por infringir la Convención sobre el genocidio⁶.

El principal problema para afirmar la comisión de este delito reside en la prueba de la intención de destruir en todo o en parte al grupo como tal. La CIJ se había enfrentado ya a este problema en la sentencia por la que condenó a Serbia en 2007⁷ y en la de 2015 en la que le absolvió⁸. Según la CIJ no basta con la muerte intencionada de miembros del grupo, ni siquiera si tales muertes se cometen masivamente y por un móvil discriminatorio, o si se enmarcan en una campaña de limpieza étnica destinada a expulsar mediante la intimidación a una determinada población. Hay que probar la intención directa de destruir al grupo. Esta distinción puede resultar extraña al profano, pero efectivamente la limpieza étnica, fenómeno más frecuente, no es sinónimo de genocidio si la violencia se usa para la expulsión, aunque lo puede incluir, si existe el fin de exterminio. Por ello, el genocidio no solo es difícil de probar (máxime en una situación de conflicto en la que no es posible entrar a obtener pruebas), con esta definición estricta es también difícil de cometer e infrecuente.

No obstante, si bien la exigencia de intención directa restringe las posibilidades de cometer un genocidio, la virtualidad de limitarse a una destrucción parcial las amplía. La intención de destrucción se puede limitar a la parte del

⁴ ICC, *Situation in the State of Palestine*, «Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine», 05/02/2021, ICC-01/18-143.

⁵ ICC, *Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel’s challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant*, Press Release 21 November 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges>.

⁶ ICJ, *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, 29/12/2023, <https://www.icj-cij.org/case/192>.

⁷ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Judgment, 26.02.2007, § 190.

⁸ ICJ, *Croatia v. Serbia, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Judgment, 3.02.2015, § 162. También ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest* ICC-02/05-01/09, 04.03.2009 § 143 ss.

grupo existente en una determinada zona geográfica, como por ejemplo Srebrenica, o Gaza, o incluso a una parte sustancial cuantitativa y cualitativamente en esa zona, que deberá ser esencial para la supervivencia del grupo en su conjunto, como por ejemplo toda la población masculina⁹.

Al respecto, el 26 de enero de 2024, la Corte Internacional de Justicia declaró que «los palestinos parecen constituir un «grupo nacional, étnico, racial o religioso» diferenciado y, por lo tanto, un grupo protegido en el sentido del artículo II de la Convención sobre el Genocidio y que los palestinos de la Franja de Gaza (más de dos millones de personas), constituyen una parte sustancial del grupo protegido»¹⁰.

Pero sigue siendo necesario probar la intención de exterminio físico o biológico. Además, según los tribunales penales internacionales (en contra de lo que una minoría venimos reclamando), y de una parte de la doctrina, que mantiene el llamado *purpose-based approach*¹¹, la destrucción debe ser el fin directo perseguido por el autor, no bastando con preverla como una posible consecuencia que meramente se acepta¹².

Recientemente un informe de la Comisión de investigación designada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha afirmado la existencia de pruebas de la intención genocida: «Sobre la base de pruebas totalmente concluyentes, la Comisión considera que las declaraciones realizadas por las autoridades israelíes constituyen pruebas directas de la intención genocida. Además, sobre la base de pruebas circunstanciales, la Comisión conside-

⁹ ICJ, *Croatia v. Serbia*, Judgment, 3.02.2015, § 142. ICTR, *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, TC, Judgment (ICTR-95-1A-T), 7.06.2001, § 64; *Prosecutor v. Laurent Semanza*, TC, Judgment and Sentence (ICTR-97-20-T), 15.05.2003, § 315. ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, TC, Judgment, (IT-95-10-T), 14/12/1999, § 83; *Krstić*, TC, Judgment, cit., §§ 560, 590; *Krstić*, AC, Judgment (IT-98-33-A), 19/05/2004, § 19 ss., entre otras muchas.

¹⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 26/01/2024, § 45.

¹¹ Exigen que la destrucción del grupo sea el propósito directo del sujeto, excluyendo que baste al respecto una intención equivalente al dolo eventual autores como WERLE, G./ JESSBERGER, F.: «‘Unless Otherwise Provided’: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, n. 3, 2005, p. 48 y CASSESE, A.: *International Criminal Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 137. Sin embargo, no se acompaña esta afirmación de ningún argumento que la sustente, más allá de la meramente gramatical, o la apelación a una costumbre internacional no probada.

¹² ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, TC, Judgment (ICTR-96-4-T), 2/09/1998, § 498, ICTR, *Rutaganda*, TC, Judgment and Sentence, (ICTR-96-3-T), 6/12/1999, § 59 y ss.; *Prosecutor v. Alfred Musema*, AC, Judgment and Sentence (ICTR-96-13-A), 27/01/2000, § 164. ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, TC, Judgment § 571, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Judgement, (IT-95-10-T), 14/12/1999, § 108; AC, Judgment, 5/07/2001, § 45 y s.

ra que la intención genocida era la única conclusión razonable¹³ que podía extraerse del patrón de conducta de las autoridades israelíes. Por lo tanto, la Comisión concluye que las autoridades israelíes y las fuerzas de seguridad israelíes tienen la intención genocida de destruir, total o parcialmente, a los palestinos de la Franja de Gaza»¹⁴.

Ya con anterioridad, esa misma Comisión en otro informe¹⁵ había llegado a la conclusión de que, en relación con el elemento *mens rea* del genocidio, «las autoridades y las fuerzas de seguridad israelíes tenían el *dolus specialis* requerido en virtud del artículo II de la Convención contra el Genocidio, a saber, la «intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal», basándose en los siguientes hechos: «a) el número sin precedentes de palestinos muertos y heridos (física y psicológicamente), incluida la tortura generalizada y sistemática, y la violencia sexual y de género; b) los ataques intencionados y directos contra niños durante operaciones militares; c) la naturaleza y duración del asedio y la hambruna infligidos a los palestinos de Gaza; d) la política concertada de Israel de destrucción sistemática de establecimientos de salud y de ataques contra profesionales de la salud, obligando a los palestinos a vivir sin acceso a una atención médica crucial; e) a pesar de las numerosas advertencias recibidas, incluidas las de la Corte Internacional de Justicia, la negativa de las autoridades israelíes a cambiar la estrategia militar, la continuación de la estrategia de ataques masivos contra palestinos en Gaza y la imposición de restricciones más estrictas, especialmente a la ayuda humanitaria, a los palestinos; y f) el conocimiento por parte de las autoridades israelíes de que los palestinos estaban atrapados en Gaza sin poder huir fuera de ella, y el hecho de que impidieran activamente y a sabiendas la salida de Gaza de los palestinos, incluidos los que necesitaban tratamiento médico urgente».

Esta comisión no investiga la responsabilidad individual, sino la estatal, aunque para ello es necesario afirmar que los sujetos que actúan en nombre del Estado lo han hecho con el requerido elemento subjetivo especial. En mi opi-

¹³ Se sigue así el estándar establecido por la Corte Internacional de Justicia: «*in order to infer the existence of dolus specialis from a pattern of conduct, it is necessary and sufficient that this is the only inference that could reasonably be drawn from the acts in question*», en ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3/02/2015, § 148.

¹⁴ Human Rights Council, Sixtieth session, *Legal analysis of the conduct of Israel in Gaza pursuant to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Conference room paper of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel*, 16/11/2025, párrafo 220.

¹⁵ Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel, que se presenta de conformidad con lo dispuesto en la resolución S-30/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 14/08/2025.

nión de las pruebas aportadas no se desprende que la Comisión haya excluido la posibilidad de actuar con una «intención genocida eventual».

Sin descartar que los tribunales internacionales puedan llegar a probar la intención directa de destruir al grupo de los palestinos de Gaza, quiero destacar una vez más la necesidad, oportunidad y corrección del castigo del genocidio cometido con intención eventual. Esta posibilidad, a la que se abre cada vez más la doctrina, y que ya admitieron los tribunales *ad hoc* para los cómplices¹⁶, simplificaría sobremanera la imputación, rebajaría el debate y, sobre todo, es dogmáticamente correcta.

Como ya han señalado voces muy autorizadas¹⁷ el término «intención» gramaticalmente no obliga a una interpretación como propósito o fin directo, tampoco las legislaciones nacionales obligan a tal interpretación, ni la misma se puede deducir del Derecho internacional consuetudinario ni de la historia de la codificación del genocidio.

La realidad ha demostrado, además, que ese empeño infundado en exigir un propósito directo de destrucción no puede mantenerse sin dar lugar a incomprensibles lagunas de punibilidad¹⁸.

Pero las opciones manejadas desde el llamado *knowledge-based approach*¹⁹, en el que agrupamos a numerosos autores para los que basta, para el ejecutor, con conocer que con su conducta contribuye a un plan dirigido al

¹⁶ La exigencia de una intención directa habría dado lugar a importantes lagunas de punibilidad, por lo que, ya en la propia sentencia Akayesu y en prácticamente toda la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, se admiten excepciones que se vinculan con la forma de intervención delictiva, sin que quede explicado dogmáticamente por qué unos intervinientes tienen una exigencia subjetiva y otros otra diferente y en qué costumbre internacional se basa tal diferenciación. Véase ICTR, *Akayesu*, TC, Judgment, cit., § 544 y s. 726.

¹⁷ TRIFFTERER, O.: «Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such», en *Leiden Journal of International Law*, n. 14, 2001, pp. 403 y ss.; KRESS, C.: «The Darfur Report and genocidal intent», en *Journal of International Criminal Justice*, n. 3 (3), 2005, p. 567 y ss.; AMBOS, K.: «What does 'intent to destroy' in genocide mean?», *International Review of the Red Cross*, vol. 91 n. 876, December 2009, p. 844. Sobre la incorrección de tal interpretación desde el punto de vista dogmático, GIL GIL, A.: «El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual», en Olásolo, H./De Prada, P. E.: *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio. La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 453 y ss.

¹⁸ Véanse los ejemplos propuestos en GIL GIL, A., «El tipo subjetivo del delito de genocidio...», ob. cit. p. 458.

¹⁹ Se engloban en esta corriente autores como BASSIOUNI, M. C./MANIKAS, P.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1996, pp. 527 ss.; GREENAWALT, A.K.: «Rethinking Genocidal Intent: the Case for a Knowledge-Based Interpretation», *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2259, 2288; VEST, H.: «A structure-based concept of genocidal intent», en *Journal of International Criminal Justice*, N. 5:4, 2007, p. 104; KRESS, C.: *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005, pp. 572 ss.; SCHABAS, W.A.: *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 264; GHEBRAI, R./TESFAYE, B.: *Genocide. The complexity of genocidal intent*, Örebro Universitet, 2012, p. 45.

exterminio del grupo, o, en otras variantes, que implicará dicho resultado de destrucción, en distinto grado de probabilidad, hasta ahora son igual de insatisfactorias. Así, las opiniones que optan por rebajar la exigencia subjetiva solo para los partícipes²⁰, acaban pervirtiendo las categorías de intervención delictiva, degradando a mero cómplice a quien debiera responder como autor por su contribución al hecho, o bien se tiene que declarar incomprensiblemente absuelto de genocidio a quien realiza una contribución más importante, mientras que se castiga a otro que ha contribuido solo como cómplice, habiendo actuado ambos con la misma *mens rea*²¹.

En mi opinión debe admitirse que basta un elemento volitivo «débil» para integrar la intención de destruir al grupo en relación con todos los intervinientes (ya sean estos considerados autores o partícipes) y ocupen el lugar que ocupen en la jerarquía de la organización que lleve a cabo el delito²².

De estos problemas se libran las posiciones que, como la de Kreß²³, admiten actuar con una intención equivalente a la de dolo eventual para cualquier interviniente, también para los autores. Sin embargo, al exigir este autor que se actúe en el marco de un plan dirigido con propósito directo a la destrucción, su postura presenta aun ciertos inconvenientes: el primero, no ha fundamentado esa exigencia para el plan y no es coherente con su afirmación de que esa interpretación no se deriva de la literalidad del precepto. En segundo lugar, excluye algunos supuestos que en mi opinión deben ser considerados genocidio.

Y es que, si se afirma, con razón, que el tipo del genocidio no exige literalmente actuar con un propósito directo de destrucción, se entienda este (erróneamente) como un deseo o (mejor) como una dirección del curso casual precisamente hacia la producción del resultado, no se derivaría tampoco de su dicción literal la exigencia de un plan dirigido con dolo directo a la destrucción del grupo, a modo de elemento contextual en el que se comete la conducta

²⁰ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest* ICC-02/05-01/09, 04.03.2009. En la doctrina, VAN DER VYVER, J. D.: «Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide», *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n. 2, 1999, p. 308; VAN SLIEDREGT, E.: «Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide», *Journal of International Criminal Justice*, n. 5, 2007, p. 194; VAN DER WILT, H. G.: «Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case», en *Journal of International Criminal Justice*, n. 4(2) 2006, p. 243; AMBOS, K.: *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n. 876, December 2009, 845 y ss.; el mismo, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford: OUP 2014, pp. 29 y ss.

²¹ Con mayor detalle GIL GIL, A., «El tipo subjetivo del delito de genocidio...», ob. cit. pp. 479 y ss.

²² Con mayor detalle GIL GIL, A., «El tipo subjetivo del delito de genocidio...» ob. cit. pp. 479 y ss.

²³ KRESS, C.: «The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case», *Journal of International Criminal Justice*, n. 7, 2009, p. 304, el mismo, *Journal of International Criminal Justice*, N. 3 (3), 2005, p. 577.

genocida individual. Ese elemento contextual, o, más bien, esa acción colectiva de la que forma parte la conducta individual típica (de ahí su complejo tipo subjetivo) no se calificaría como genocida porque otro (alguno, o un ente colectivo) la dirija al exterminio del grupo, sino porque objetivamente posee la idoneidad para producir la destrucción del grupo, resultado que todos los intervinientes pueden querer con cualquier grado de voluntad.

Así, tal y como señaló la Trial Chamber (TC) del TPIY en el caso *Krstić*, la intención de destruir el grupo debe ser identificable en el acto criminal en sí mismo, con independencia de la intención particular de cada uno de los intervinientes²⁴. O explicado de mejor modo, la conducta tiene una parte objetiva y otra subjetiva, y de la parte objetiva, que es a lo que se refiere el tribunal cuando habla del «acto en sí mismo», solo es identificable, en su caso, una idoneidad para producir el resultado, mientras que la parte subjetiva, que deberá ser inferida de los datos objetivos, es precisamente aquello por lo que ahora nos preguntamos.

Por tanto, aun reconociendo que el genocidio es una actividad colectiva, de su aspecto objetivo solo podemos exigir una cierta idoneidad para producir el resultado. En cambio, en cuanto al elemento subjetivo con el que cada uno contribuya a la realización de esa acción conjunta idónea, no se debe exigir nada más que la aceptación, el contar con que se está contribuyendo a esa conducta colectiva idónea. En mi opinión, merece la misma calificación de plan genocida aquel que es específicamente dirigido a la destrucción y el que no lo es, pero presenta una idoneidad de producirla (el resultado de destrucción se producirá en el curso normal de los acontecimientos, siguiendo la definición del art. 30 del Estatuto de la CPI), bastando con que los intervinientes cuenten con esta posibilidad que han previsto. Es decir, basta que sepan que una vez puesto en marcha el plan, su manejo del curso causal, tal como se ha diseñado aquel, no les permitirá ya evitar la destrucción que se prevé como probable²⁵.

Sin duda no parece merecer la absolución como coautor de un delito de genocidio quien conscientemente contribuye a la realización de un plan contando con la probabilidad de que destruya un grupo, con el argumento de que todos los implicados actúan con esa misma *mens rea* y por lo tanto el plan no está dirigido (con intención directa) a la destrucción, y castigar, en cambio, como coautores de genocidio a quienes actúan de esa misma manera si hay

²⁴ ICTY, *Krstić*, TC, Judgment, § 549.

²⁵ Sobre la compatibilidad de la expresión «se producirá en el curso normal de los acontecimientos» con el dolo eventual véase infra nota 29.

algún responsable del plan que precisamente (y quizás con las mismas o menores probabilidades de éxito) ha diseñado con esa finalidad directa el plan.

Así, pongamos el ejemplo del ministro del interior responsable de impedir mediante el uso de la fuerza armada la salida del grupo (una determinada minoría étnica) de la zona restringida en la que el gobierno, controlado por un grupo étnico dominante, le mantiene en determinadas condiciones de vida (caracterizadas por la insalubridad, la privación de alimentos y de atención sanitaria, la destrucción de hospitales, etc.,) que conoce que esas circunstancias en las que se obliga a vivir a los miembros del grupo están causando la muerte de sus miembros y que es probable que lleven a su destrucción, a pesar de no actuar con ese propósito, sino, por ejemplo, únicamente con el de mantener un régimen de apartheid que les permita perpetuar la superioridad y el control sobre la etnia sometida, o de forzar su abandono del territorio en un futuro cercano, o meramente el de castigarles.

Si exigimos que el plan esté dirigido (por alguien) a la destrucción del grupo, la responsabilidad de nuestro sujeto como coautor solo se dará si el objetivo directo del gobierno al crear estas condiciones de vida es exterminar a la minoría étnica y él lo sabe. Pero quedaría absuelto de genocidio si el fin del gobierno no era el exterminio, sino, igualmente, mantener un régimen de apartheid que les permita perpetuar la superioridad, forzar el abandono del territorio, el mero castigo, etc.

En mi opinión, ambos casos deben tratarse igual. Si el plan es idóneo para producir la destrucción y el gobierno ha previsto como no absolutamente improbable la misma y cuenta con esa probabilidad (grado de voluntad equivalente a un dolo eventual en relación con la destrucción del grupo), ya podemos afirmar la existencia de un plan objetivo y subjetivamente genocida. De esta manera huelgan excusas como la de la lucha contra el terrorismo, el derecho a defenderse u otros fines esgrimidos por los autores. El conocimiento de la idoneidad de la conducta para producir la destrucción del grupo o subgrupo elegido (elemento intelectual) y la aceptación de dicha probabilidad (elemento volitivo) bastarían para integrar la intención genocida.

Por todo lo dicho, resulta ineludible rechazar aquella errónea interpretación gramatical y se impone una interpretación dogmática y teleológica del precepto.

Lo que aquí se propone es interpretar el término «con la intención de destruir el grupo» no en un sentido semántico, sino dogmático²⁶. Y dogmáti-

²⁶ Así lo advertí ya en GIL GIL, A.: *Derecho Penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 178 ss., 241 y ss.

camente la estructura de resultado cortado del crimen, es decir, de consumación anticipada de lo que materialmente es una tentativa, permite la comprensión de la intención trascendente dirigida al resultado valorativo (destrucción del grupo) como equivalente a cualquier clase de dolo, incluido el eventual²⁷. Y, por otra parte, este adelantamiento de la consumación indica que la voluntad del legislador es aumentar la protección del bien jurídico, no recortarla con exigencias ulteriores.

La solución que se propone no pretende prescindir del elemento volitivo del dolo²⁸ conformándose con un conocimiento, sino que exige un elemento volitivo débil: basta el contar con la posibilidad del genocidio, en el grado de probabilidad que se decida normativamente, como por ejemplo el contar con que, tal y como se idea el plan, la destrucción se producirá en el curso normal de los acontecimientos, expresión que, como ya he señalado, no implica en mi opinión una certeza²⁹ o práctica certeza, sino que habrá de interpretarse que excluye solo cursos casuales improbables.

Debemos concluir que el contar con, aceptar, la probabilidad del resultado implica haber intervenido en el curso causal que llevará a la destrucción del grupo sabiendo que tal y como se hizo la contribución, esta no se podrá dirigir a la evitación de tal resultado³⁰. Se trata, por tanto, de una forma de voluntad, más débil que el fin directo, pero suficiente para integrar la intención o finalidad característica del dolo, y por tanto también la intención genocida.

²⁷ Con mayor detalle GIL GIL: «El tipo subjetivo...» ob. cit., pp. 454 y ss.

²⁸ El elemento volitivo del dolo no tiene nada que ver con lo emocional (como erróneamente cree VEST, H. TITULO, *Journal of International Criminal Justice*, N. 5:4, 2007, p. 796), sino con la dirección del curso causal. Cuando el curso causal se dirige hacia el resultado estamos ante el fin que caracteriza el dolo directo de primer grado. Cuando el sujeto no dirige el curso causal hacia el resultado, pero prevé que este se puede producir como una consecuencia accesoria que él ya no podrá evitar mediante, precisamente, su dominio de ese curso causal, entonces estamos ante el elemento volitivo «contar con» que caracteriza al dolo eventual. En cambio, quien cree que a pesar de ser posible que el resultado se derive de su acción, todavía considera que su dominio del curso causal le permitirá evitarlo (confía en que no se producirá) actúa sin dolo (GIL GIL *et al.*; *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 244). Tampoco es cierto que un elemento volitivo así entendido sea más difícil de probar que uno intelectual, ni siquiera si se pretende sustituir el elemento intelectual por fórmulas que lo objetivan y que por lo general carecen de precisión y nunca son realmente probadas, sino meramente afirmadas en el juicio, además de presentar muchos otros problemas (GIL GIL, A.: «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *RDPC*, n. 15, 2005, pp. 110 ss.) y de no ser compatibles con la definición de la *mens rea* del art. 30 ER (GIL GIL, A.: «Mens Rea in Co-Perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments Against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator», en *International Criminal Law Review*, vol. 14, 2014, p. 17).

²⁹ Esa interpretación proviene de nuevo de un innecesario apego a la dicción literal del art. 30 ER que ni resulta imprescindible ni es sistemáticamente conveniente. Véase al respecto GIL GIL, *International Criminal Law Review*, vol. 14, notas 72 y 73; la misma, «Lección 8», apartado 4.1.2 en GIL GIL, A., / MACULAN, E.: *Derecho Penal internacional*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, 2015.

³⁰ Sobre el dolo eventual con mayor detalle GIL GIL *et al.*: *Curso*, pp. 244-245.

Recapitulando entonces, en las modalidades con estructura de delito mutilado de varios actos (o tentativa inacabada) los actos ejecutivos están definidos por la ley: son cada una de las muertes individuales –u otros resultados– que han de cometerse hasta conseguir el exterminio del grupo. Para el autor de la muerte de un miembro del grupo, lo que materialmente es solo un acto ejecutivo del genocidio (pero formalmente supone su consumación) bastaría con la comisión del hecho incluso con dolo eventual y con cualquier tipo de intención (incluido el mero contar con) respecto de la consecución del fin de destrucción del grupo, pero sabiendo que sus coautores van a seguir realizando el resto de los actos ejecutivos. O, si preferimos decirlo así, con el conocimiento de que su acción se incardina en un plan que comprende el resto de los actos ejecutivos y que tendrá como resultado no absolutamente improbable, con el que al menos se cuenta, la destrucción del grupo.

Por su parte, en la modalidad de «sometimiento a condiciones de vida (...)» el autor debe actuar con conciencia y voluntad directa (voluntad de actuar) de someter (él junto con sus coautores) al grupo o subgrupo elegido (parte sustancial) a las condiciones que son abstractamente capaces de producir el resultado de exterminio, lo que incluye la conciencia de tal peligrosidad *ex ante*. Bastará también la intención eventual (el contar con, en el sentido explicado más arriba) respecto del resultado de destrucción del grupo.

Admitir directamente la posibilidad de una intención eventual de destruir al grupo para afirmar la comisión del genocidio, además de ser una opción dogmáticamente correcta y mejor fundamentada, que lleva a resultados más justos, evitaría la tendencia de los tribunales a afirmar la intención directa infiriéndola de la exclusiva prueba del conocimiento, con lo que en realidad están enmascarando la utilización de un concepto de intención genocida diferente, un *knowledge-based approach*³¹. Esta «trampa» de la vía probatoria resulta atacable jurídica y políticamente, y es innecesaria con una correcta comprensión del tipo subjetivo del delito de genocidio.

³¹ KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 3 (3) 2005, 571; STERIO, M.: «The Karadžić genocide conviction: inferences, intent, and the necessity to redefine genocide», *Emory International Law Review*, Vol. 31, 2017, p. 291. Este último autor quiere ver en ello una evolución en la interpretación judicial de la convención contra el genocidio (pp. 282, 289).

169. REFORMA PENAL, SISTEMA DE PENAS, DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ¹

Profesor Titular de Derecho Penal

Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Río de Janeiro (UERJ)
y Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ)

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de julio de 2024 se cumplieron 40 años de la reforma penal brasileña, que dio lugar a la entrada en vigor de dos leyes. La Ley n.º 7.209 introdujo una nueva Parte General en el Código Penal de 1940, y la Ley n.º 7.210 corresponde a la Ley de Ejecución Penal (LEP). El hito de estos 40 años parece ser el momento adecuado para reflexionar sobre la situación actual del sistema penal brasileño y, en particular, sobre el sistema de penas en Brasil. Es necesario tratar de comprender las razones por las que, bajo la vigencia de una legislación que pretendía reducir el número de reclusos y que reconocía una serie de derechos hasta entonces inexistentes, surgió el período en el que más privación de libertad se produjo en el país.

El número de personas en establecimientos penitenciarios alcanzó cifras sin precedentes, precisamente en el período más democrático de la historia brasileña. Por lo tanto, es necesario examinar esta aparente paradoja para comprender las causas y las consecuencias del proceso que condujo a la situación

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Estatal de Río de Janeiro (UERJ); coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá; presidente del Instituto Brasileño de Ejecución Penal (IBEP) y vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

actual. Así, se pretende presentar el sistema adoptado por la reforma de 1984, insertarlo en las tendencias encontradas en los derechos extranjeros, verificar las influencias del derecho internacional y, al final, intentar presentar perspectivas para el futuro de la pena en Brasil.

El presente artículo busca analizar la problemática relativa a la aparente incoherencia entre el objetivo de la legislación vigente de reducir la población carcelaria y el número de personas privadas de libertad. Para ello, la investigación se divide en cuatro temas. El primero trata sobre la reforma penal y el sistema de penas; el segundo aborda el derecho comparado; el tercero analiza cuestiones de derecho internacional; y el último describe algunas perspectivas para abordar dicha problemática.

II. REFORMA PENAL Y SISTEMA DE PENAS

El período de los gobiernos militares (1964-1985), basados en la doctrina de la seguridad nacional, impuso un nuevo modelo punitivo al país, con el cierre del Congreso, la destitución de políticos, jueces y catedráticos, la persecución de estudiantes y la represión de opositores. El Derecho Penal servía a la represión política y, así, la prisión funcionaba no solo como privación de libertad, sino, particularmente, como lugar de suplicios, torturas y muertes. Allí se encontraban los presos comunes y los presos políticos, es decir, aquellos enmarcados en la Ley de Seguridad Nacional (Brasil, 1969). Además de la pena privativa de libertad, se asistió al retorno de la pena de muerte, así como de la pena de destierro, ambas destinadas a los llamados subversivos.

Estas medidas estaban respaldadas por Actos Institucionales con fuerza de normas constitucionales. Estos actos, a su vez, eran normas editadas arbitrariamente en Brasil por los comandantes de las Fuerzas Armadas o por el presidente, entre los años 1964 y 1969, sin ninguna consulta popular, ni participación de los miembros del Poder Legislativo (Bechara y Rodrigues, 2015, p. 593).

A partir de 1980, el Ministerio de Justicia instituyó una comisión dirigida por el juez de la Corte de Cassación Francisco de Assis Toledo para examinar y emitir dictámenes sobre proyectos en esta área. Otra comisión se encargó de armonizar el estatuto procesal con el anteproyecto de Código de Ejecuciones, elaborado por el entonces Consejo Nacional de Política Penitenciaria. Ampliado al Código Penal, el trabajo de esas comisiones, que contó con la colaboración de numerosos profesionales del Derecho, dio lugar a una nueva comisión, compuesta por varios profesores y también presidida por Francisco de Assis

Toledo². La reforma de la Parte General del Código Penal fue, por lo tanto, extensa y se llevó a cabo en un clima de amplio debate teórico y democrático.

En cuanto a las penas, se abolieron las accesorias, aunque algunas pasaron a figurar como efectos de la condena. También se abolió el sistema binario doble, que fue sustituido por el sistema vicario: pena o medida de seguridad, esta última destinada a los inimputables o, excepcionalmente, a los semiimputables que necesitan un tratamiento curativo especial. Se mantuvo el sistema progresivo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, con tres etapas: régimen cerrado, semiabierto y abierto. Además, se reforzaron igualmente la libertad condicional y la suspensión condicional de la pena.

Se establecieron tres tipos de penas: privativas de libertad, manteniendo la disyuntiva «reclusión y detención»; restrictivas de derechos, subdivididas en prestación de servicios a la comunidad, limitación de fin de semana y prohibición temporal de derechos; y multa, retomando el modelo de días-multa del Código Penal del Imperio.

Por lo tanto, se puede decir que la reforma penal de 1984 se orientó a reducir la incidencia y la relevancia de las penas privativas de libertad, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley n.º 7.209, que afirmaba que una política penal orientada a proteger a la sociedad deberá restringir la pena privativa de libertad a los casos de reconocida necesidad, como medio eficaz para impedir la creciente acción criminógena de la cárcel. Esta filosofía importa, obviamente, en la búsqueda de otras sanciones para los delincuentes no peligrosos o los delitos menos graves. No se trata de combatir o condenar la pena privativa de libertad como respuesta penal básica al delito. Al igual que en Brasil, la pena de prisión se encuentra en el núcleo de los sistemas penales de todo el mundo. Lo que se debate ahora es su limitación a los casos de reconocida necesidad.

La Constitución Federal Brasileña de 1988 (CF/1988) complementó a continuación la disciplina del sistema de penas, estableciendo, entre otros, los principios de la personalidad y la individualización de la pena, ambos en el artículo 5, XLV y XLVI. Aunque existe una discrepancia en la redacción entre los textos, las penas admitidas en la Constitución son las mismas que las previstas en el Código Penal. Además, el artículo 5.º, XLVII, de la CF/1988 prohíbe las siguientes penas: la pena de muerte, salvo en caso de guerra externa declarada; la pena perpetua; los trabajos forzados; el destierro; y las penas crueles.

A pesar de que estas reformas tienen claramente una tendencia a reducir el encarcelamiento, a partir de entonces se vivió el período de mayor uso de las penas privativas de libertad en Brasil. La presencia constante de cifras exorbi-

² BRASIL, Exposição de Motivos n.º 211, de 09 de maio de 1983 (del Código Penal).

tantes de la población carcelaria del país es responsable de un escenario de colapso en el sistema penitenciario nacional³. Y, como se ha visto anteriormente, se trata de una situación que no encuentra respaldo legislativo.

III. DERECHO COMPARADO

A partir de las explicaciones dadas en el primer tema, el presente artículo pasa a evaluar el sistema de penas brasileño con las tendencias encontradas en el derecho comparado. En primer lugar, cabe mencionar que, a partir del auge del pensamiento liberal, especialmente en los países que se adhieren a la tradición occidental, se produjo una sucesión de fases en las que se privilegió una determinada sanción o determinadas sanciones, excluyendo o, al menos, eclipsando las demás.

En el siglo XVIII prevalecían las sanciones corporales, como la pena de muerte, la tortura y las galeras. La segunda fase, en el siglo XIX y principios del XX, recurrió masivamente a las penas privativas de libertad, incluso para infracciones menos graves. A partir de von Liszt, se empezó a criticar el encarcelamiento de corta duración, que desocializaba sin tratar, y surgieron medidas como la *libertad condicional* y la *suspensión de la pena*, sin que desapareciera la privación de libertad. La cuarta fase, a partir de mediados del siglo pasado, es la que vio surgir las alternativas a la prisión⁴. La quinta fase, por su parte, procedente de los Estados Unidos a partir de 1980-1990, previó penas intermedias entre la privación de libertad y la *libertad condicional* (*intermediate punishment*) como respuesta al hacinamiento carcelario, aumentando la vigilancia y el arresto domiciliario y, de este modo, ampliando la incapacitación y no el tratamiento penal⁵.

Se puede decir que el sistema de penas en Brasil refleja estas fases históricas, especialmente en la última década, en la que se adoptó la vigilancia electrónica y se amplió el uso del arresto domiciliario a partir de la pandemia.

Las penas prohibidas en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque parezcan obvias, no han desaparecido de los sistemas penales extranjeros. La pena corporal, que fue abolida hace mucho tiempo en los Estados que siguen

³ LOURENÇO, B./HECKTHEUER, P.A.: «A cultura do encarceramento como acentuação da problemática do sistema prisional brasileiro e a incongruência do Supremo Tribunal Federal com a atual política prisional». *International Journal of Digital Law* | IJDL, v.1, n.2, Ed. Especial, 2020, p. 91.

⁴ SOUZA, A.B.G./JAPIASSÚ, C.E.A.: *Direito penal: parte geral*. 4. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2025, p. 60.

⁵ PRADEL, J.: *Droit pénal comparé*. 4. ed. – Paris: Dalloz, 2016, p. 585-586.

la tradición romano-germánica, sigue vigente en los ordenamientos del *Common Law* –Inglaterra/1948, Estados Unidos/1952, Canadá/1972– y sigue existiendo en los países musulmanes.

En cuanto a la pena de muerte, hay tres grupos de países, siendo el primero el de aquellos que la han abolido (por ejemplo: Portugal/1867, Países Bajos/1870, Suiza/1874, Alemania/1949, Italia/1949, Inglaterra/1969, Canadá/1976, España/1978, Francia/1981).

El segundo grupo es el de los abolicionistas en la práctica (por ejemplo: Marruecos, Senegal, Costa de Marfil).

Y, por último, el tercer grupo es el de los que siguen aplicando la pena de muerte, como la mayoría de los países africanos y asiáticos y parte del continente americano, en particular, buena parte de los estados de los Estados Unidos.

Brasil forma parte del grupo de Estados abolicionistas en la práctica, ya que, desde la independencia, el Código Penal de 1830 preveía la pena de muerte en la horca exclusivamente para los delitos de insurrección de esclavos, homicidio calificado y robo con homicidio. Por lo tanto, las 70 hipótesis de las Ordenanzas Filipinas, el CC/1830 las redujo a tres. A partir del Código Penal de 1890, ya no hubo más previsión, salvo en los períodos autoritarios.

El Estado Novo la incluyó en el artículo 122, XIII, de la CF/1937, para ciertos delitos de naturaleza política y para el homicidio cometido por motivos fútiles y con extrema perversidad⁶, pero no se incluyó en ninguna ley penal. Por su parte, el régimen militar de 1964 reintrodujo la pena de muerte para los delitos políticos, mediante el Acto Institucional n.º 14/1969 y el Decreto-ley n.º 898/1969, que tipificaba los delitos contra la seguridad nacional.

A pesar de existir una previsión legal, la última ejecución de la que se tiene constancia fue la de un esclavo llamado Francisco, residente en la ciudad de Pilar, en Alagoas, que fue ahorcado en 1876⁷. La única condena a muerte en el siglo xx fue dictada por la Justicia Militar contra un joven militante del Partido Comunista Brasileño Revolucionario (PCBR) por el homicidio, en 1970, de un sargento de la Fuerza Aérea en Salvador. Sin embargo, dicha sanción nunca se llegó a ejecutar, ya que el condenado se exilió en el extranjero y no regresó a

⁶ BRASIL, Constitución de los Estados Unidos de Brasil, de 10 de noviembre de 1937. «Artículo 122, XIII. (...) Además de los casos previstos en la legislación militar para tiempos de guerra, la ley podrá prescribir la pena de muerte para los siguientes delitos: (...) f) el homicidio cometido por motivos fútiles y con extrema perversidad;».

⁷ Senado Notícias. Jornal de Alagoas narrou em detalhes última pena de morte executada no Brasil. Agência Senado. Publicado em: 04 abr. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/imperio-usou-a-forca-para-conter-esclavos-assassinos/jornal-de-alagoas-narrou-em-detalhes-ultima-pena-de-morte-executada-no-brasil>>. Acesso em: 09 ago. 2025.

Brasil hasta 1985⁸. Si bien es cierto que Brasil puede considerarse abolicionista en la práctica, las ejecuciones extrajudiciales siguen siendo un problema sin resolver.

Por el contrario, la pena privativa de libertad de carácter perpetuo es mucho más frecuente. Hay dos grupos de países: los que han abolido esta sanción penal, como Noruega, Portugal y Brasil, y los que siguen previéndola y aplicándola, que son la mayoría, como Alemania, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y casi todos los países asiáticos y africanos, además de los latinoamericanos. En general, esta sanción se admite, siempre que exista la posibilidad de libertad condicional.

En lo que respecta a las penas privativas de libertad, existe una tendencia a la unificación de esta sanción (pena de prisión), pero hay varios ordenamientos jurídicos que aún mantienen más de un tipo. Un ejemplo es el derecho español, que prevé, como pena grave, la prisión superior a 5 años y, como pena menos grave, la prisión de 3 meses a 5 años. En cuanto a la duración, la pena de entre 1 y 30 o 40 años existe de manera general, incluso en los Estados que no admiten la pena de carácter perpetuo, siendo la discusión más relevante la que se refiere a la proporcionalidad entre el delito y la pena.

El debate es más intenso en lo que respecta a la privación de libertad de corta duración, ya que se defiende su prohibición, recurriendo a otras sanciones. En cualquier caso, al igual que en el derecho brasileño, las penas cortas no han sido abolidas, pero se invita a los jueces a sustituirlas por otras medidas.

Por lo tanto, se puede decir que el ordenamiento jurídico brasileño adopta muchas de las tendencias más restrictivas en relación con las penas privativas de libertad. Más aún, las penas privativas de libertad de corta duración suelen ser de uno a doce meses, mientras que, en el derecho brasileño, es posible, por ejemplo, sustituir por restricciones de derechos las penas de hasta cuatro años, en el caso de delitos dolosos (Código Penal, artículo 44, I). Esto sugiere que el derecho nacional tiene una legislación menos punitiva o que la media de las penas en Brasil es más elevada, lo que debe investigarse.

IV. DERECHO INTERNACIONAL

En cuanto a la influencia del derecho internacional en el sistema de penas, lo que parece más relevante es el control internacional de los lugares de

⁸ BARRUCHO, L.G.: Veja história do primeiro condenado à morte no Brasil republicano. Portal G1 Mundo. Publicado em: 28 abr. 2015. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/veja-historia-do-primeiro-condenado-morte-no-brasil-republicano.html>>. Acesso em: 09 ago. 2025.

privación de libertad. A este respecto, cabe destacar que el tratamiento jurídico de las penas ha estado fuertemente influenciado, desde la segunda mitad del siglo xx, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹, debido a la positización de los derechos de las personas privadas de libertad en diversos documentos internacionales, lo que se concretó, inicialmente, en los siguientes hitos: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (RMTP); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT).

La regulación de la privación de libertad se ha desarrollado con mayor intensidad y seguridad en la jurisprudencia de los órganos de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, con la consolidación de *normas* y la consiguiente formación de un amplio marco teórico sobre los derechos de las personas privadas de libertad. El desarrollo normativo se vio fuertemente influenciado por la supervisión internacional de los lugares de privación de libertad, ejercida por el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT), la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y la Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La supervisión internacional de las prisiones comenzó con la creación del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), en el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (artículo 1 del CEPT), por los Estados miembros del Consejo de Europa, en 1989. El CPT se encarga de realizar inspecciones periódicas o visitas *ad hoc*, pudiendo acceder en cualquier momento a los establecimientos policiales, administrativos, médicos o penitenciarios de los países miembros del Consejo de Europa. A partir de las inspecciones realizadas, el CPT emite informes en los que evalúa la calidad de las condiciones de detención.

Si constata una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio CEDH), el CPT puede solicitar la apertura de investigaciones para determinar responsabilidades, formular recomendaciones y sugerir las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento en los países visitados. En este contexto, el CPT desempeña, además de una función preventiva, una función normativa, reforzada por la jurisprudencia del Tribunal, en la que los informes y recomendaciones del Comité se utilizan siempre como parámetro para el reconocimiento de violaciones del artículo 3 del CEDH.

⁹ JAPIASSÚ, C.E.A./ FERREIRA, A.L.T.: *Superpopulação carcerária e direitos humanos*. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 15.

De este modo, se ha ido desarrollando una normativa sobre los derechos de las personas privadas de libertad, incorporada tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales. La interacción entre el CPT y el Tribunal se ha visto reforzada, además, por las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que, a su vez, han sido corroboradas por la jurisprudencia del Tribunal. Así, se observa que 23 de los 47 países miembros han implementado reformas legislativas basadas en las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE) y 22 han afirmado haber introducido normas precisas destinadas a mejorar la protección de los derechos de los reclusos (como visitas familiares, correspondencia, trabajo, educación, entre otros) y una mejor preparación para la reintegración.

En las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se encarga de supervisar a las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad, junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...). La Convención Americana incluye expresamente, en el ámbito de protección del artículo 5 que regula el derecho a la integridad personal, los derechos de las personas detenidas, imponiendo un trato compatible con el respeto a la dignidad humana.

Los derechos de las personas detenidas representan, por lo tanto, una parte importante de la labor de la Comisión IDH, de modo que en 2004 se instituyó formalmente la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Detenidas, con el mandato de: supervisar la situación de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad en los Estados miembros de la OEA; realizar visitas a los Estados; promover los mecanismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; preparar informes y recomendaciones especializadas dirigidas a los Estados miembros de la OEA.

La Comisión IDH también ejerce control sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, mediante el análisis y el seguimiento de las comunicaciones individuales que le son remitidas, pudiendo solicitar información y formular recomendaciones a los Estados Partes, preparar estudios e informes y exigir la adopción de medidas para la implementación de los derechos previstos en la Convención. También le corresponde recomendar a los Estados la adopción de medidas cautelares en casos de gravedad y urgencia (artículo 25 del Reglamento de la Comisión) y solicitar a la Corte medidas provisionales (artículo 74 del nuevo Reglamento).

Por un lado, se ha observado que, aunque las decisiones de la Corte tienen fuerza jurídica vinculante, el incumplimiento de sus determinaciones por

parte de los Estados no implica la imposición de sanciones significativas, limitándose la Corte a mencionar el incumplimiento en su informe anual a la OEA. Por otro lado, se han señalado algunos efectos prácticos de la actuación de la Comisión y la Corte IHL en casos específicos llevados al Sistema Interamericano, como ocurrió, por ejemplo, en los casos de Urso Branco, en el estado de Rondônia, y del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, en Río de Janeiro.

Cabe destacar que los derechos de las personas detenidas representan una gran parte de la actuación de la CIDH, de modo que, en 2004, se instituyó formalmente la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Detenidas. La cuestión del hacinamiento carcelario se abordó en todos los informes de la Relatoría, y se puede observar una evolución en el tratamiento del tema en el sentido de reconocer la contribución de las decisiones político-penales producidas en los ordenamientos jurídicos nacionales al crecimiento de las respectivas poblaciones carcelarias.

Entre los casos de la CtIDH, cabe destacar *Montero Aranguren y otros (Retén de Cátia) c. Venezuela* (2006), en el que se decidió que, al configurarse el hacinamiento, se había violado el artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, independientemente de las demás condiciones de detención, ya que cada preso disponía de un espacio individual equivalente a treinta centímetros cuadrados.

En el caso *Yvon Neptune c. Haití* (2008), la Corte innovó al fijar, por primera vez, un plazo de dos años para adecuar las condiciones carcelarias a las normas internacionales.

Y en el caso del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (2018), se determinó que el Estado deberá arbitrar los medios para que, en el plazo de seis meses a partir de la decisión, se computara el doble de cada día de privación de libertad cumplido para todas las personas allí alojadas que no estuvieran acusadas de delitos contra la vida y la integridad física, o delitos sexuales, o no hubieran sido condenadas por ellos, exigiéndose, en ese caso específico, la realización previa de exámenes criminológicos.

V. PERSPECTIVAS

Brasil tiene actualmente la tercera población carcelaria más grande del mundo, por detrás de Estados Unidos y China, y el crecimiento de su tasa de encarcelamiento se ha destacado de la media regional, a pesar de que en los

últimos años se ha producido una disminución del ritmo de crecimiento¹⁰. Según el DEPEN, en diciembre de 2023 la población carcelaria brasileña era de 644 316 presos, con 488 035 plazas en el sistema penitenciario y un déficit de 156 281 plazas¹¹.

En este contexto, la superpoblación carcelaria y las violaciones de los derechos humanos resultantes de las precarias condiciones de detención en los lugares de privación de libertad se han convertido en un problema grave y estructural, que no puede resolverse mediante medidas paliativas a corto plazo. En el caso brasileño, el hacinamiento y las malas condiciones carcelarias fueron reconocidos por el STF en la ADPF 347, que se refirió a ello como un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario (PORTAL STF, 2023). Cabe destacar que dicha decisión fue objeto de críticas, ya que reconoció graves violaciones en el ámbito penitenciario, pero no adoptó medidas efectivas para resolver este problema a corto plazo.¹²

Cabe destacar que, en todo el mundo, el número de personas privadas de libertad ha aumentado, aunque a un ritmo menos acelerado (24 %), desde el año 2000, en comparación con el aumento estimado de la población en general (28 %). Sin embargo, se pueden identificar diferencias entre continentes o entre países del mismo continente en lo que respecta a las variaciones en la población carcelaria. La población carcelaria europea se redujo en un 27 %, mientras que en la Oceanía hubo un aumento del 82 % y en las Américas del 43 %, destacando un aumento del 200 % en América del Sur.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

No es fácil establecer las causas del hacinamiento carcelario y este es un tema al que se han dedicado investigadores de todo el mundo. En términos generales, se tienen en cuenta causas externas e internas al sistema de justicia penal. Ha prevalecido la idea de que la explicación de las variaciones en las tasas de encarcelamiento debe elaborarse a partir de la influencia de los factores inherentes al sistema penal en la población carcelaria. Los factores internos

¹⁰ JAPIASSÚ/ FERREIRA: *Superpopulação carcerária e direitos humanos*, p. 31.

¹¹ SISDEPEN – Secretaria Nacional de Políticas Penais, Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENAPPEN lança Levantamento de Informações Penitenciárias referentes ao segundo semestre de 2023. Publicado em: 25 mar. 2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-segundo-semester-de-2023>>. Acesso em: 09 ago. 2025.

¹² VALOIS, L.C.: *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 20.

son: legislación penal más severa; opción por la persecución penal de determinados delitos; decisión judicial de optar por penas privativas de libertad; aumento de la duración media de las penas; y ejecución penal más dura.

La reversión de esta situación parece pasar, necesariamente, por el uso de tecnologías modernas en el sistema penitenciario, para reducir las violaciones de derechos, como en el caso del *escáner* corporal y el uso de la inteligencia artificial. Parece necesario imaginar nuevas sanciones en el mundo virtual, en lugar de seguir con las medidas tradicionales.

Así, a pesar de que la reforma penal de 1984 expresaba un objetivo de descongestión carcelaria, reiterado por la Constitución de 1988, en el período más libre y democrático de la historia brasileña, se recurrió a las penas privativas de libertad como nunca antes. Sea como fuere, es necesario reflexionar sobre la paradoja brasileña, en la que existe un desajuste entre lo que pretendía la reforma penal y la realidad carcelaria.

170. REINFORCING EU CORE VALUES IN CRIMINAL JUSTICE: INSIGHTS FROM THE HIGH-LEVEL FORUM ON THE FUTURE OF EU CRIMINAL JUSTICE

KATALIN LIGETI

*Professor of European and International Criminal Law
University of Luxembourg*

The rule of law and the ideal of European integration are deeply embedded in the legal writings and lifelong contributions of Prof. José Luis de La Cuesta, whose scholarship has profoundly shaped the thinking of generations of criminal lawyers worldwide. This article pays tribute to his work and argues that the future development of EU criminal justice must be firmly anchored in a value-based approach.

Since the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), there has been a tradition of establishing a criminal policy programme for the EU in which both Member States and EU institutions set out their vision for the subsequent five-year period (eg, the Tampere Programme¹, the Hague Programme², the Stockholm Programme³). Since 2009, the EU has made use of the new possibilities introduced by the Treaty of Lisbon to undertake several legislative initia-

¹ Council of the European Union, *Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999* (16 October 1999), available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

² Council of the European Union, *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union* (2005) OJ C 53/1, available at: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>.

³ Council of the European Union, *The Stockholm Programme – An Open and Secure Europe Serving and Protecting the Citizens* (2010) OJ C 115/1, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)).

tives in the field of criminal law⁴. While many of these instruments have already been implemented, the implementation work that remains for the coming years is substantial. This largely explains the current focus of most Member States on the implementation of existing instruments. Nevertheless the EU Commission rightly believed the moment was ripe to take stock of the developments since the Treaty of Lisbon's entry into force and reflect on a vision for the next five years. To this end, the Commission launched a High-Level Forum⁵ involving representatives of the EU Members States, the EU criminal justice agencies and bodies, representative bodies of different branches of criminal law practice, and academics. Together with the Commission, these actors discussed emerging challenges (eg, digitalisation and privatisation of criminal justice, penal populism) and external factors (eg, new geopolitical tensions) that will inevitably shape the EU's future criminal policy. In this context, the EU needs to demonstrate its own power, both internally and externally, and to extend this assertion to its criminal policy. It is essential to recognise that the AFSJ is an integral part of the broader EU *acquis*, which is founded on core values and must be considered holistically⁶.

This contribution reflects on the future of EU criminal justice and is based on the author's statement at the opening of the High-Level Forum. It argues that future EU criminal policy should prioritise the protection of EU core values, enshrined in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU)⁷, and identifies key challenges that risk undermining those values. It then outlines areas in which action at EU level may be needed, both within the current institutional mandate and in the longer term.

I. CORE VALUES OF CRIMINAL JUSTICE AS A STARTING POINT FOR DEVELOPING A VISION FOR THE NEXT FIVE YEARS

The EU is founded on shared values laid down in the EU Treaties (eg, rule of law, democracy, human rights)⁸. These values not only embody com-

⁴ See, for example, Council of the European Union, *European Union instruments in the field of criminal law and related texts* (December 2019), available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/648bf528-14d7-11eb-b57e-01aa75ed71a1/>.

⁵ For the agenda of the High-Level Forum on the Future of EU Criminal Justice, see the official website of the European Commission, available at: https://commission.europa.eu/high-level-fora-justice-growth-and-future-eu-criminal-justice_en.

⁶ HERLIN-KARNELL E, 'All Roads Lead to Rome: The New AFSJ Package and the Trajectory to Europe 2020' *Eucrim* 1 (2014) 28.

⁷ Consolidated Version of the Treaty of the European Union [2012] OJ C 326/13.

⁸ Article 2 of the TEU explicitly states that 'The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities'.

mon constitutional principles but also underpin the criminal justice systems of the Member States. In the 2011 Commission Communication ‘Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law’⁹ and in the 2012 EP Resolution ‘An EU approach to criminal law’¹⁰, the EU Commission and the European Parliament respectively emphasised the importance of these foundational values to such essential standards of criminal justice as human rights, the principles of culpability, legality, and proportionality, the presumption of innocence, *ultima ratio*, *ne bis in idem*, etc. Against the backdrop of rising penal populism and the digitalisation and privatisation of criminal justice, all of which pose risks to democracy, human rights, and the rule of law, it is important the EU stress these core values in any future vision. Adopting a value-based approach could promote a coherent strategy for EU legislation on criminal law.

This approach is not new, as the EU has long promoted these values through both the caselaw of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and EU legislation¹¹. Furthermore, these values are reflected and further developed in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). In recent years, however, several Member States have faced serious challenges to the principle of judicial independence from political interference, and structural shortcomings. In this context, the CJEU has played a crucial role in promoting and upholding the rule of law¹².

Furthermore, fundamental rights have placed limitations on uncritical law-enforcement cooperation under the principle of mutual recognition. In its landmark *Aranyosi and Căldăraru* judgment, the CJEU recognised a basis for refusing a European Arrest Warrant (EAW) in instances where concerns about violations of absolute rights (ie, prohibition of torture and inhuman or degra-

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law (COM/2011/573 final), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0573>.

¹⁰ European Parliament, Resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law (2010/2310(INI)) OJ C 264E/7, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CE.2013.264.01.0007.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2013%3A264E%3ATOC>.

¹¹ In this regard see, Mitsilegas V, ‘The Normative Foundations of European Criminal Law’, in Schütze R. (ed), *Globalization and Governance* (Cambridge, Cambridge University Press 2018) 418–452.

¹² Most notably in Poland and Hungary, judicial reforms were enacted which threatened fair-trial guarantees under the EU legal framework. In *Commission v Poland*, the CJEU concluded that the judicial reforms in Poland violated EU law by undermining judicial independence (C-619/18, *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2019:531). In *AK and Others*, the CJEU found that Poland’s Disciplinary Chamber did not meet the requirements of independence and impartiality under Article 47 CFR (C-585/18, C-624/18, C-625/18, *AK and Others*, ECLI:EU:C:2019:982). In *Commission v Hungary*, the CJEU held that Hungary’s forced retirement of judges violated EU law by undermining judicial independence (C-286/12, *Commission v Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687).

ding treatment or punishment)¹³ arose due to unacceptable prison conditions in the issuing Member State¹⁴. This judgment led to the development of a two-step test to assess the risk of fundamental-rights violations, requiring an examination of both the existence of systemic or generalised deficiencies affecting the protection of the rights concerned, and the presence of individual circumstances exposing the person concerned to a real risk¹⁵. Subsequent caselaw has built upon *Aranyosi and Căldăraru*, with the CJEU extending this reasoning to rights beyond Article 4 of the Charter¹⁶.

The CJEU's caselaw on this two-step test has since been codified in several mutual-recognition instruments (including the EIOD¹⁷, the E-evidence Regulation¹⁸, and the Regulation on freezing and confiscation orders¹⁹), which all include clauses for refusal based on fundamental-rights considerations. In addition, the EU has adopted secondary legislation aimed at approximating the procedural rights of suspects and accused persons, as well as strengthening victims' rights²⁰. In the field of substantive criminal law, the EU has put forward a Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law²¹ and more recently enacted a Directive on combatting violence against women and domestic violence,

¹³ Article 3 of the European Convention on Human Rights and Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('Charter').

¹⁴ C-404/15 and C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

¹⁵ In this regard, see also C-220/18 PPU, *ML*, ECLI:EU:C:2018:589 and Case C-128/18, *Dorobantu*, EU:C:2019:857.

¹⁶ Further extending this framework, the CJEU in *LM* applied the *Aranyosi* criteria to situations where judicial independence—and consequently the rule of law—was compromised in the issuing Member State, examined through the lens of the right to a fair trial enshrined in Article 47 of the Charter (C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v LM*, ECLI:EU:C:2018:586). In another landmark decision, *Gavanozov II*, the CJEU ruled that the European Investigation Order Directive (EIOD) precludes any Member State legislation that lacks legal remedies against the issuance of an EIO for searches, seizures, and witness interviews via videoconference. The availability of legal remedies thus emerges as a prerequisite for the issuance of an EIO, thereby upholding the right to an effective legal remedy (Case C-852/19, *Gavanozov II*, ECLI:EU:C:2021:902).

¹⁷ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters (2014) OJ L 130/1.

¹⁸ Regulation (EU) 2023/1543 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings (2023) OJ L 191/118.

¹⁹ Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders (2018) OJ L 303/1.

²⁰ In this regard, see the official website of the European Commission, available at: https://commission.europa.eu/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-fundamental-rights-eu/known-your-rights/justice/presumption-innocence-and-right-defence_en.

²¹ Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law (2008) OJ L 328/55.

which aims to protect equality between women and men and non-discrimination²².

Threats to the core values of criminal justice are not confined to national or EU legal orders but have also attracted the attention of the international community, highlighting their global dimension. This is illustrated by the five-year agenda of the International Association of Penal Law (AIDP), which is devoted to examining the ‘Core Values of Criminal Justice Systems’²³.

Against this background, the next section will first outline the key challenges that any future EU criminal policy must address, before turning to the areas where further legislative action may be envisaged.

II. MAIN CHALLENGES AND NEEDS AS DRIVERS FOR A FUTURE VISION

Since the entry into force of the Treaty of Lisbon, noteworthy progress has been achieved in the development of EU criminal law. Nonetheless, several areas remain largely unaddressed. Article 83(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)²⁴ empowers the European Union to approximate substantive criminal law where this is necessary to ensure the effective implementation of Union policies that have already been subject to harmonisation. As early as 2011, the Commission’s Communication on EU criminal policy identified several harmonised policy fields in which criminal law enforcement could play a meaningful role—such as food safety, intellectual property rights, road traffic, economic and financial policy, and the internal market. Despite this, no corresponding EU-level criminal law provisions were subsequently adopted. A similar situation arises with respect to Article 82 TFEU, where certain competences—such as mechanisms for preventing and resolving conflicts of jurisdiction or establishing minimum rules on the admissibility of evidence—have remained unused. This raises a fundamental question whether further legislative action is necessary at EU level.

Addressing this question requires taking into account the principal challenges currently faced by national criminal justice systems. Without claiming

²² Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on combating violence against women and domestic violence (2024) OJ L, 2024/1385.

²³ AIDP-IAPL XXIIth International Congress of Penal Law, *Concept Paper on Core Values for Criminal Justice Systems* (2 July 2024), available at: <https://www.penal.org/sites/default/files/files/AIDP-Concept%20PaperXXIIthPenalCongressFinal.pdf>.

²⁴ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/47.

to be exhaustive, at least five developments warrant particular consideration: the expansion of cross-border criminal activity; the impact of digitalisation; the increasing privatisation of criminal justice functions; the phenomenon of penal populism; and the persistent problems of prison overcrowding and inhumane conditions of detention.

Cross-border crime is more prevalent today than ever before. While the phenomenon itself is not new, its scope and complexity have grown considerably in recent years²⁵. Against this backdrop, the challenges associated with cross-border crime underscore the need for deeper and more effective cooperation—both within the European Union and in its relations with external partners.

The second major challenge concerns the far-reaching digitalisation of contemporary society. On the one hand, the increasing use of digital technologies by criminal justice authorities raises significant questions from the perspective of defendants, particularly regarding procedural safeguards, such as the equality of arms. On the other hand, the widespread integration of digital technologies—and in particular AI-driven systems—into everyday life has generated new vulnerabilities that have been systematically exploited by criminal groups. These developments have facilitated both the creation of novel tools for committing offences and the emergence of entirely new forms of criminal activity²⁶.

A further, closely interrelated development—partially linked to the broader digitalisation of society—concerns the growing involvement of private actors in the functioning of criminal justice systems. This trend is reflected in several domains, including the increasingly prominent role of service providers in evidence-gathering, the responsibilities placed on digital platforms to detect and remove illicit content, and the expanding practice of private investigations. While fulfilling these functions, private entities may be required—either *de jure* or *de facto*—to exercise forms of discretion or make evaluative judgments that have traditionally fallen within the exclusive remit of public authorities. This shift raises important normative and procedural questions regarding accountability, transparency, and the proper allocation of core criminal justice functions²⁷.

²⁵ According to the Frontex Risk Analysis for 2023/2024, numerous forms of cross border criminal activity increased significantly over the past year. In this regard, see Frontex, *Risk Analysis for 2023/2024*, available at: https://www.frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/ARA_2023.pdf.

²⁶ A prominent example is the proliferation of cryptocurrencies. In this regard, see Europol, *Europol Spotlight, Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal offences* (January 2022), available at: <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Europol%20Spotlight%20-%20Cryptocurrencies%20-%20Tracing%20the%20evolution%20of%20criminal%20finances.pdf>.

²⁷ Tosza S, 'Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors' *Computer Law & Security Review* (2021) 43.

Furthermore, the rise of penal populism and the use of criminal law to address social crises –from civil unrest and hate speech to widespread corruption– raises questions about the legitimacy of using criminal law in these contexts²⁸.

Finally, prison overcrowding remains a severe and persistent issue in many EU Member States²⁹. This situation raises significant concerns regarding the fundamental rights of prisoners, in extreme cases potentially leading to inhuman and degrading treatment³⁰. Additionally, as shown by the CJEU's ruling on the EAW, such conditions can, in practice, undermine mutual trust and create obstacles to mutual recognition³¹.

The above challenges have the potential to have a transformative effect on criminal justice systems and put at risk the fundamental values underpinning them–values which, as explained above, are also EU values, and therefore relevant in shaping any vision for the future EU criminal justice. Nevertheless, it should not be forgotten that the EU –being a legal order with its own policies– has its own additional challenges. The fact that criminal law is functioning within the context of EU policies (on, eg, the internal market, the Green Deal, the security agenda, external relations, etc) requires finding solutions to the EU's specific needs that Member States cannot resolve alone.

In light of the foregoing analysis, three core priorities emerge as essential to guiding the future development of EU criminal law policy. First, greater attention should be devoted to long-standing challenges that remain insufficiently addressed–such as organised crime and persistent gaps in criminal enforcement within the banking sector. Second, EU criminal law must be equipped to respond to emerging challenges from cross-border criminality, digitalisation, and privatisation. Third, the protection of the Union's financial interests should be consolidated and strengthened, ensuring coherence and effective enforcement across the Union.

²⁸ PRATT J/ MIAO M, 'Risk, Populism, and Criminal Law' *New Criminal Law Review* 22(4) (2019) 391; and AIDP-IAPL XXIIth International Congress of Penal Law, *Concept Paper on Core Values for Criminal Justice Systems* (2 July 2024), available at: <https://www.penal.org/sites/default/files/files/AIDPConcept%20PaperXXIIthPenalCongressFinal.pdf>.

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/47.

²⁹ According to the Council of Europe's Annual Penal Statistics on Prison Populations (SPACE I 2023, Key Findings of 6 June 2024), seven Member States reported a prison density exceeding 105 inmates per 100 available places in 2023, indicating critical overcrowding. In this regard, see AEBI MF/COCCO E, *Prisons and Prisoners in Europe 2023: Key Findings of the SPACE I survey* (Council of Europe and University of Lausanne, Series UNILCRIM 2023/2), available at: <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/>.

³⁰ BURCHETT J/WEYEMBERGH A, *Prisons and detention conditions in the EU* (study requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), PE 741.374 – February 2023), available at: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

³¹ In this regard, see the judgments of the CJEU in C-404/15 and C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, C-220/18 PPU, *ML*, ECLI:EU:C:2018:589 and C-128/18, *Dorobantu*, EU:C:2019:857.

III. FOCUS AREAS FOR SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

1. **Revising the Framework Decision on organised crime**

Combating serious and organised crime has long been a priority for the European Union³². Since the Treaty of Lisbon, numerous legislative and non-legislative measures have been adopted³³. Yet these measures cannot operate effectively in the absence of clear and coherent substantive criminal law provisions. The current Framework Decision on organised crime³⁴ remains inadequate: its definition lacks precision and it contains substantive gaps that limit meaningful legal approximation³⁵. Strengthening the instrument would enhance legal certainty and promote more effective harmonisation across Member States³⁶. This need is particularly pressing given the evolving *modus operandi* of organised criminal groups, which increasingly rely on digital tools and cross-border infrastructures. A revision of the Framework Decision would therefore contribute to a more coordinated and better-adapted EU response³⁷.

2. **Effective enforcement of EU policies: banking-related crimes**

Several policy areas have undergone significant harmonisation at EU level, yet still lack corresponding criminal law enforcement mechanisms. As early as 2011, the Commission identified the banking sector as an area where criminal law might be necessary to ensure effective enforcement³⁸.

³² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the EU Roadmap to Fight Drug Trafficking and Organised Crime (COM/2023/641 final).

³³ For an overview of EU initiatives aimed at combating organised crime, see the official website of the Council of the European Union: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-fight-against-crime/>.

³⁴ Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime (2008) OJ L 300/42.

³⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the EU Roadmap to Fight Drug Trafficking and Organised Crime (COM/2023/641 final) 20.

³⁶ MITSILEGAS V, *The Council Framework Decision on the Fight against Organised Crime: What can be done to strengthen EU legislation in the field?* (study requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), PE 453.195 – 2011), available at: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120627ATT47779/20120627ATT47779EN.pdf>; and European Commission, 'Study strengthening the fight against organised crime: Assessing the legislative framework. Final report' (December 2022), available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d017f707-9e35-11ed-b508-01aa75ed71a1/language-en>.

³⁷ This intention was explicitly signalled in the Political Guidelines for the next European Commission (2024–2029) presented by Ursula von der Leyen, which announced renewed efforts to strengthen the EU's framework for combating organised crime. In this regard, see Ursula von der Leyen, Political Guidelines for the next European Commission 2024–2029 (Strasbourg, 18 July 2024), 15.

³⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on reinforcing sanctioning regimes in the financial sector (COM/2010/716 final).

In recent years, the EU has indeed advanced towards a more integrated framework of banking regulation³⁹. However, insufficient enforcement of EU rules in a single Member State can have far-reaching consequences for the stability and proper functioning of the financial system in others. This high degree of interdependence calls for a uniform and consistent application of EU standards across all Member States. Potential areas for criminalisation could include fraudulent misuse of funds, fraudulent investment schemes, fraudulent bankruptcy, and breaches of due-diligence obligations where such conduct undermines the proper functioning of the EU financial system.

3. Extension of the list of EU crimes in Article 83(1) TFEU to hate crime and hate speech

The EU is built on the principles of non-discrimination, tolerance, and respect for human rights, as enshrined in its core legal instruments. EU treaties establish a legal and moral obligation for the EU and its Member States to promote equality and combat discrimination in all forms⁴⁰.

Currently, the EU *acquis* on hate crime is fragmented and displays several shortcomings. Framework Decision 2008/913/JHA⁴¹ on hate crime establishes the bias motivation as the defining element of hate speech and hate crime on racist and xenophobic grounds. It does not extend hate speech and hate crime protections to other grounds such as sex, gender, gender identity, sexual orientation, age, disability, language, or political status and convictions, however (although certain Member States already include certain other additional grounds for hate speech and hate crime in their national laws). In addition, even though the Framework Decision was implemented in all Member States, a recent European Parliament brief illustrates existing disparities across Member States' legislation⁴².

More recent EU instruments address certain related aspects, but they do so in a piecemeal manner. The Directive on combating violence against wo-

³⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A roadmap towards a Banking Union (COM/2012/510 final).

⁴⁰ Under Articles 10 and 19 TFEU the EU commits to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age, or sexual orientation in all its policies and activities.

⁴¹ Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law (2008) OJ L 328/55.

⁴² European Parliamentary Research Service, Criminalisation of hate speech and hate crime in selected EU countries (PE 766.226 – November 2024); and European Parliamentary Research Service, 'Hate speech and hate crime: Time to act?' (PE 762.389 – September 2024).

men and domestic violence⁴³ criminalises specific forms of cyber incitement to violence or hatred on gender grounds. The Victims' Rights Directive⁴⁴ requires competent authorities to pay particular attention to victims of hate crimes and bias-motivated offences when assessing their protection needs. The Digital Services Act⁴⁵ imposes due diligence obligations on large platforms to address illegal content, including illegal hate speech.

To remedy the present shortcomings, in December 2021, the Commission invited the Parliament and Council to adopt a decision identifying hate speech and hate crime as an area of crime under Article 83(1) TFEU⁴⁶. The Council has not yet reached unanimity to adopt the decision, however as a result, the Commission addressed a joint communication to the Council and the Parliament, informing them of a series of actions across a variety of policy areas and calling the Council to adopt the decision to extend the list of EU crimes to include hate crimes and hate speech⁴⁷.

4. AI-related crimes

Needless to say, the Artificial Intelligence (AI) is set to present challenges in the future. There is a clear need for long-term strategic action. The criminalisation of AI-related crimes raises numerous questions, primarily regarding the competence of the EU and the appropriate legal basis. The Artificial Intelligence Act (AIA)⁴⁸, based on Article 114 TFEU, aims to improve the functioning of the internal market by laying down a uniform legal framework for the development, the placing on the market, the putting into service, and

⁴³ Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on combating violence against women and domestic violence (2024) OJ L, 2024/1385.

⁴⁴ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA (2012) OJ L 315/57.

⁴⁵ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (2022) OJ L 277/1.

⁴⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime (COM/2021/777 final).

⁴⁷ European Parliamentary Research Service, 'Hate speech and hate crime: Time to act?' (PE 762.389 – September 2024), 9-10, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762389/EPRS_BRI\(2024\)762389_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/762389/EPRS_BRI(2024)762389_EN.pdf)

⁴⁸ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (2024) OJ L, 2024/1689.

the use of AI systems in the Union. It also requires Member States to provide effective penalties, leaving them discretion to choose administrative or criminal sanctions. There is a case to be made for a horizontal instrument that criminalises violations of these requirements in instances where the violation is sufficiently severe, similar to the approach taken in the Environmental Crime Directive⁴⁹. Yet the broad scope of AI regulation and the diversity of potential harms complicate a single ‘one size fits all’ instrument.

Consequently, two alternatives arise. The first is sector-specific criminalisation under Article 83(2) TFEU, linked to specific harmonised policies (for example, criminalisation of offences related to driving automation to enforce road safety policies)⁵⁰. The second is to consider whether certain AI-related crimes satisfy the criteria of Article 83(1) TFEU –seriousness and cross-border dimension– thus enabling a Council decision to extend the list of EU crimes. Many AI-related offences operate through digital infrastructures that transcend borders and can cause wide-scale harm.

IV. FOCUS AREAS FOR CRIMINAL PROCEDURE

Although the EU legal framework on procedural rights in criminal matters grown over the years, various gaps and shortcomings persist. This is evidenced *inter alia* by the refusal of EAWs and EIOs on the grounds of fundamental rights violations.

1. Second round of harmonisation of procedural safeguards

With transposition of procedural rights directives completed, the EU should assess whether further minimum rules are needed. Three areas stand out.

a) LIMITED PROTECTION FOR VULNERABLE SUSPECTS

Directive 2016/800⁵¹ provides safeguards for children, but there is no comparable binding instrument for other vulnerable suspects, such as persons

⁴⁹ Directive (EU) 2024/1203 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 on the protection of the environment through criminal law and replacing Directives 2008/99/EC and 2009/123/EC [2024] OJ L, 2024/1203.

⁵⁰ GLESS S/LIGETI K, ‘Regulating driving automation in the European Union – criminal liability on the road ahead?’ *New Journal of European Criminal Law* 15(1) (2023) 33-57.

⁵¹ Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings (2016) OJ L 132/1.

with mental disabilities. The need for such safeguards was recognised in the 2009 Roadmap (Measure E)⁵², yet EU action has remained limited to a 2013 Commission Recommendation⁵³. Additionally, the five procedural rights Directives applicable to adult suspects and accused persons contain very generic and limited provisions for ‘vulnerable’ individuals, obliging Member States to consider any special needs they may have during the implementation of these Directives⁵⁴. Studies indicate that implementation has been weak and that divergences undermine mutual trust and the effectiveness of cross-border cooperation⁵⁵. Furthermore, digitalisation can alleviate certain vulnerabilities but can also create new challenges, reinforcing the need for tailored safeguards⁵⁶.

b) SPECIFIC PROCEDURAL SAFEGUARDS ADAPTED TO THE DIGITAL SETTING

Currently, only the Directive on access to a lawyer contains limited provisions relevant to digital communication with a lawyer⁵⁷. Given the increasing integration of technology, the EU should explore the digitalisation of those procedural rights susceptible to digitalisation—namely the rights to interpretation, translation, access to the case file, legal assistance and legal aid, and to be present at trial⁵⁸. Particularly, it can explore the use of videoconferencing to connect the accused with their lawyer, an interpreter, or the court itself, and the use of AI to ensure access to the case file or the translation of legal documents⁵⁹. A

⁵² Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (2009) OJ C 295/1.

⁵³ Commission Recommendation of 27 November 2013 on procedural safeguards for vulnerable persons suspected or accused in criminal proceedings (2013) OJ C 378/8.

⁵⁴ In this regard, see Case C-530/23, in which the CJEU was asked to clarify the scope of procedural safeguards applicable to vulnerable persons in criminal proceedings, thereby highlighting the need for further clarification in this area (C-530/23, *Criminal proceedings against K.P. [Barato]*, EU:C:2025:322).

⁵⁵ European Commission and Milieu Consulting SRL, *Procedural safeguards for vulnerable adults who are suspects or accused persons in criminal proceedings (exploratory study). Final report* (2023), available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0e70975c-c9fa-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en>.

⁵⁶ ALLEGREZZA S/BERNARDINI L, ‘Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal Matters - Nailed It on the First Try?’ (*EU Law Live*, 5 October 2024).

⁵⁷ Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty (2013) OJ L 294/1.

⁵⁸ KLIP A, ‘The Right to be Present Online’ *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 32(1) (2024) 1–14; Allegrezza/Bernardini, ‘Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal’.

⁵⁹ In this direction, the EU has funded the DigiRights (Digitalisation of Defence Rights in Criminal Proceedings) project to map and assess current digital practices of these rights, with the goal of proposing European guidelines for their digital application. In this regard, see Beazley A, *DigiRights Comparative Report* (11 December 2025). For more on this project, see: <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/projects-details/43252386/101056667/JUST2027>.

relevant question now is whether the EU should revise the existing framework or introduce new directives to accommodate these changes.

c) SPECIFIC PROCEDURAL SAFEGUARDS TO CHALLENGE AI EVIDENCE

Advancements in technology, including AI, have the potential to provide valuable new sources of information, offering opportunities for more accurate fact-finding in criminal trials. In Europe today, AI is applied either to analyse real evidence, such as large sets of documents or data, such as Hansken (AI-filtered evidence), or to produce evidence, as in face-recognition technologies (AI-generated evidence)⁶⁰.

The use of AI technology to filter or analyse evidence creates an imbalance between Law Enforcement Authorities (LEAs) and the defence. AI-generated evidence is even more problematic as the defence needs to verify the reliability (the degree to which a result can be expected to occur again under similar circumstances) and validity (ie, the extent to which the AI system properly achieve its intended purpose) of the evidence⁶¹. To address these problems and safeguard fairness, the following three rights could be considered: (1) a right to digital discovery (going beyond the right to access to the case file); (2) a right to search for exculpatory evidence; and (3) a right to digital forensic expertise (going beyond the right to legal assistance)⁶².

2. Harmonisation of certain investigative measures (videoconference, search)

Remote participation in court hearings by videoconference is increasingly used across Member States with notable differences in scope, requirements, and applicable safeguards in the different Member States⁶³. In light of

⁶⁰ For this definitional distinction, see Ligeti K, 'Unpacking AI Evidence and (Re-)Defining Procedural Safeguards in Digital Investigations' in Ligeti K (ed), *AI Evidence and Criminal Proceedings* (Oxford, Bloomsbury Publishing, 2026).

⁶¹ On these questions, see LIGETI K, *AI Evidence and Criminal Proceedings* (Oxford, Bloomsbury Publishing, 2026).

⁶² For a detailed analysis on these proposed rights, see Ligeti, 'Unpacking AI Evidence and (Re-)Defining Procedural Safeguards in Digital Investigations'.

⁶³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The 2025 EU Justice scoreboard (COM/2025/375 final), available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en.

this, the harmonisation of rules on the use of videoconferencing technology for the participation of suspects and accused persons in court hearings could be considered. A key policy choice is whether EU rules should focus only on cross-border scenarios (based on Article 82(1) TFEU) or should also extend to domestic criminal procedures under Article 82(2)(d) TFEU.

In this point, it should be pointed out that digitalisation requires a robust IT infrastructure that can support secure communication, data exchange, and processing across different jurisdictions⁶⁴. It is thus only reasonable to infer that the expansion of videoconferencing and other distance-communication technologies to additional aspects of criminal proceedings will only be viable when national laws and courtrooms can in practise permit such extensions⁶⁵.

In addition, certain traditional investigative measures merit reconsideration. Directive 2013/48⁶⁶ lists measures during which suspects have, as a minimum, the right for their lawyer to attend, such as identity parades and reconstructions. House searches are similarly intrusive, often occur unexpectedly, and carry risks of unintentional self-incrimination. Searches frequently precede or coincide with arrest and immediate questioning. In light of ECtHR case law and the practical risks involved, amending the Directive to include access to a lawyer during searches could strengthen the protection of defence rights.

V. CONCLUDING REMARKS

The evolution of EU criminal justice has always reflected the broader trajectory of European integration: a gradual but steady deepening of cooperation driven by shared values, common interests, and the recognition that no Member State can effectively confront contemporary criminal-law challenges alone. As this contribution has shown, the Union now faces a dual imperative. On the one hand, it must address long-standing gaps in substantive and procedural criminal law –particularly in fields where harmonised EU policies are not yet matched by coherent enforcement mechanisms. On the other, it must equip itself to respond to new and rapidly developing challenges, including the growth of cross-border criminality, the profound implications of digitalisation

⁶⁴ ALLEGREZZA/BERNARDINI, 'Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal Matters'.

⁶⁵ ALLEGREZZA/BERNARDINI, 'Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal Matters'.

⁶⁶ Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty (2013) OJ L 294/1.

and AI, and the increasing involvement of private actors in criminal justice functions.

These challenges are not merely technical or operational; they touch on the foundational values that underpin both the Union and its criminal justice systems. The rule of law, fundamental rights, equality, and judicial independence are not abstract principles –they are conditions for the legitimacy and trust without which EU criminal law cannot function. Ensuring that future initiatives in this field are firmly anchored in a value-based approach is therefore not only normatively desirable, but practically indispensable. Mutual recognition, effective judicial cooperation, and public confidence in the Union’s criminal justice project all depend on it.

As the EU enters a new institutional cycle, three priorities emerge with particular clarity. First, the Union must finally address substantive shortcomings in areas where fragmentation undermines effective enforcement, including organised crime and banking-related offences. Second, it must anticipate and regulate new forms of criminal behaviour and evidentiary challenges stemming from digitalisation and AI, ensuring that technological innovation does not come at the expense of procedural fairness. Third, it must reinforce the role of EU bodies tasked with protecting the Union’s financial interests, ensuring coherence, operational capacity, and a high level of protection throughout the EU.

The legacy of Prof. José Luis de La Cuesta –whose scholarship has consistently underscored the importance of values, legality, and human dignity in criminal justice– offers a powerful guiding compass for this future trajectory. His work reminds us that criminal law, particularly at the supranational level, must remain anchored in principles that safeguard both individual rights and the integrity of democratic institutions.

In this spirit, the future of EU criminal justice should be envisioned not merely as a technical exercise in harmonisation, but as an ongoing commitment to ensuring that the Union’s responses to crime remain effective, coherent, and faithful to the values on which the European project is built.

171. ARQUITECTURA Y FUENTES DEL CUMPLIMIENTO TÉCNICO EN EL REGLAMENTO (UE) 2024/1689 SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) 2024/1689 del PE y del Consejo, de 13 de junio de 2024¹ (en adelante RIA) marca un punto de inflexión en la regulación tecnológica europea². Frente a la autorregulación ética y voluntaria de etapas anteriores, el RIA consolida un modelo de gobernanza híbrida, basado en la prevención *ex-ante* y en la cooperación público-privada³, que redefine la relación entre Derecho y técnica. Los principios de transparencia, equidad o no discriminación se convierten ahora en obligaciones verificables, integradas en

¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). (DOUE núm. 1689, de 12 de julio de 2024).

² Sin menospreciar el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, *Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*, de 5 de septiembre de 2024, pues se trata de una norma de más amplio espectro, lo cierto es que su nivel de detalle es muy inferior al del RIA y su futuro es muy incierto.

³ LASCUARAIN, J.A./NIETO MARTÍN, A.: «Las fuentes de los programas de cumplimiento normativo», en *El Almacén del Derecho*, Ene 17, 2024, disponible en <https://almacendederecho.org/las-fuentes-de-los-programas-de-cumplimiento-normativo> (último acceso 19/09/2025).

una *lex artis organizativa* orientada a garantizar seguridad, trazabilidad y responsabilidad en el diseño y uso de la IA.

Desde la perspectiva del *compliance*, el RIA obliga a incorporar al programa de cumplimiento un conjunto de fuentes extrapenales y de marcado componente técnico. Es algo muy habitual como viene señalando Nieto Martín desde hace mucho tiempo, pues los sistemas de cumplimiento «vienen ya dados en gran medida por normas extrapenales; la tarea es integrarlos en el Derecho Penal y, en sentido amplio, en la responsabilidad corporativa»⁴. En la misma línea, pero específicamente pensando en la IA, Mongillo ha subrayado que la política regulatoria en materia de IA será decisiva para trazar la frontera entre riesgo permitido y riesgo jurídicamente relevante⁵.

Con todo, no es tarea de este trabajo abordar los múltiples desafíos que plantea la IA para la responsabilidad penal⁶ más allá de las pinceladas que haremos al final sobre el principio de legalidad y la accesoriedad. Por el contrario, esta contribución se limita a contextualizar el RIA, identificar los elementos nucleares del *compliance* algorítmico –con especial atención a la evaluación de riesgos– y analizar su sistema de fuentes técnicas, en particular las normas armonizadas, las especificaciones comunes y las soluciones técnicas equivalentes.

II. DE LO ÉTICO A LO VINCULANTE

La evolución del régimen jurídico aplicable a la IA en la UE ha seguido una trayectoria similar a la observada en otros sectores caracterizados por alta complejidad técnica, incertidumbre regulatoria y riesgo sistémico. El tránsito desde modelos de gobernanza basados en principios éticos, códigos voluntarios o estándares técnicos no vinculantes –en suma, formas de *soft law*– hacia

⁴ NIETO MARTÍN, A.: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en *Temas de Derecho Penal económico: empresa y compliance*, *Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, p. 181.

⁵ MONGILLO, V.: «Corporate criminal liability for AI-Related Crimes: Possible legal Techniques and Obstacles», en Picotti, L./Panattoni, B. (eds.): *Traditional Criminal law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?*, International Colloquium Section I, Siracusa, 15-16 September 2022, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 94, Issue 1, p. 82. Del mismo autor, «Responsabilità da reato degli enti e crimini connessi all'intelligenza artificiale...», en *Archivio Penale*, 2024, n.º 2, p. 17.

⁶ Sobre esta cuestión *vid.* el reciente *paper* del homenajeado en coautoría con ODRIÓZOLA GURRUTXAGA: «Inteligencia artificial y responsabilidad penal cuestiones de parte general y especial en la perspectiva de la Asociación internacional de Derecho Penal», en González Richard, M.:/Poelemans, M. (coords.): *Estudios sobre los efectos de la aplicación de la inteligencia artificial en el sistema jurídico*, 2024, Ed. Bosh, pp. 497-507.

sistemas normativos formalizados, con obligaciones jurídicas estructuradas y mecanismos de verificación —es decir, *hard law*— es un fenómeno transversal que puede observarse en sectores como el financiero, el medioambiental, el farmacéutico, la protección de datos y más recientemente en materia de diligencia debida empresarial. Se trata de sectores en los que suele predominar la innovación técnica dificultando el consenso político para afrontar una regulación vinculante al entrar en tensión el interés general con incentivos económicos. El RIA se inserta en esta tradición, pero lo hace con un nivel de sistematización y ambición jurídica sin precedentes en el campo tecnológico.

Durante años, la gobernanza de la inteligencia artificial estuvo dominada por marcos éticos de naturaleza voluntaria, como las *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* del Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Comisión Europea, las Recomendaciones de la UNESCO (2021), los principios sobre IA de la OCDE o el marco *AI4People*. Estos instrumentos han sido decisivos para fijar una base común de valores (transparencia, equidad, responsabilidad, no discriminación), pero su impacto normativo ha sido limitado por su carácter no vinculante y por la ausencia de mecanismos eficaces de control y verificación.

El RIA supone un punto de inflexión porque deja de centrarse solo en su eficacia y pasa a incluir su alineación con valores jurídicos y sociales, imponiendo deberes concretos a los proveedores y desarrolladores de sistemas de IA, especialmente aquellos clasificados como de alto riesgo (art. 6 RIA).

La introducción de obligaciones técnicas y procedimentales integradas en el diseño organizativo convierte a los operadores en co-responsables de la gestión de los riesgos algorítmicos. El RIA instaure así una co-regulación estructurada mediante la cual el sector privado conserva autonomía técnica, pero dentro de un marco sometido a validación y supervisión institucional.

Entre las obligaciones técnicas más relevantes destacan la evaluación de riesgos (art. 9), la implementación de sistemas de gestión de calidad (art. 17), el seguimiento post-comercialización (art. 61), y la mejora y actualización continua (considerando 60, art. 9.2 RIA). Estas exigencias requieren una infraestructura organizativa estable y trazable, con controles internos y externos, y se complementan con mecanismos formales de supervisión como la evaluación de conformidad (arts. 43–47) y el marcado CE (art. 48). En otras palabras, el RIA encarna una lógica de *compliance* estructural, orientada a prevenir y mitigar riesgos desde el diseño y durante todo el ciclo de vida del sistema de IA.

III. ANALOGÍAS ENTRE EL *COMPLIANCE* PENAL Y EL ALGORÍTMICO CON ESPECIAL REFERENCIA AL ANÁLISIS DE RIESGOS

El cumplimiento normativo en materia de IA converge con elementos esenciales del *compliance* penal. Las similitudes no son solo conceptuales –prevenir daños y reducir infracciones–, sino también estructurales (modelos organizativos, protocolos, sistemas de supervisión), funcionales (asegurar el respeto a la legalidad aplicable) y jurídicas (mitigar sanciones y responsabilidades asociadas al incumplimiento). Esta convergencia es coherente con el fenómeno de la autorregulación regulada⁷ en donde, sobre todo en sectores especialmente técnicos o complejos, el legislador impone objetivos y deberes, y exige a las organizaciones que los traduzcan en controles internos. Como recuerda Nieto Martín «el Derecho administrativo (...) aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento»⁸.

Simplificando podría decirse que ambos marcos comparten dos pilares. Por un lado, la adopción de medidas organizativas idóneas para prevenir o reducir riesgos y, por el otro, la existencia de mecanismos de control y documentación. En el *compliance* penal se exige una función de supervisión con capacidad de iniciativa y control. En el RIA, aunque no se institucionaliza un «*compliance officer*», se impone un sistema de gestión de la calidad (art. 17) que obliga, *de facto*, a asignar responsabilidades y recursos, y a documentar procedimientos de diseño, validación, control de cambios y comunicación. Ese sistema se articula con la gestión de riesgos a lo largo del ciclo de vida (art. 9), la gobernanza de datos (art. 10), la documentación y trazabilidad (arts. 11-12), la transparencia y supervisión humana (arts. 13-14) y la vigilancia poscomercialización y notificación de incidentes (arts. 61 y 72-73). A ello se suma una dimensión formativa propia, ya que junto a la formación interna típica del *compliance* penal, el RIA exige alfabetización en IA para los operadores de la cadena de valor (consid. 20 y art. 4).

Además, el cumplimiento no es estático. En la *compliance* penal se exige una revisión periódica, especialmente ante incidentes o cambios normativos, mientras que el RIA impone una evaluación continua del rendimiento (art. 17)

⁷ Sobre los tipos de autorregulación, *vid.* ARROYO JIMÉNEZ, L.: «Introducción a la autorregulación», en Nieto Martín, A./Arroyo Jiménez, L.: *Autorregulación y sanciones*, 2015, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 27 y ss.

⁸ NIETO MARTÍN, A.: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Nieto Martín, A.: *El cumplimiento normativo como estrategia político-criminal*, Ed. Hammurabi, 2022, p. 32.

y seguimiento poscomercialización (art. 61). Pese a las diferencias –por ejemplo, el RIA no replica canales internos de denuncia o regímenes disciplinarios–, en ambos marcos la clave es la misma, esto es, la evaluación de riesgos como presupuesto para diseñar controles eficaces.

La evaluación de riesgos puede parecer, al menos inicialmente, distinta en cada ámbito. En el *compliance* penal suele centrarse en riesgos conductuales y organizativos vinculados a la actuación de personas dentro de la entidad (corrupción, conflictos de interés, intermediarios, etc.)⁹. En palabras de Nieto Martín, la finalidad del análisis de riesgo «es detectar los delitos de más probable comisión, los sectores de la actividad más afectados y la eficacia de las medidas de control existentes»¹⁰. El RIA, en cambio, se centra en riesgos técnico-organizativos del sistema de IA respecto a la seguridad, la salud o los derechos fundamentales, conectados con su diseño, funcionamiento y contexto de uso.

Ahora bien, esa diferencia no debería conducir a una concepción «miope» del cumplimiento penal como simple estrategia para evitar una eventual condena. Parafraseando de nuevo a Nieto Martín, la tarea de las empresas no es «cumplir específicamente con el Derecho Penal», sino contar con mecanismos internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta¹¹. El objetivo no es «evitar ser castigadas», sino cumplir la regulación. De ahí la idea de la empresa como *good corporate citizen*¹². En esa lógica, compartir la cultura de legalidad es poco operativo. Incluso antes de un eventual umbral penal pueden existir daños relevantes, sanciones administrativas, litigios y pérdida de confianza que justifican una gestión preventiva integral.

Esta ampliación del perímetro preventivo resulta particularmente visible en ciberseguridad. El art. 15.5 RIA exige que los sistemas de IA de alto riesgo sean resistentes a intentos de terceros de alterar su uso, sus resultados o su funcionamiento aprovechando vulnerabilidades. A su vez, el art. 9 obliga a identificar y valorar riesgos conocidos y previsibles tanto en el uso conforme a la finalidad prevista como en usos indebidos razonablemente previsibles, además de los detectados por la vigilancia poscomercialización.

Pensemos en un sistema de acceso biométrico desplegado en una infraestructura crítica. Entre los riesgos inherentes al uso conforme a su finalidad

⁹ Vid. *Sistemas de gestión antisoborno – Requisitos con orientación para su uso*, (ISO 37001:2025), 2.ª Ed., 2025.

¹⁰ NIETO MARTÍN, A.: «Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en AA.VV.: *Manual de Cumplimiento Normativo*, 2014, Ed. Tirant lo Blanch, p. 129.

¹¹ NIETO MARTÍN, A.: «Problemas fundamentales...», *op. cit.*, p. 36.

¹² LAUFER, W.S.: «Integrity, diligence, and the limits of good corporate citizenship», en *Am. Bus. LJ*, 1997, n.º 34, pp. 157 y ss.

pueden incluirse falsos positivos en el sentido de que el sistema autoriza indebidamente el acceso a una zona sensible, con impacto en la seguridad física de personas e instalaciones. Entre los riesgos por uso indebido razonablemente previsible puede estar la introducción deliberada de entradas o patrones que degraden el modelo o eludan sus umbrales, alterando los resultados de salida. Y, a partir de la vigilancia poscomercialización, pueden detectarse desviaciones de rendimiento relevantes (por ejemplo, un aumento de falsos positivos en determinados escenarios operativos), lo que obliga a activar medidas correctoras.

La consecuencia metodológica es clara: El cumplimiento se juega en la capacidad de traducir esos riesgos en obligaciones organizativas verificables (controles de acceso, gobernanza y custodia de datos, trazabilidad de cambios, registro de incidencias, respuesta a incidentes y revisión del rendimiento). En otros términos, el RIA impulsa un modelo de cumplimiento que no se limita a declarar principios, sino que exige construir una arquitectura documentada de prevención, lo que permite entender el Reglamento como una auténtica *lex artis* organizativa para el gobierno responsable de sistemas de IA.

IV. LAS VÍAS DE CUMPLIMIENTO Y SU FLEXIBILIDAD

Como ocurre en otros sectores intensamente regulados, la carga de cumplimiento que impone el RIA a las empresas es relevante. Más allá del tópico de que «regular mata la innovación», la cuestión jurídica central es cómo cumplir cuando la norma fija obligaciones detalladas –gestión de riesgos, sistema de calidad, gobernanza de datos, registros, etc.– pero no puede (ni pretende) concretar en el propio texto cómo deben ejecutarse técnicamente. Para cubrir esa inevitable indeterminación, el RIA articula un sistema de fuentes técnicas, acompañado de presunciones de conformidad y de procedimientos de adopción diversos. En consecuencia, el cumplimiento obliga a pasar de la pregunta «¿qué dice la ley?» a «¿qué estándar la hace operativa, cómo se justifica y quién la verifica?».

Para ello se prevén tres vías de cumplimiento. La primera es la más clásica: la aplicación de *normas armonizadas* publicadas en el DOUE, que desarrollan los requisitos del RIA. Su observancia presume la conformidad con el Reglamento (art. 40). Estas normas se elaboran a partir de una solicitud de la Comisión a los organismos europeos de normalización (como CEN y CENELEC), con influencia indirecta de estándares internacionales (por ejemplo, ISO) debido a la cooperación entre organismos.

Si no existen normas armonizadas, o resultan insuficientes, se activa la segunda vía: las *especificaciones comunes* (art. 41 RIA). Se adoptan por la Comisión mediante actos de ejecución y, al igual que las normas armonizadas, su cumplimiento presume conformidad. Su carácter es subsidiario, pues solo se aprueban cuando la normalización no llega a tiempo o no se ajusta a lo solicitado. Además, pueden quedar desplazadas si posteriormente se adopta una norma armonizada sobre la misma materia (art. 41.4).

La tercera vía son las *soluciones técnicas equivalentes*, elaboradas por los propios proveedores. Funcionan como vía válida de cumplimiento siempre que sean equivalentes a las especificaciones comunes cuando existan (art. 41.5). Esta opción introduce flexibilidad –permite adaptar el cumplimiento al estado de la técnica y a los avances científicos–, pero tiene un coste, ya que normalmente exige pasar por un procedimiento de evaluación de conformidad externo (art. 43 RIA).

A este esquema debe añadirse, además, el conjunto de recomendaciones y dictámenes del Consejo de IA (art. 66 RIA), que puede –debería– incidir en la interpretación y concreción de estándares y especificaciones.

Este «modelo de fuentes técnicas» abre, al menos, tres cuestiones: (1) cómo se articula la flexibilidad con el principio de proporcionalidad; (2) si las *soluciones técnicas equivalentes* pueden favorecer un cumplimiento fragmentado; y (3) qué implicaciones tiene este sistema para principios básicos del Derecho sancionador y, en su caso, del Derecho Penal.

1. La necesidad de «proporcionalidad técnica»

Las exigencias técnicas del RIA deben aplicarse de forma proporcionada al nivel de riesgo. Ese riesgo varía según el tipo de sistema (no plantean los mismos riesgos un recomendador de contenidos que una IA que apoye decisiones médicas), el contexto de uso (entorno, usuarios finales, efectos sociales) y la capacidad técnica y organizativa de los distintos actores. Es un criterio común en ámbitos regulatorios complejos, y hoy también se proyecta sobre el *compliance* penal y la diligencia debida empresarial.

La proporcionalidad parte de una idea simple: A igual riesgo, mismas cargas; a menor riesgo, cargas menores. Además, debe considerarse el tamaño y estructura de la organización que implementa las obligaciones, pues no resulta razonable exigir el mismo nivel de documentación, entrenamiento o control a una *start-up* que a una multinacional.

Por otra parte, la proporcionalidad técnica implica evitar duplicidades y economizar medios en el cumplimiento. Por eso el art. 8.2 RIA permite integrar, cuando proceda, los procesos de prueba, la información y la documentación exigidas por el Reglamento en sistemas y procedimientos ya existentes derivados de otras normas de armonización de la Unión¹³, con el fin de garantizar coherencia y reducir cargas. Esta lógica se refuerza con ciertas presunciones de conformidad cuando ya se han superado procedimientos equivalentes en otros marcos europeos. Por ejemplo, un certificado o una declaración de conformidad conforme al *Reglamento de ciberseguridad*¹⁴ presume el cumplimiento del art. 15 RIA en materia de precisión, solidez y ciberseguridad (art. 42.2 RIA).

2. ¿Margen de adaptación o mayor fuente de inseguridad?

Las *soluciones técnicas equivalentes* permiten que los operadores diseñen sus propias medidas de cumplimiento, siempre que sean equivalentes a las especificaciones comunes de la Comisión. Esto ofrece margen para adaptar los requisitos del RIA a tecnologías, contextos y modelos de negocio concretos y, en ese sentido, actúa como un incentivo regulatorio al evitar que reglas excesivamente rígidas frenen la innovación o queden rápidamente desfasadas.

Sin embargo, esta flexibilidad tiene costes. El RIA no precisa qué debe entenderse por «equivalencia», de modo que, sin criterios objetivos claros, pueden surgir interpretaciones divergentes por parte de autoridades y tribunales, generando inseguridad jurídica sobre la validez de las soluciones adoptadas.

Además, el art. 43 RIA prevé, en determinados supuestos, una evaluación de conformidad del sistema de calidad y de la documentación técnica con intervención de un organismo notificado, especialmente cuando no existan normas armonizadas o especificaciones comunes, o cuando el proveedor decida no aplicarlas. Si distintos organismos valoran de forma diferente la equivalencia de las soluciones, el resultado puede ser una fragmentación del cumplimiento y una menor comparabilidad en el mercado europeo.

Para reducir estos riesgos, será clave el papel del Consejo de IA, en particular en sus funciones de contribuir a la armonización de prácticas adminis-

¹³ Vid. también el Considerando 64 RIA.

¹⁴ *Reglamento (UE) 2019/881 del PE y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA*. [DOUE núm. 151, de 7 de junio de 2019].

trativas (art. 66 d) y de emitir recomendaciones y dictámenes sobre especificaciones técnicas y normas aplicables a los requisitos del RIA (art. 66 e) iii)).

3. Sistema de fuentes técnico, principio de legalidad y responsabilidad penal

Si en algún caso se planteara responsabilidad penal –de una persona física o jurídica– por daños causados por sistemas de IA, el sistema de fuentes técnicas del RIA reabre un problema clásico del Derecho Penal económico: su dependencia del Derecho administrativo¹⁵. Como recuerda Nieto Martín¹⁶, el paso de la «legislación» a la «regulación» ha transformado esa accesoriedad, porque el Derecho administrativo ya no se apoya solo en ley y reglamento, sino también en fórmulas público-privadas, *soft law* y normas técnicas de origen privado (por ejemplo, estándares ISO) o incluso en autorregulación empresarial.

Esta conexión con fuentes extrapenales se produce tanto mediante elementos normativos del tipo penal (que exigen interpretar el precepto junto con normativa administrativa) como mediante leyes penales en blanco¹⁷ (remisiones, a menudo dinámicas, a normas de otros sectores). El resultado puede tensionar el principio de legalidad, en su dimensión material (taxatividad: qué regla extrapenal se ha infringido exactamente) y formal (reserva de ley: quién fija el estándar aplicable y con qué garantías de transparencia)¹⁸.

El desplazamiento desde una accesoriedad «legislativa» hacia una accesoriedad «regulatoria» acentúa el debate, porque sustituye parte de la legitimidad democrática por una legitimidad principalmente técnica. Trasladado al RIA, esto obliga a reflexionar sobre el papel que estos estándares pueden desempeñar al definir –o, al menos, orientar– el deber de diligencia empresarial, especialmente respecto de las personas jurídicas.

En los sistemas que admiten responsabilidad penal de las empresas, ésta se apoya en defectos de control y organización que permiten o no evitan delitos cometidos por personas vinculadas a la entidad. En ese marco, los estándar-

¹⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* por todos, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Accesoriedad, regulación y Derecho Penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del insider trading y de la corrupción privada*, Ed. Tirant lo Blanch, 2024.

¹⁶ NIETO MARTÍN, A.: «Introducción», en AA.VV.: *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2025, pp. 63 y ss.

¹⁷ Sobre la relación entre accesoriedad y las normas penales en blanco y elementos normativos, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Accesoriedad...*, *op. cit.*, p. 201-225.

¹⁸ NIETO MARTÍN, A.: «Introducción», *op. cit.*, p. 65.

res técnicos pueden funcionar como una *lex artis organizativa*, es decir, como criterios de referencia para valorar si la empresa adoptó medidas adecuadas para prevenir riesgos relevantes. Por ello, seguir *normas armonizadas* o *especificaciones comunes* puede operar como prueba de diligencia¹⁹, mientras que su inobservancia puede interpretarse, en sentido contrario, como señal de un posible defecto organizativo, a ponderar junto con el resto de la prueba.

Como han subrayado Lascurain y Nieto Martín²⁰, atribuir presunciones de diligencia al cumplimiento de estándares técnicos plantea un problema que se mueve en dos planos inseparables: eficacia y legitimidad.

En cuanto a la eficacia, la discusión suele oscilar entre una valoración holística y otra más selectiva²¹. El enfoque holístico atiende al funcionamiento global del programa: no solo a los controles directamente ligados al riesgo materializado, sino también al «ambiente de control» o cultura de cumplimiento (compromiso de la dirección, formación, reacción ante infracciones, etc.)²². Desde esta perspectiva, estándares y certificaciones pueden tener mayor valor indiciario, porque reflejan una organización que funciona de manera ordenada. El enfoque selectivo, en cambio, relativiza ese peso y exige comprobar caso por caso si existían y operaban los controles específicos capaces de prevenir el hecho concreto. En una línea próxima a la primera aproximación, la STS 154/2016, de 29 de febrero, se inclina por una evaluación global de la eficacia del modelo, sin perder la conexión con el riesgo enjuiciado.

Respecto la legitimidad, debe considerarse que los estándares técnicos –especialmente los de origen privado o voluntario– pueden incorporar sesgos o intereses de parte. Por ello se insiste en la necesidad de transparencia, participación de interesados (*stakeholders*) y garantías en su elaboración.

¹⁹ Algunos ordenamientos han positivizado el papel de la estandarización. En Italia, existe presunción de adecuación cuando el modelo se ajusta a determinadas normas técnicas como las ISOs. En este sentido, la *Corte di Cassazione* (Cass. pen., Sec. VI, 15.06.2022, n° 23401) ha reconocido presunciones de eficacia cuando la empresa implementa modelos de cumplimiento con base a este tipo de normas. Por ello, para imputar responsabilidad penal, la acusación debe probar detalladamente por qué en ese caso concreto el modelo que se adapta a ese estándar no fue idóneo.

²⁰ LASCURAIN, J.A./NIETO MARTÍN, A.: «¿Qué valor tienen los estándares ISO/UNE para los programas de cumplimiento?», en *El Almacén del Derecho*, Nov 9, 2023, disponible en <https://almacendederecho.org/que-valor-tienen-los-estandares-iso-une-para-los-programas-de-cumplimiento> (último acceso 16/09/2025).

²¹ GALÁN MUÑOZ, A.: «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un diagnóstico 13 años después», en *Revista de Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance*, vol. 2, 2023, pp. 12 y ss.

²² NIETO MARTÍN, A.: «La eficacia de los programas de cumplimiento: Propuesta de herramientas para su valoración», en *Revista de Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance*, vol. 1, 2023, p. 23.

Eficacia y legitimidad se condicionan mutuamente²³ en el sentido de que cuanto más legítimo y transparente sea el estándar, mayor peso podrá tener como referencia del deber de diligencia y como base de presunciones. Con todo, la determinación final del riesgo permitido y de los controles exigibles corresponde, en última instancia, al juez.

Trasladado al ámbito de la *compliance* algorítmico, el RIA deja relativamente abierto cómo se valorará la conducta del operador al graduar las sanciones administrativas. El art. 99.7 g) RIA incluye, como criterio de determinación de la sanción, «el grado de responsabilidad del operador, teniendo en cuenta las medidas técnicas y organizativas aplicadas por el infractor». Esta cláusula permite, al menos en teoría, dos lecturas: una holística, centrada en la existencia y funcionamiento del programa en su conjunto (gestión de riesgos, sistema de calidad, vigilancia poscomercialización, supervisión humana, etc.), y otra selectiva, enfocada en si existían controles específicos idóneos para evitar el riesgo que finalmente se materializó.

Así, si un sistema de reconocimiento facial utilizado con fines de seguridad pública provocara falsos positivos masivos, un enfoque selectivo pondría el acento en si el operador había implantado medidas concretas para ese riesgo (por ejemplo, umbrales de desempeño por grupos, validación con conjuntos de datos distintos a los de entrenamiento o mecanismos de desactivación cuando se supera cierto umbral de error). En cambio, una valoración holística atendería a si el sistema general de cumplimiento existía y funcionaba: calidad, evaluación continua, vigilancia y supervisión humana efectiva.

En todo caso, el RIA no configura una exoneración automática por «tener medidas», sino un criterio más a tener en cuenta (junto a otros muchos incluido el de la viabilidad económica de la empresa) de imposición y, en su caso, graduación de la sanción. Por tanto, la intensidad de la sanción puede depender de la evidencia disponible sobre la efectividad real –global o específica– de las medidas técnicas y organizativas aplicadas.

En el plano de la legitimidad, el procedimiento de adopción del estándar varía según se trate de *normas armonizadas, especificaciones comunes o soluciones técnicas equivalentes*. En ninguno de estos casos interviene directamente el legislador (europeo o nacional), lo que reabre debates conocidos sobre legitimidad en modelos de regulación técnica. En cierto modo, el sistema de fuentes del RIA recuerda a esquemas «por niveles» como los asociados al

²³ LASCUARAIN, J.A./NIETO MARTÍN, A.: «¿Qué valor tienen los estándares ISO/UNE...», *op.*, *cit.*

método Lamfalussy en materia de abuso de mercado²⁴. La legitimidad ya no se apoya tanto en la decisión parlamentaria, sino en una legitimidad técnica que exige, al menos, saber quién elabora los estándares y con qué garantías. Por ello resulta clave valorar la participación de los interesados (*stakeholders*), la transparencia y accesibilidad del procedimiento, la motivación técnica de las decisiones, la gestión de conflictos de interés y la existencia de mecanismos de revisión.

Las *normas armonizadas* son elaboradas por organismos europeos de normalización (CEN y CENELEC), a través de sus miembros nacionales (por ejemplo, UNE en España). Tras la solicitud de la Comisión, se constituyen comités técnicos de expertos que redactan borradores, sometidos a consulta pública, y posteriormente se revisan y aprueban. La cooperación con ISO es frecuente y muchas normas se desarrollan en paralelo para evitar duplicidades.

Las *especificaciones comunes*, en cambio, las adopta la Comisión mediante actos de ejecución. En su elaboración el RIA prevé cauces institucionales de participación, como el foro consultivo (art. 67), y mecanismos de control por los Estados miembros a través de la comitología (art. 98), lo que introduce un componente de supervisión pública del estándar.

Con cautela –pues el tema requiere un análisis más profundo–, pueden apreciarse diferencias relevantes en el caso de las *soluciones técnicas equivalentes*. Si como se ha indicado las *normas armonizadas* y las *especificaciones comunes* se elaboran y controlan mediante procedimientos relativamente públicos y reglados, con publicación y posibilidad de objeciones y supervisión judicial²⁵, las *soluciones técnicas equivalentes*, diseñadas por operadores privados, presentan de entrada un menor valor como parámetro objetivo de diligencia. Ello se debe a su menor institucionalización y transparencia y por depender más de validaciones caso por caso, incluso cuando exista certificación conforme al art. 43 RIA.

En efecto, en los sistemas de IA de alto riesgo, el RIA exige una evaluación de conformidad del sistema de cumplimiento. Cuando el proveedor aplica *normas armonizadas o especificaciones comunes*, esa evaluación puede realizarse, según el caso, por vía interna o externa. En cambio, si el proveedor opta por *soluciones técnicas propias*, el control debe ser externo y lo lleva a cabo un organismo notificado, esto es, una entidad privada que certifica la conformidad.

²⁴ Vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación del mercado de valores*, Ed. Reus, 2023, pp. 31 y ss. y 101 y ss.

²⁵ Las *normas armonizadas*, una vez integradas por referencia oficial, pueden ser revisadas por el TJUE. Vid. STJUE (Sala Tercera), de 27 de octubre de 2016, *James Elliot Construction Limited e Irish Asphalt Limited*, asunto C-613/14, &34.

Como advierte Nieto Martín²⁶, el valor de estas certificaciones no es equiparable –a efectos penales– al de una autorización administrativa. En el caso de la autorización, rige la confianza del ciudadano en el acto administrativo (salvo obtención fraudulenta), de modo que, por unidad del ordenamiento, la conducta autorizada difícilmente puede considerarse antijurídica penalmente. Las certificaciones privadas, en cambio, operan sobre todo como elementos probatorios. Su peso dependerá del caso y habrá de ponderarse con el resto de la prueba, ya que aquí no se proyecta del mismo modo la garantía de coherencia del ordenamiento ni la seguridad jurídica asociada al acto administrativo.

V. CONCLUSIONES

El RIA, como *lex artis* organizativa, articula un modelo de co-regulación basado en la prevención *ex-ante* mediante la introducción de sistemas de gestión y evaluación de riesgos. Con este trabajo se ha pretendido conectar su andamiaje técnico con la metodología de la *compliance penal* (art. 31 *bis* CP).

Por otro lado, el trabajo ha descrito el sistema de fuentes técnicas (*normas armonizadas, especificaciones comunes y soluciones equivalentes*) y su valor indiciario en sede sancionadora y penal. A este respecto, está por ver si las autoridades combinarán una evaluación global –calidad del sistema de gestión, cultura de legalidad, recursos y autoridad efectiva de la supervisión– con una evaluación puntual centrada en la idoneidad de los controles directamente vinculados al daño ocurrido. La recomendación sería que los programas de cumplimiento algorítmico/penal se diseñasen para superar ambas pruebas: Demostrar el buen funcionamiento sistémico y, simultáneamente, la activación y medición de los controles críticos del caso.

Finalmente, el RIA no solo especifica qué debe hacerse; impone cómo demostrar que el sistema aprende, se corrige y protege derechos en la práctica (registro de incidentes, documentación técnica, etc.). Eficacia, legitimidad y prueba convergen: Cuanto más transparente, medible y verificable sea la *compliance algorítmica*, más sólida será la posición del operador ante eventuales sanciones y, en su caso, ante la jurisdicción penal.

²⁶ NIETO MARTÍN, A.: «Introducción», *op. cit.*, p. 67.

172. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SECTOR SANITARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¹

YENIFER MURSULI YANES

Miembro de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano
Investigadora predoctoral del Grupo de Investigación en Ciencias Sociales y
Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias de la Universidad del País
Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

I. INTRODUCCIÓN

A medida que la investigación en el ámbito de la salud ha experimentado un desarrollo vertiginoso, la tecnología ha acompañado y potenciado este avance de manera inseparable. Desde los primeros sistemas expertos diseñados para apoyar la toma de decisiones clínicas, hasta las actuales aplicaciones basadas en inteligencia artificial, la incorporación de herramientas tecnológicas en la práctica sanitaria se ha convertido en un elemento estructural del progreso científico. Este fenómeno no solo refleja un cambio en los instrumentos de diagnóstico, tratamiento y gestión, sino también una transformación

¹ El presente trabajo se inscribe en el marco del Libro Homenaje al profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi. Agradezco sinceramente la invitación a participar en esta obra colectiva y dar reconocimiento a la trayectoria académica, científica e institucional del profesor De la Cuesta, cuya labor ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo del Derecho Penal y la Criminología a nivel nacional e internacional. Su compromiso con una concepción garantista del Derecho Penal, así como la solidez y continuidad de su labor investigadora a lo largo de toda su trayectoria académica, constituyen una referencia ineludible para varias generaciones de juristas e investigadores.

profunda en la concepción misma de la medicina y del papel del conocimiento en la atención a la salud.

Los beneficios derivados de esta evolución tecnológica son múltiples. La capacidad de procesar grandes volúmenes de datos clínicos en tiempo real ha permitido una mayor precisión en los diagnósticos, la personalización de los tratamientos y la optimización de los recursos sanitarios. Asimismo, la automatización de determinadas tareas administrativas o repetitivas libera tiempo para las actividades médicas, mejorando la eficiencia del sistema sanitario. En el ámbito de la investigación biomédica, las tecnologías basadas en algoritmos de aprendizaje automático han acelerado el descubrimiento de fármacos, el análisis genómico y la identificación de patrones epidemiológicos que habrían sido indetectables mediante métodos tradicionales.

La implementación de sistemas de inteligencia artificial (IA) puede fomentar una mejora crucial en la educación del paciente, así como la comunicación entre este y el médico sobre estrategias preventivas. En este sentido, los grandes modelos de lenguaje (LLM), como ChatGPT, han demostrado capacidad para ofrecer respuestas precisas y empáticas, incluyendo recomendaciones en materia de salud preventiva con elevados niveles de acierto².

Reconocer las oportunidades que ofrece la IA implica también prever y evaluar sus posibles efectos sobre los derechos de los individuos, garantizando su adecuada protección³. En este capítulo se analizarán los problemas jurídicos que plantea la IA en el sector sanitario desde una perspectiva penal, con especial atención al Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA). Para ello, se examinará, en primer lugar, la definición de IA según la legislación europea, así como su inclusión en la salud y la categoría de riesgo asignada por el reglamento.

Posteriormente, se identificarán los diferentes actores implicados en la cadena de valor de la IA en el sector sanitario, que podrían ser responsables ante un eventual error de diagnóstico o tratamiento. Luego, se examinarán algunos de los delitos previstos en el Código Penal español que podrían ser imputados en caso de materializarse tales errores. Por último, se abordarán una serie de mecanismos y medidas que deberán ser consideradas, a fin de prevenir o mitigar los riesgos asociados a la comisión de dichos delitos.

² MEDER, B./ASSELBERGS, F. W./ASHLEY, E.: «Artificial intelligence to improve cardiovascular population health», *European Heart Journal*, Vol. 46, n.º 20, 2025, p. 1909. <https://doi.org/10.1093/eurheartj/ehaf125>

³ NICOLÁS JIMÉNEZ, P.: «Los derechos sobre los datos utilizados con fines de investigación biomédica ante los nuevos escenarios tecnológicos y científicos», en *Revista de Derecho y Genoma Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º extra 1 (Ejemplar dedicado a: Uso de datos clínicos ante nuevos escenarios tecnológicos y científicos. Oportunidades e implicaciones jurídicas), 2019, p. 132.

II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A lo largo de la historia, la IA ha sido definida de múltiples maneras. Así, en la conferencia de Dartmouth celebrada en 1956, el científico estadounidense John McCarthy acuñó formalmente el término de inteligencia artificial como «la ciencia e ingeniería de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de computadora inteligentes»⁴. En la misma línea, Marvin Lee Minsky, conocido como el padre de la inteligencia artificial, decía que esta tecnología se basa en la construcción de programas informáticos, cuyas tareas son realizadas de mejor forma por los humanos, producto a su alta capacidad de aprendizaje perceptual, la organización de la memoria y el pensamiento crítico.

Desde entonces, pese a la multiplicidad de definiciones formuladas por teóricos y científicos de la computación, la IA se ha conceptualizado de forma recurrente en relación con la inteligencia humana. Si bien, en la actualidad esta tecnología no puede considerarse plenamente inteligente, en la medida en que carece de determinadas capacidades propias del razonamiento humano, su potencial desarrollo futuro resulta incuestionable.

Desde hace algunos años, las instituciones públicas han incorporado esta tecnología al debate político y normativo, impulsadas tanto por la expectativa de relevantes beneficios económicos como por su capacidad de generar valor social. Junto a estas oportunidades, el uso de sistemas de inteligencia artificial plantea riesgos significativos para los derechos fundamentales, lo que ha motivado la formulación de principios éticos, normas de conducta y reglamentos específicos destinados a armonizar su utilización, especialmente en sectores particularmente sensibles como el sanitario.

En este sentido, la Unión Europea, a raíz de la de la *Estrategia para el Mercado Único Digital*⁵, en el 2017 planteó la necesidad de situarse en una posición de liderazgo en el desarrollo tecnológico y en aplicaciones de inteligencia artificial⁶, para años más tarde, publicar una propuesta normativa, que

⁴ MCCARTHY, J.: «What is artificial intelligence?», *Computer Science Department Stanford University*, 2004, p. 2. <https://cse.unl.edu/~choueiry/S09-476-876/Documents/whatisai.pdf>

⁵ Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Bruselas, 06/05/2015.

⁶ Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos, Bruselas, 10/05/2017, pp. 25-26.

se convertiría posteriormente en la primera norma reguladora de dicha tecnología. Hablamos, nada más y nada menos que del *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*⁷.

El Reglamento de Inteligencia Artificial, aplicable en algunas de sus disposiciones desde el 2 de febrero de 2025⁸, propone una definición de sistemas de IA, con una visión concreta y a la vez, flexible⁹ que se adapta a futuros avances tecnológicos, a la vista de las capacidades y funcionalidades que cada vez, incorporan exponencialmente las grandes compañías tecnológicas. Así, el legislador se refiere a sistemas de inteligencia artificial, como la propia IA, sin hacer distinción al respecto¹⁰, como «un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales»¹¹.

En esta definición, se destacan algunos elementos, como la percepción de un entorno que le proporciona información para poder procesarla. Esta capacidad permite aprender de forma continua mediante técnicas de *machine learning* o aprendizaje automático, adaptándose de manera constante a su entorno. La interpretación de los datos o *inputs* habilita al sistema para adoptar una decisión ya sea, por acción o por omisión. Recordemos que, en la inteligencia humana, el no tomar una decisión también implica una acción, algo que nuestro Código Penal (CP) en ocasiones castiga.

⁷ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

⁸ En particular, el capítulo I referido a sus disposiciones generales como el deber de alfabetización en materia de IA y el capítulo II, donde se regulan las prácticas prohibidas de dicha tecnología, las cuales se encuentran estrechamente relacionadas con nuestro Derecho Penal, tal y como se aborda en DE LA CUESTA AGUADO, P. M.: «El Derecho Penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial», *Revista Ius Criminal*, 1, 25, 2024. <https://doi.org/10.69592/3045-6681-N1-OCTUBRE-2024-ART-4>

⁹ MURSULI YANES, Y.: «Evaluaciones de impacto en derechos fundamentales en el reglamento de inteligencia artificial». En Luquin Bergareche, R. (dir.)/Vidán Peña, J. (coord.): *Inteligencia artificial y digitalización de la salud*. Aranzadi La Ley, 2025, pp. 728-731.

¹⁰ VALLS PRIETO, J.: «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 24, 2022, p. 8.

¹¹ Esta definición sigue el enfoque de la propuesta por la OCDE en 2019, la cual fue posteriormente actualizada a raíz de la definición aprobada en el marco del Reglamento de Inteligencia Artificial. Véase en OECD: Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 2019, p. 7. <https://oecd.ai/en/assets/files/OECD-LEGAL-0449-en.pdf>

La IA se diseña con objetivos concretos definidos explícitamente por el programador, aunque también los puede aprender de manera implícita, a partir de reglas humanas especificadas o por la adquisición de nuevos objetivos. Por ejemplo, los automóviles inteligentes, aunque están programados para cumplir las normas de tráfico, pueden aprender, mediante prueba y error, a priorizar la protección de la vida humana ante un posible accidente ¹².

La autonomía en los sistemas de IA es otro elemento importante que lo hace diferenciarse de *softwares* o programas informáticos tradicionales. Luego, es importante reconocer que se aplicarán distintos niveles de autonomía, dependiendo de cuál sea la finalidad del sistema y su contexto de uso. En ámbitos de alto riesgo, como el sanitario, resulta exigible un mayor control por parte del profesional sanitario en los procesos decisorios ¹³. Según el considerando 12 del RIA, los sistemas de IA pueden actuar con un cierto grado de independencia de la intervención humana, lo que excluye a aquellos que estén diseñados para funcionar exclusivamente bajo un control humano completo. El elemento determinante es la capacidad del sistema para generar resultados sin una especificación manual exacta, evidenciando así su interacción con el entorno ¹⁴.

Por tanto, podemos quedarnos con la capacidad que tienen estos sistemas de realizar comportamientos inteligentes de forma semejante a la de los humanos, aunque en los momentos actuales sus posibilidades de actuación son aún limitadas, dependiendo de la evolución de las investigaciones e inversiones en la mejora de esta materia. El RIA apuesta fuertemente por esta tecnología, por

¹² BARRIO ANDRÉS, M./CASTILLA BAREA, M./DELGADO MARTÍN, J./JIMÉNEZ SERRANÍA, V./MÍGUEZ MACHO, L./MUÑOZ GARCÍA, C./TORRES CARLOS, M.: *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant Lo Blanch, 2024, p. 36.

¹³ Tradicionalmente se ha hablado de diferentes formas de intervención humana, en concreto, tres enfoques: human-in-the-loop (HITL), human-on-the-loop (HOTL) o human-in-command (HIC). La primera se refiere a la capacidad de intervención humana en cada ciclo de decisión del sistema. La segunda se enfoca en el ciclo de diseño del sistema, incluyendo la monitorización de su funcionamiento. En último lugar, la HIC se refiere a la capacidad de supervisar toda la actividad del sistema de IA, incluso poder decidir cuándo y cómo utilizarlo en una determinada situación. No obstante, en la práctica la doctrina mayoritaria defiende la aplicación de una intervención humana significativa previa –in the loop– a la producción de un efecto jurídico, más aún, teniendo en cuenta los riesgos que supone la implementación de sistemas de IA en el sector sanitario. LAZCOZ MORATINOS, G.: «Sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria: cómo garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos», *AEPD*, 2022, p. 37 & ENQVIST, L. «‘Human oversight’ in the EU artificial intelligence act: what, when and by whom?», *Law, Innovation and Technology*, 15(2), 2023, p.513. <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2245683>

¹⁴ Comisión Europea: Directrices de la Comisión sobre la definición de un sistema de inteligencia artificial establecida por el Reglamento (UE) 2024/1689 (Ley de IA). Bruselas, 06/02/2025, p. 3. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/commission-publishes-guidelines-ai-system-definition-facilitate-first-ai-acts-rules-application>

lo que es importante que empecemos a plantear cómo puede afectar su uso al mundo del Derecho, y en particular al Derecho Penal.

1. **Aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el sector de la salud**

En el sector de la salud, el RIA considera una serie de usos sobre los cuales podrán desarrollarse sistemas de IA, a fin de contribuir a la mejora de la prestación de dichos servicios. No obstante, debido a su potencial riesgo para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas, los considera sistemas de IA de alto riesgo, separándolos en dos grupos distintos, a efectos del posterior cumplimiento normativo.

Por un lado, el reglamento incluye como sistema de IA de alto riesgo, aquellos que se encuentren integrados como componente de seguridad de los productos sanitarios (incluyendo aquellos que sean para diagnóstico *in vitro*). Cabe señalar, que el propio sistema de IA podrá ser el producto en sí. En cualquiera de los dos casos, se requerirá la obligación de pasar por su correspondiente procedimiento de evaluación de la conformidad de terceros prevista en su norma reguladora¹⁵, donde participan los organismos notificados, que en este contexto sería el Centro Nacional de Certificación de Productos Sanitarios.

En términos generales, es importante conocer que un producto sanitario es aquel instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, implante, reactivo, material u otro, cuya finalidad médica específica en relación con las personas sea la de diagnosticar, prevenir, seguir, predecir, pronosticar, tratar o aliviar enfermedades, incluyendo el alivio o compensación de lesiones y discapacidades¹⁶.

El segundo grupo de finalidades médicas abarca los sistemas de IA orientados a la evaluación de la admisibilidad para el acceso a servicios y prestaciones sanitarias, la evaluación de riesgos y la fijación de precios en los seguros de vida y salud, y también los que permitan la evaluación y clasificación de

¹⁵ Esto es, el procedimiento previsto en el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios y en el Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*.

¹⁶ Véase en el artículo 2.1) del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

llamadas de emergencia, incluida la priorización del envío de servicios de primera intervención y el triaje de pacientes en situaciones de urgencia.

Los sistemas de IA descritos serán, conforme al reglamento, los que podrían presentar un mayor riesgo de vulnerar gravemente los derechos fundamentales de las personas, los cuales están asimismo protegidos penalmente. Sin embargo, en el marco de esta investigación, nos centraremos principalmente en aquellos sistemas que se configuran como productos sanitarios destinados al diagnóstico y tratamiento. No obstante, cabe reconocer que los demás sistemas también pueden generar resultados indeseables en los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, de ahí su clasificación como de alto riesgo.

2. Sujetos intervinientes en los sistemas de IA sanitarios y su relevancia penal

El RIA identifica diversos sujetos cuya intervención resulta determinante a efectos de la eventual atribución de responsabilidad penal en caso de fallo o error procedimental en el contexto sanitario. En primer lugar, se encuentran los proveedores, definidos como los desarrolladores del sistema de IA, que pueden ser personas físicas o jurídicas, autoridades públicas u otros órganos u organismos, y que introducen el sistema en el mercado o lo ponen en servicio bajo su propio nombre o marca, con o sin contraprestación económica.

De forma paralela, puede intervenir el fabricante del producto sanitario, cuyo papel no necesariamente coincide con el del proveedor del sistema de IA. Conforme al artículo 2.30) del *Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios (MDR)*, el fabricante es la persona física o jurídica que fabrica, renueva totalmente o encarga el diseño, la fabricación o la renovación completa de un producto destinado a su comercialización bajo su nombre o marca. No obstante, ambas funciones pueden concurrir en un mismo sujeto, que asumirá simultáneamente las obligaciones derivadas del MDR y del RIA cuando el producto sanitario incorpore un sistema de IA.

Otra figura importante que interviene en el marco del RIA es el responsable de despliegue, entendido como persona física o jurídica, autoridad pública, órgano u organismo que implemente o utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, siempre que su uso se encuentre dentro una actividad profesional y no tenga carácter personal. En el caso que nos ocupa, serán responsables de despliegue los centros sanitarios públicos y privados, o incluso médicos priva-

dos que ejerzan su actividad profesional por cuenta propia, y que se encuentren dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad Social o alguna otra mutualidad de previsión social médica alternativa. Asimismo, habrá que tener en cuenta, a los usuarios o profesionales que se encargarán en nombre del responsable de despliegue o centro médico en particular, del funcionamiento y utilización de los sistemas de IA.

A partir de los sujetos identificados en el RIA, determinar quién debe responder por los daños sufridos por los pacientes como consecuencia del uso indebido de sistemas de IA, no resulta una tarea sencilla y constituye, una cuestión ampliamente debatida. Ello exige valorar distintos escenarios, como el supuesto en que el sistema de IA sea utilizado por un humano. En tales casos, si la IA se concibe como un mero instrumento o herramienta para la comisión del delito, la responsabilidad penal recaerá en la persona que la haya empleado para causar el daño, en calidad de autor directo o inmediato, en delitos dolosos como el homicidio o las lesiones¹⁷.

En cambio, un sistema de IA que alcanza un alto nivel de autonomía, sobre el cual su creador ni siquiera puede controlar sus decisiones, podría parecer que la responsabilidad penal debería recaer sobre el sistema mismo. No obstante, debe partirse de la premisa de que las decisiones que afectan directamente a los seres humanos no deberían ser objeto de una automatización plena, ya que puede comprometer valores éticos y derechos fundamentales profundamente arraigados en el marco jurídico europeo. La capacidad de asumir y atribuir responsabilidad moral constituye un elemento esencial en la concepción jurídica de la persona, e implica aspectos como la causalidad, la imputabilidad, la responsabilidad civil y determinadas actitudes reactivas, como la culpa. Estos elementos son difíciles de trasladar a una tecnología autónoma, lo que complica la asignación de responsabilidad en estos casos¹⁸.

Actualmente, la IA no puede ser considerada como un sujeto de derecho, ya que ni siquiera tiene reconocida personalidad jurídica¹⁹. Asimismo, hay que tener en cuenta que su diseño y fabricación tiene su origen en el ser humano. Por tanto, las actividades que deban realizar serán previamente de-

¹⁷ ROMEO CASABONA, C. M./RUEDA MARTÍN M. A.: *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen II: Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Granada, Comares, 2023, p. 67.

¹⁸ European Group on Ethics in Science and New Technologies (European Commission), Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems. 2018, pp. 9-10.

¹⁹ NICOLÁS GARCÍA, J. N.: «Inteligencia artificial y responsabilidad penal», *Revista Jurídica: Región de Murcia*, n.º 54, 2024, p. 153.

terminadas por su creador²⁰, siendo esta una de las notas identificables de la definición de sistemas de IA en el reglamento. Reconocer, hoy en día la responsabilidad penal a los sistemas inteligentes requerirá de un mayor avance en inteligencia artificial²¹. Luego, parece mucho más deseable atribuir la responsabilidad a aquel que haya sido el encargado de diseñar y fabricar el sistema de IA. No obstante, será necesario valorar, caso por caso, si el daño se debe a un fallo técnico atribuible al proveedor del sistema o a un uso indebido por parte del implementador, considerando si procede acudir a la vía penal o explorar alternativas como la responsabilidad civil extracontractual por productos defectuosos.

En ocasiones se ha planteado como alternativa la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que, en el ámbito sanitario, no parece tan descabellado. Tengamos en cuenta que, los centros asistenciales donde se implementen los sistemas de IA de diagnóstico y tratamiento se forman como una estructura organizativa, sobre los cuales lideran los encargados responsables. Estos deberán velar por la correcta implementación, supervisión y capacitación del personal en el uso de estos sistemas. Luego, la responsabilidad recaerá en la organización del centro en su conjunto, independientemente de que posteriormente se pueda exigir responsabilidad disciplinaria a los profesionales médicos que hayan incumplido las normas de cuidado o supervisión del sistema inteligente.

La atribución de responsabilidad en estos casos no es una tarea sencilla, ya que será necesario analizar detenidamente el momento en que se produjo el fallo dentro de la cadena de valor del sistema de IA y determinar la causa específica del error. En este sentido, habrá que comprobar si el problema tiene su origen en un defecto de fabricación o en un fallo técnico atribuible al proveedor del sistema de IA, o si, por el contrario, se trata de una mala manipulación o un uso incorrecto del sistema por parte del facultativo encargado de la asistencia médica al paciente perjudicado. En cualquier caso, en las siguientes líneas de esta investigación nos centraremos en analizar algunas conductas punibles, particularmente en el contexto de la responsabilidad médica profesional, ante un supuesto de negligencia médica y mal uso de la IA durante el diagnóstico o tratamiento de los pacientes.

²⁰ SALVADORI, I.: «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, n.º 133, 2021, p. 150.

²¹ ROMEO CASABONA, C. M./RUEDA MARTÍN M. A.: *Derecho Penal, ciberseguridad, cibercriminosos e inteligencia artificial...*, p. 73.

III. IMPRUDENCIA MÉDICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La progresiva incorporación de sistemas de IA, en los procesos de diagnóstico y tratamiento sanitario, plantea relevantes interrogantes en materia de responsabilidad jurídica ante eventuales errores o decisiones lesivas. En particular, tal y como hemos visto anteriormente, la atribución de responsabilidad ya sea al profesional sanitario, al desarrollador del software o de forma concurrente, constituye una cuestión especialmente compleja desde el punto de vista legal²².

En el ámbito médico, si bien los sistemas de IA pueden servir de herramientas de apoyo a la decisión clínica, su opacidad o la llamada caja negra («black box») puede generar errores imprevisibles. Bienes jurídicos como la vida y la integridad física pueden verse afectados por el uso de la IA²³. En el ámbito penal, existen una serie de elementos necesarios que deben estar presentes en la consecución de un delito. Entre ellos, tiene que producirse el hecho dañoso, tipificado en el CP, que podrá ser doloso o imprudente. Asimismo, la conducta debe ser antijurídica y culpable, y deberá existir entre el hecho y el daño producido, una relación de causalidad, así como de imputación objetiva del resultado.

En el ámbito sanitario, debe partirse de la premisa de que la eventual comisión de delitos como el homicidio o las lesiones no suele incorporar un elemento doloso en la conducta del profesional, en la medida en que el dolo resulta incompatible con la propia finalidad de la actividad médica, orientada a la protección y salvaguarda de la vida y la salud de los pacientes. En consecuencia, el análisis debe centrarse fundamentalmente en los delitos imprudentes, en particular el homicidio por imprudencia grave previsto en el artículo 142.1 del CP, así como el homicidio por imprudencia menos grave del artículo 142.2, los cuales podrían producirse en el contexto de procesos de diagnóstico o tratamiento médico en los que se empleen sistemas de inteligencia artificial. Del mismo modo, cabe anticipar la posible concurrencia de delitos de lesiones por imprudencia grave, tipificados en el artículo 152.1, o de lesiones por imprudencia menos grave, conforme al artículo 152.2 del citado CP²⁴.

²² ROMEO CASABONA, C.M.: «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas», en Muñoz Sánchez, J. / García Pérez, O. / Cerezo Domínguez, A. I. / García España, E. (dirs.): *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 721-733.

²³ VALLS PRIETO, J.: «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», p. 18.

²⁴ CUADRADO RUIZ, M. A.: «Derechos fundamentales y Derecho Penal frente al uso de la IA y otras tecnologías en ciencias de la salud», *Revista jurídica: Región de Murcia*, n.º 54, 2024, pp. 60-61.

Cuando hablamos de delitos imprudentes de lesiones u homicidios ocasionados por profesionales sanitarios, la jurisprudencia suele atender a varios elementos imprescindibles. En primer lugar, una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa; una conducta o actuación negligente que origine una situación de riesgo para el paciente potencialmente afectado; la infracción del deber objetivo y subjetivo de las normas de cuidado exigidas en su profesión; la producción de un daño o perjuicio, y finalmente se requiere de la existencia de una relación de causalidad entre el acto u omisión ilícito y el resultado antijurídico ocasionado²⁵.

La imprudencia médica profesional nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendiendo a las circunstancias de lugar, tiempo, personas y la naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la llamada *lex artis*, conduzcan a resultados lesivos para dichos pacientes²⁶. Luego, el simple error científico o diagnóstico equivocado no se considerará delito, salvo que este sea catalogado de extrema gravedad, tanto cualitativa como cuantitativamente. Asimismo, queda fuera del ámbito penal la falta de pericia cuando su naturaleza sea extraordinaria o excepcional, siendo preciso analizar las circunstancias concurrentes en cada caso, evitando cualquier tipo de generalización²⁷.

En este sentido, es esencial recordar la remisión a la teoría del riesgo que ha hecho el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. En aquellos supuestos donde existe una situación de riesgo previa, el responsable médico al que se derive el paciente, debe velar por la salud y la vida de este. Ahora bien, no olvidemos que la medicina no es una ciencia exacta, tampoco es de resultados, por mucho que en un futuro próximo la tecnología implementada sea mucho más avanzada y precisa. Lo importante es valorar la actuación del médico en cuestión, es decir, comprobar si ha puesto los medios necesarios conforme a sus conocimientos y experiencia en el ejercicio de su profesión²⁸.

²⁵ Véase en el FJ 1 del Auto n.º 468/ 2025, recurso de apelación n.º 454/2025 de la Audiencia Provincial de Girona, (Roj: AP GI 887/2025 - ECLI:ES:APGI:2025:887A) y el FJ 3 de la sentencia n.º 304/2025 de la Audiencia Provincial de Sevilla, n.º de recurso 1000/2024 (Roj: SAP SE 2057/2025 - ECLI:ES:APSE:2025:2057).

²⁶ Véase en FJ 2 de la Sentencia n.º 69/2025 de la Audiencia Provincial de Cartagena, n.º de recurso 38/2024 (Roj: SAP MU 886/2025 - ECLI:ES:APMU:2025:886) y FJ 3 del Auto n.º 269/2025, recurso de apelación n.º 897/2024 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: AAP B 7183/2025 - ECLI:ES:APB:2025:7183A). También en SSTs 14-2-91, 21-7-95, 22-9-95, 23-5-96, 14-2-97, 8-5-97 o 3-10-97, entre otras.

²⁷ Véase en el FJ 5 de la STS n.º 782/2006, de 6 de julio de 2006, n.º de recurso 1917/2005 (Roj: STS 4618/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4618).

²⁸ Véase en el FJ 20 de la STS n.º 805/2017 de 11 de diciembre de 2017, n.º de recurso 2019/2016 (Roj: STS 4867/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4867).

Así pues, si un profesional médico incurre en un delito de homicidio o lesiones por un mal uso de la IA, ya sea por un error de diagnóstico o de tratamiento, siguiendo el conducto habitual de la denominada imprudencia médica, el delito será catalogado como una imprudencia grave o menos grave, en función de cuánto haya omitido las más elementales medidas de cuidado en el ejercicio de su profesión, siendo la principal causa del daño producido. No obstante, habrá que tener cuidado con aquellos sistemas de IA de alta precisión que revelen diagnósticos positivos y sean invalidados por el médico, puesto que podría conllevar a una responsabilidad profesional médica de comisión por omisión²⁹. Sin embargo, no es una cuestión sencilla, y habrá que estar atento a la actuación y experiencia médica concreta.

IV. ESTÁNDARES DE DILIGENCIA EXIGIBLES PARA LA PREVENCIÓN DE DELITOS IMPRUDENTES EN EL USO SANITARIO DE SISTEMAS INTELIGENTES

Sin ánimo de perder el hilo de las anteriores líneas, conviene expresar algunas de las medidas de cuidado que, en los momentos actuales y previsibles de la medicina, serán importantes implementar llegado el momento de empezar a utilizar sistemas de IA con las finalidades antes descritas. En primer lugar, y partiendo como base, es fundamental que antes de utilizar estos sistemas inteligentes se capacite previamente al personal de la salud que vaya a hacer uso de ellos.

Sin ir más lejos, el propio RIA establece, entre sus primeras obligaciones, el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que, en la mayor medida posible, el personal encargado del funcionamiento y uso de sistemas de IA cuente con un nivel adecuado de alfabetización en la materia³⁰. En este sentido, los centros sanitarios deberán facilitar programas de formación apropiados, asumiendo un compromiso institucional y profesional. No obstante, no basta con que los responsables proporcionen los medios formativos; también se requiere la participación activa del personal sanitario que utilizará directamente estos sistemas, quien deberá ser plenamente consciente de los riesgos y beneficios asociados y abstenerse de emplearlos con fines distintos a los prescritos por su proveedor.

²⁹ GÓMEZ RIVERO, M. C.: «Inteligencia artificial aplicada a la salud: viejas y nuevas cuestiones para el Derecho Penal», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 2025, pp. 21-22. <https://doi.org/10.1387/rdgh.28062>

³⁰ Véase el artículo 4 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

Por otro lado, debe reconocerse que una de las posibles causas de la generación de resultados lesivos reside en el empleo de información incompleta o inadecuada por parte del sistema de IA en el proceso de toma de decisiones. Esta deficiencia informativa puede impedir que el médico llegue a prever las consecuencias perjudiciales derivadas de los riesgos asociados a su actuación, al carecer de una base suficiente para ejercer un juicio clínico adecuado³¹. En este contexto, resulta esencial que el personal sanitario pueda comprender o, al menos, acceder a la información que ha dado lugar a los resultados emitidos por el sistema, de modo que, ante la falta de entendimiento del razonamiento subyacente o la detección de carencias relevantes, se abstenga de validar diagnósticos o tratamientos desprovistos del necesario juicio crítico profesional, que pueda dar lugar a la concurrencia del llamado «sesgo algorítmico».

El profesional médico deberá ser suficientemente consciente de que las decisiones que adopten no deberán estar basadas en un tratamiento automatizado de los datos de sus pacientes, de lo contrario debería ser capaz de poder dar una explicación adecuada que incluya las razones de su decisión apoyada en una herramienta de inteligencia artificial³². Asimismo, deberá poder explicar el papel que desempeña en el empleo de estos sistemas inteligentes, las razones que aconsejan recurrir a dicha tecnología en el caso concreto, incluyendo las ventajas e inconvenientes asociadas a su empleo en comparación con los métodos tradicionales.

De igual forma, se ha planteado que la opacidad de los sistemas de IA podría implicar que el consentimiento del paciente sea insuficientemente informado. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha rechazado incorporar el consentimiento informado dentro de la *lex artis* médica, al considerar que su ausencia o deficiencia no guarda relación causal directa con la producción del daño³³. En los supuestos analizados, lo jurídicamente relevante es el daño a la vida o a la salud, derivado de un uso incorrecto del sistema de IA o de un fallo técnico no detectado, lo que supone un quebrantamiento del deber objetivo de cuidado. Por el contrario, las deficiencias en la información facilitada al pa-

³¹ ROMEO CASABONA, C. M./RUEDA MARTÍN M. A.: *Derecho Penal, ciberseguridad, cibercrimitos e inteligencia artificial...*, p. 63.

³² Sobre este derecho a la explicación que se plantea, si bien el RGPD incluyó esta idea en el considerando 71, a efectos reales, algunos autores han explicado que su omisión expresa en el artículo 22, parece haber sido intencionada. Por tanto, no se implementa un derecho a la explicación, sino más bien un derecho a ser informado, en cierta forma limitado, que no incluye una explicación de decisiones automatizadas concretas. WACHTER, S./MITTELSTADT, B./FLORIDI, L.: «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 5-11. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2903469>

³³ GÓMEZ RIVERO, M. C.: *La responsabilidad penal del médico*. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 269-274

ciente afectan principalmente a su derecho a la libertad, quedando fuera del ámbito típico de los delitos de homicidio o lesiones.

Asimismo, frente al empleo de mecanismos de toma de decisiones automatizadas, puede ser necesario facilitar a los profesionales de la salud y a los pacientes instrumentos que impidan la adopción de decisiones que afecten a terceros sin una intervención humana directa. Por ejemplo, algunos autores plantean la posibilidad de introducir nuevas figuras de intermediación o, alternativamente reconocer un derecho a la objeción de conciencia vinculado al uso de este tipo de sistemas³⁴.

De igual modo, debe garantizarse la supervisión humana, en los términos previstos del artículo 14 del RIA. Dicha supervisión no debe limitarse a la mera capacidad de comprensión del funcionamiento del sistema por parte del profesional, sino que también deberá incluir la exigencia de llevar a cabo un ejercicio de revisión y validación de los resultados emitidos³⁵. Ello resulta especialmente relevante en el ámbito sanitario, habida cuenta de que estos sistemas pueden incidir directamente sobre bienes jurídicos de máxima relevancia, como la vida y la integridad física de las personas.

El profesional sanitario debe ser capaz de tomar las medidas de seguridad adecuadas sobre los sistemas de inteligencia artificial, incluyendo la intervención en su funcionamiento e interrupción de forma segura si llegara a ser necesario. En definitiva, y como subraya la autora Gómez Rivero, la supervisión humana deberá ser significativa, lo cual implica que los sistemas de IA deberán ser vigilados de manera efectiva por dichos profesionales durante todo el periodo en que estén en uso³⁶. De ahí que deba reafirmarse que la inteligencia artificial no está llamada a reemplazar al profesional sanitario, sino a integrarse como un instrumento subordinado a su criterio clínico y a su deber de control, tanto en los procesos de toma de decisiones como en la realización de actuaciones asistenciales.

³⁴ DE MIGUEL BERIAIN, I.: *Un estudio de impacto ético y social de las nuevas tecnologías en la práctica de la biomedicina*, 2021, Tesis doctoral disponible en <https://addi.ehu.es/handle/10810/54337>.

³⁵ ROMEO CASABONA, C. M./RUEDA MARTÍN M. A.: *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial...*, p. 78.

³⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C.: «Inteligencia artificial aplicada a la salud: viejas y nuevas cuestiones para el Derecho Penal», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 2025, p. 27. <https://doi.org/10.1387/rdgh.28062>

173. EL DERECHO PENAL GLOBAL ENTRE EL OLVIDO QUE SEREMOS Y EL MUNDO DE AYER

ADÁN NIETO MARTÍN
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla la Mancha

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de internacionalización del Derecho Penal tiene sus actores, entre los que se encuentra la «comunidad académica invisible de juristas internacionales» tan bien descrita por Claus Kress¹. Nuestro homenajeado desde sus primeros pasos académicos tuvo clara vocación de formar parte de ella. Cuando visité por primera vez el Instituto de Siracusa, mi curiosidad me llevó rápidamente a la fotografía, procedente de uno de los primeros cursos de verano del Instituto, de un joven y barbado José Luis de la Cuesta, en ella también podían verse a otros miembros de la comunidad invisible como Christine Van den Wyngaert o Cherif Bassiouni. En el ADN académico, y quizás también biológico, del Prof. de la Cuesta la internalización es gen predominante. Internacionalización no sólo entendida como construcción de una doctrina o teoría jurídica internacional, sino como construcción de una comunidad de lazos personales con colegas de diversos países. Su esfuerzo en la costosa tarea de tejer esta red, intergeneracional y global, siempre fue para mí ejemplo de una forma de entender la universidad y el sentido del trabajo del profesor universitario.

¹ CLAUS KRESS, *Toward a Truly Universal Invisible College of International Criminal Lawyers*, Torkel Opsahl Academic E Publisher, 2014.

Muchas gracias José Luis por estas y otras enseñanzas, transmitidas siempre con tu constante sonrisa y afabilidad.

Mi contribución tiene como finalidad reflexionar sobre una de las formas en que se ha manifestado el Derecho Penal transnacional: el Derecho Penal global. Hace años cuando publiqué mi investigación sobre esta materia², consideraba que el Derecho Penal global superaba los contenidos y límites clásicos del Derecho Penal transnacional, hasta tal extremo que suponía algo distinto, un sistema más sofisticado y eficaz de gobernanza mundial de la criminalidad grave. Se trataba de una visión demasiado optimista, una ilusión óptica atribuible al *Weltanshauung* de toda una generación de juristas; la de quienes hemos desarrollado nuestra vida académica en la etapa de florecimiento de la internacionalización del *ius puniendi*. A partir de la última década del siglo xx, desde la caída del muro de Berlín, que coincidía con el comienzo de mi tesis doctoral, asistimos a un desarrollo inaudito de los tres diferentes vectores que empujan la internacionalización: el Derecho Penal de la Unión Europea, el Derecho Penal internacional con la aprobación del Estatuto de Roma y el Derecho Penal transnacional.

Los graves sucesos ocurridos en los últimos tiempos, desde guerras nuevamente europeas, al menosprecio del Derecho internacional por parte de quien considerábamos unos de sus garantes y artífices principales, los Estados Unidos, ponen de manifiesto que la internacionalización del *ius puniendi*, y más concretamente el Derecho Penal transnacional es algo cambiante, dependiente del modelo de relaciones internacionales y económicas que exista en cada momento. Por esta razón, el Derecho Penal global es –todavía no es hora de decir fue– expresión de un periodo concreto de las relaciones internacionales: el del multilateralismo, la globalización y el auge de las organizaciones internacionales. Si como algunos indican, estamos inmersos en un proceso de desglobalización y de re-estatalización, a lo que quizás estamos asistiendo en estos momentos es a la aparición de un nuevo modelo de gestión de la criminalidad transnacional³.

Esta perspectiva dinámica requiere contemplar el Derecho Penal transnacional desde tres perspectivas diferentes. La primera es la histórica, con el fin de conocer su evolución a través de los tiempos y conocer sus transformacio-

² Cfr. GARCÍA DE LA GALANA B., NIETO MARTÍN A.; *Ius puniendi y global law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, 2019; NIETO MARTÍN A.; *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty First Century*, Palgrave, 2022; más recientemente NIETO MARTÍN A., *Transnationales (oder globales) Strafrech*, Rechts Wissenschaft, Marz 2025, Heft 3/2024.

³ MANFREDI SÁNCHEZ, J.L., MANERO SALVADOR A., «Política y economía ante el nuevo desorden mundial», *Cuadernos Económicos de ICE* n.º 107, 2024/I.

nes históricas. La segunda la que corresponde al presente, a lo que he denominado Derecho Penal global, y que se ve amenazada o al menos cuestionada por el comportamiento de algunos estados. La tercera parte es en realidad una arriesgada profecía: ¿hacia dónde vamos?

II. LAS CINCO FASES DEL DERECHO PENAL TRANSNACIONAL

Aunque no existen demasiados estudios históricos sobre las formas de cooperación entre los Estados relativas a formas de criminalidad⁴, a continuación se propone una evolución que consta de cinco fases diferentes:

La primera es la que denominaré modelo Westfaliano. Hablar de Derecho Penal transnacional solo tiene sentido cuando aparecen los Estados o, dicho más exactamente, cuando se produce la vinculación entre soberanía y territorio, lo que ocurre con la firma del Tratado de Westfalia. Solo a partir de este momento comienza a ser un problema cruzar las fronteras para atrapar a quién se encuentra bajo el espacio de otro soberano y solo a partir de este momento tiene pleno sentido que el lugar físico de comisión del delito se entienda como el principal criterio de atribución de jurisdicción.

Sin embargo, y pese a que esto hubiera sido lo lógico, la nueva concepción de la soberanía que aparece a mediados del siglo XVII no alteró las formas de afrontar la criminalidad transfronteriza, que continuó siendo básicamente la procedente de la baja Edad Media y la Edad Moderna. Hasta los primeros años del siglo XIX los estados siguieron ejerciendo su jurisdicción sobre sujetos que habían cometido delitos graves en otro territorio, eran aprehendidos en el suyo (*forum deprehensionis*), una regla que procedía del Corpus Iuris Civilis (C. 3, 15: «ubi criminibus agi oportet») y que las ciudades del norte de Italia en la Edad Media aplicaban a los primeros prototipos de delincuentes transnacionales: *banniti*, *vagabundi*, *assasini*. A ello se unía la suerte de jurisdicción universal que los pueblos costeros ejercían sobre los piratas, los *hostis humani generis*. En este marco es en el que cobra sentido el aforismo de o juzgar o entregar, que como puede observarse contenía una prevalencia de la jurisdicción del estado de aprehensión, en lugar de la territorialidad. Era, al fin y al cabo, el sistema teorizado por Hugo Grotius en 1625, muy pocos años antes de la Paz de Westfalia, donde por primera vez se construía el *ius puniendi* en el Derecho internacional.

⁴ Especialmente recomendable BOISTER N., GLESS S., JASSBERBER F. (eds.), *Histories of transnational Criminal Law*, Oxford, 2021.

Sus fundamentos aún desconocían la ecuación delito- territorio-soberano y se acercaban a planteamientos cercanos a la justicia universal: «También hay que saber que los reyes, y cualquiera que tenga derechos iguales a los de los reyes, pueden exigir que se imponga un castigo no solo por los agravios cometidos contra ellos o sus súbditos, sino también por todos aquellos agravios que, aunque no les conciernen específicamente, violan de forma extrema, en relación con cualquier persona, la ley natural o la ley de las naciones»⁵.

Si acaso la primera influencia de la nueva concepción westfaliana de la soberanía fue la reducción del Derecho de asilo, cuyo uso se va limitando, hasta llegar a vincularla con delitos de naturaleza política. Vinculada a la reducción de esta institución fue generándose la extradición. Esta primera fase llega hasta el Convenio de Viena, donde se afirmaba que cualquier Estado tenía el Derecho a perseguir aquellos delitos que se consideraban públicos con independencia del lugar donde habían sido cometidos. Los delitos públicos eran aquellos que generaban alarma entre la población. Ello nos muestra ya como el Derecho Penal transnacional nace con un «alma securitarista» que nunca le ha abandonado a la hora de elegir los ámbitos en dónde había que colaborar.

El segundo modelo de Derecho Penal transnacional, radicalmente distinto al anterior, es el ilustrado. Y es fruto de la importancia que la doctrina penal de la ilustración le da al principio de territorialidad como fundamento del criterio de jurisdicción. El protagonismo de este principio es consecuencia, no tanto como hemos visto de la soberanía westfaliana, sino de la doctrina del contrato social, la aparición del concepto de nación como sujeto político y la formulación que a partir de estas ideas los autores Ilustrados, con Beccaria a la cabeza, hacen de la legitimación y las garantías del Derecho Penal: si las leyes son expresión de la voluntad de los ciudadanos –la nación– en sus respectivos parlamentos, no es admisible que los ciudadanos sean juzgados por las leyes de otros soberanos. Aún hoy, desde el punto de vista del principio de legalidad y determinación, la ampliación de los criterios de jurisdicción continúa siendo criticada.

La primacía del principio de territorialidad provocó que en las primeras décadas del siglo XIX empezaran a firmarse tratados bilaterales de extradición entre países vecinos y que se fuera intensificando también la cooperación policial. Se trataba como puede apreciarse de un Derecho Penal transnacional mínimo, pero que, aunque tiene un origen liberal, continúa estando vinculado con una idea securitaria de política criminal: la extradición y la cooperación se

⁵ GROTIUS H., *De Jure Belli ac Pacis*. Libro II. Oxford Univesity Press, 1925,

utiliza sobre todo con relación a formas de criminalidad que generan un sentimiento de inseguridad ciudadana.

La tercera fase del Derecho Penal transnacional, por contraposición a la anterior, la denominaremos como modelo máximo y es obra del positivismo criminológico. La semilla estaba plantada: la inseguridad que generaba la criminalidad transnacional de carácter más grave. Lo que ocurre ahora es que los positivistas racionalizan la lucha contra el crimen internacional, bajo el nombre de una defensa social global. No tiene sentido que la persecución de la criminalidad se limite a los límites estatales, como no lo tendría la limitación de una plaga o una enfermedad. El modelo máximo es una consecuencia más de las bases científicas que se le dan a la actividad delictiva, frente a su concepción filosófica o normativa que tenía para el Derecho Penal ilustrado.

En cuanto a los contenidos, este modelo global o de máximos tiene dos características. La primera, es que se manifiesta en la idea de la unificación del Derecho Penal. El tener códigos penales comunes o, al menos redactados sobre un código penal modelo, tiene su origen en este momento. La segunda es que borra las fronteras entre el Derecho Penal internacional y el Derecho Penal transnacional. Este modelo de máximos lo es, por tanto, en lo que se refiere a sus formas, pero también sus contenidos (*omnibus model*).

El auge de las ideas del positivismo coincide con el aumento de la criminalidad que se produce tras la IGM, como consecuencia de la desestructuración social que tiene toda guerra, los movimientos migratorios que genera y la consiguiente marginalización social. El programa máximo o utópico encuentra además dos foros importantes donde hacerse oír. Las organizaciones internacionales de Derecho Penal: especialmente la AIDP y la recién creada Liga de Naciones, que, aunque impulsa convenciones internacionales «clásicas», también promueve proyectos muchos más ambiciosos de Derecho Penal transnacional. Autores como Vespasiano Pella o Saldaña son los protagonistas de esta fase que no pasó *del law in books*⁶.

La cuarta fase se identifica con los tratados o convenios internacionales cuya finalidad es la supresión de determinadas formas de criminalidad. Se trata aún de la concepción prevalente y mayoritaria. Conforme a la misma el Derecho Penal internacional tiene una base contractual, semejante a los contratos que operan en el derecho privado (*meta private International criminal*

⁶ Sobre Saldaña, *vid.* especialmente DE LA RASILLA, I., «International Criminal Justice as Universal Social Defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938)», en Megret F., Tallgren I. (eds), *The Dawn of a Discipline – International Criminal Justice and Its Early Exponents*, Cambridge University Press, 2020.

law) y depende de la soberanía estatal⁷. En esta fase se renuncia también a las pretensiones de unificación del modelo máximo, que se abandonan en el rincón de las utopías y buenos deseos. La separación con el Derecho Penal internacional, que había cobrado cuerpo de naturaleza en Núremberg, aparece ahora clara: mientras esta última es expresión del *ius puniendi* de la comunidad internacional en su conjunto, en relación a formas muy precisas de delincuencia que atentan contra la paz y seguridad o suponen formas de macrocriminalidad frente a los derechos humanos, y tiene como autores principales a agentes estatales, el Derecho Penal transnacional surge de los pactos entre los *ius puniendi* estatales en relación a formas de criminalidad transfronteriza⁸.

El contenido del Derecho Penal internacional viene dado por las obligaciones que derivan de estos convenios para los estados que los ratifican. Básicamente: (1) introducir en sus ordenamientos los delitos descritos en el tratado; (2) establecer los criterios de jurisdicción que se establezcan y (3) realizar los cambios necesarios como para que sus policías, jueces o fiscales puedan cumplir con las obligaciones de cooperación que contiene el Convenio. Las normas procedentes de los convenios internacionales conviven con los principios, normas e instituciones propias de cada ordenamiento, por esta razón la aproximación siempre es limitada. Y, sobre todo, por esta razón deben estar dotados de flexibilidad, de una ambigüedad constructiva, que modernamente se plasma en criterios como el equivalente funcional.

El modelo convencional, que convive durante algún tiempo con el modelo teórico de máximos, se ha ido desarrollando paulatinamente durante más de un siglo. En un principio predominaron convenciones bilaterales entre países vecinos; posteriormente llegarían el paso de convenciones multilaterales y, finalmente, a convenciones internacionales que se negocia y aprueban en el marco de organizaciones internacionales. El periodo de entreguerras del pasado siglo y la creación de la Sociedad de Naciones supusieron un primer punto de inflexión con la aprobación de un buen número de convenciones internacionales: drogas, material pornográfico, falsificación de moneda...). Tras la IIGM y el comienzo de la guerra fría experimenta un proceso de hibernación, pero este nunca fue tan fuerte como el experimentado por el Derecho Penal internacional, donde hay que esperar a los años 90, la creación del Tribunal penal para la ex Yugoslavia, la emblemática sentencia *Tadic* y el no menos transcendental

⁷ Fundamental LAUTERPACHT H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, New York, 1927.

⁸ *Vid.* por ejemplo, BOISTER N., «Transnational Criminal Law?», *EJIL* (2003), vol. 14 n.º 4, 953 ss.

proceso de extradición contra Pinochet promovido por Carlos Castresana, Joan Garcés y Baltasar Garzón.

Desde mitad de los años cuarenta en el marco de Naciones Unidas, la sucesora de la Sociedad de Naciones, se aprobaron varias convenciones internacionales. No obstante, su verdadero despertar comienza en la mitad de los años 70 del pasado siglo, con la llegada en 1975 de Gerhard Muller –otro a incluir en la comunidad invisible– a Naciones Unidas. Puede decirse, que a partir de este momento comienza la época dorada del modelo convencional del Derecho Penal transnacional. Es en ese periodo cuando se acuñan conceptos claves como el de crimen transnacional y el propio término de Derecho Penal transnacional. Primero se utiliza como un concepto criminológico, usado sobre todo por los *policy maker* de Naciones Unidas. Posteriormente, en la Convención de Palermo sobre criminalidad organizada se juridifica en su art. 3 (2). El paso final es su constitucionalización en el art. 83.1 de la TFUE, con el fin de atribuir competencias penales en la UE. A esta edad de oro pertenecen las tres grandes convenciones internacionales de Naciones Unidas, drogas, corrupción y criminalidad organizada, y, en segundo lugar, las elaboradas por organizaciones regionales, especialmente el Consejo de Europa, pero también la Unión Africana y la Organización de Estados Americanos. Mención especial merece la OCDE y su convención sobre corrupción en las transacciones económicas internacionales.

III. EL PRESENTE IMPERFECTO O EL OLVIDO QUE SEREMOS

Y con esto llegamos a la aparición del Derecho Penal global: la quinta manifestación del Derecho Penal transnacional, que nace y se desarrolla, en las tres últimas décadas, a partir del fin de la guerra fría, escenificado por la caída del Muro de Berlín. Este modelo, de un lado, convive con el anterior, podemos decir que lo integra y lo fortalece, pero de otro, implica cambios tan importantes que lo altera de un modo cualitativo. Me limitaré a continuación a bosquejar sus fundamentos⁹.

El Derecho Penal global es más que un sumatorio de convenios internacionales, que establecen obligaciones de cooperación. Es un sistema de gobernanza post-estatal y multinivel que tiene por objeto la criminalidad transnacional y que comprende una gran variedad de actividades de control a través de las cuales diversos individuos e instituciones, públicas y privadas previenen,

⁹ Para más detalles, *vid.* las obras recogidas en la nota 2.

detectan y sancionan formas de criminalidad transnacional. Hay tres notas características del Derecho Penal global que lo distinguen de la etapa anterior:

La primera es que, como acaba de indicar, es post-estatal. El Derecho Penal transnacional es producto de las diversas formas de regulación que surgen desde principios de los años 80 en el interior de los estados y que se conoce como *regulatory state*. La regulación, a diferencia de la legislación, no es monopolio del Estado, sino que está conformada por una red de actores y normas – públicas y privadas– que interactúan entre sí. Se trata de una nueva forma de gobernanza de asuntos públicos que incluye la cooperación y la delegación de tareas a entes privados. El *global law* desde luego no es exclusivo del Derecho Penal. De hecho, este concepto proviene principalmente del Derecho administrativo. La apertura del Estado a cooperar y delegar puede verse como fruto de su debilidad o incapacidad, pero también puede entenderse como una estrategia regulatoria inteligente, que aprovecha la capacidad de autorregulación de diversos actores, para la consecución de un fin público como es la gestión de determinadas formas de criminalidad internacional grave.

La segunda característica es que opera sobre un espectro más amplio de lo que pueden considerarse como crímenes transnacionales. El Derecho Penal global supera la comprensión de este tipo de crímenes como comportamientos vinculados a varios territorios. Reconoce que existen bienes jurídicos globales. El Estado de derecho y la protección de la competencia leal en el caso de la corrupción; el clima y el ambiente en la nueva Directiva de la UE y el Convenio del Consejo de Europa de 2025; la paz y la seguridad en el caso del terrorismo; la estabilidad de los mercados financieros en el blanqueo de capitales. En sus últimas manifestaciones a través de las normas de diligencia debida se ocupa de la protección de los derechos humanos o de la violencia de género, como prueba el Convenio de Estambul sobre esta materia.

La tercera nota es una nueva concepción de lo territorial, que podríamos denominar, utilizando una paradoja, como territorialidad líquida, que se aleja de la que nace en el modelo ilustrado¹⁰. Esta nueva visión de la territorialidad obedece a que la conexión física, material, entre un comportamiento y el territorio se ha ido desvaneciendo paulatinamente. Tanto es así, que más que un fenómeno del mundo real, y que por tanto debe ser objeto de prueba, se ha convertido en un fenómeno normativo. El principio de territorialidad líquida nace con el fin de poner fin a situaciones de impunidad por no existir una jurisdicción relevante y porque en determinadas conductas delictivas la cone-

¹⁰ Vid. DI VETTA G., *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, Turin, Giappichelli, 2023.

xión física con un territorio no resulta relevante. Ya comenzó a ocurrir en materia de corrupción, donde el Convenio de la OCDE para apreciar la territorialidad se conformaba con que una ínfima parte del comportamiento tuviera lugar en el territorio que pretendía ejercer la jurisdicción.

Evidentemente esta es la situación también de los delitos que se cometen en internet o en espacios como *blockchain*, donde las conexiones territoriales son insignificantes y además fruto del azar. Pero también ocurre, con conductas delictivas que se comenten en los mercados de valores, donde a veces los efectos de la manipulación del mercado tienen lugar en lugares muy diversos.

La difuminación de la territorialidad también se ha visto incrementada por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya vinculación con un territorio o, en el principio de personalidad activa, con una nacionalidad, es menos importante. Por eso se utilizan nuevos criterios como el país en que esta tenga un volumen de negocios relevante ¹¹.

Estas tres notas del Derecho Penal global recortan las distancias que han separado tradicionalmente al Derecho Penal internacional y al Derecho Penal transnacional. Pues parte de que hay intereses comunes que trascienden a los Estados y que pertenecen a la comunidad internacional. Por otra parte, al incluir una multiplicidad de actores, supera una concepción del *ius puniendi* estatalista. Y finalmente, por su noción de territorio, porque desde luego, no se llega a afirmar nada parecido a la justicia universal, pero acoge paulatinamente unos parámetros de jurisdicción cada vez más extensos.

La aparición del Derecho Penal global se debe a varias causas:

La desaparición de los bloques, tras la guerra fría, debilita las fronteras, incrementa el comercio y genera mercados financieros globales. Todo ello coincide con la aparición de tecnologías revolucionarias como internet o más recientemente *block chain* y con un aumento sin precedentes, por la mejora de los medios de transporte, de la movilidad de personas, mercancías. Desde luego, estamos ante factores positivos y de progreso, pero que inevitablemente implican un nuevo espacio, que genera un mayor número de oportunidades delictivas y además incrementa su lesividad.

Este aumento, potencial o real, de la criminalidad internacional supera la capacidad de los Estados para darles una solución satisfactoria a partir de métodos de cooperación tradicionales (es decir, elaborando más convenciones

¹¹ Recientemente partiendo de presupuestos similares a los que aquí se exponen BLANCO CORDERO, I., «La aplicación de la ley penal en el espacio y la competencia de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *REDEPEC*, vol. 6, Julio 2025.

internacionales). Además, se ha ido extendiendo la opinión que este no es siempre el camino más eficaz. Aprobar una convención internacional tiene unos costes de negociación importantes. Una vez aprobada, aunque incorpore mecanismos de supervisión, existen estados incumplidores, sin que existan siempre sistemas de *enforcement* efectivos.

El Derecho global descansa, finalmente, en una nueva concepción de la soberanía: la denominada soberanía interrelacional. En las últimas décadas del siglo xx existió una fuerte discusión sobre el concepto de soberanía. Se trataba de encajar dentro de este concepto las cesiones de soberanía de los Estados a organizaciones internacionales. El concepto clásico de soberanía no explicaba esta dimensión externa. Entendía la soberanía como un poder de «puertas para adentro», sobre el propio territorio y sobre los propios ciudadanos. De puertas para afuera, el estado valiéndose de su poder soberano firma convenios, contratos, con otros estados igualmente soberanos; contratos que puede rescindir o puede modular mediante la formulación de reservas.

El concepto de soberanía interrelacional viene a indicar que un estado es más soberano cuanto mayor sea su capacidad para crear y participar en alianzas. La soberanía estatal se mide por su capacidad para actuar dentro de las fronteras, pero en un mundo interrelacionado esta capacidad depende de la capacidad del estado para establecer alianzas. Esta nueva forma de entender la soberanía explica muy bien las características del Derecho Penal global. En primer lugar, evidencia la importancia de un nuevo conjunto de herramientas del soberano: el denominado *soft power*, que es clave para el Derecho global. Los estados poderosos influyen en otros prestando asistencia técnica, organizando foros de formación, promoviendo buenas prácticas, intercambios de expertos etc.

Igualmente, la soberanía interrelacional sirve muy bien para desmentir uno de los mitos del concepto clásico de soberanía: el que todos los estados son soberanos por igual. La capacidad de influencia externa es muy desigual y ello sirve para explicar uno de los fenómenos más importantes de las últimas décadas: la americanización del Derecho Penal¹². Los Estados Unidos han sabido utilizar su capacidad e influencia para extender instituciones y modelos regulatorios nos eran extraños. Un ejemplo paradigmático es la legislación sobre blanqueo de capitales, que se basa en buena medida en que los particulares asuman una tarea pública con el fin de detectar y denunciar operaciones cuya finalidad es borrar el origen delictivo de los bienes. A igual lógica, res-

¹² NIETO MARTÍN A., «¿Europeización o americanización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal*, n.º 19, 2007.

ponde en el fondo la promoción de la figura de los *Whistleblowers*. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, la importancia que hoy tienen los programas de cumplimiento o los modelos de justicia negociada forman parte de este proceso de americanización que es una parte esencial del Derecho Penal global.

El punto débil del Derecho Penal global, pero en general de todas las manifestaciones históricas del Derecho Penal transnacional ha sido la ausencia de garantías. No es un auténtico sistema penal completo, que contenga un equilibrio entre su filo represivo y las garantías. En buena medida es un Derecho Penal de combate, que tiende a ver al infractor como un enemigo global. En el marco de la cooperación judicial, las convenciones internacionales, no se han ocupado hasta el momento de establecer garantías básicas como el *ne bis in idem* o el nivel mínimo de derechos fundamentales que debe respetarse.

Al lado de un problema de garantías existe un problema de legitimidad. Por ejemplo, la cooperación público-privada de los Estados con las empresas multinacionales les genera obligaciones, pero también legitima su poder. El sistema de autorregulación que exige cumplir con las obligaciones de diligencia debida en Derechos humanos aumenta su poder sobre los proveedores, y puede perjudicar a los más débiles. Pero más allá de esta cuestión, la normativa transnacional incide, aumenta la crisis de los parlamentos nacionales. Encerradas en sus territorios las asambleas legislativas no tienen otro remedio que aceptar las direcciones de política criminales que les imponen desde fuera.

IV. EL FUTURO: EL MUNDO DEL AYER

El Derecho Penal global invitaba, sin embargo, al optimismo; lo sabemos sólo ahora, cuando empieza a tambalearse. Algunos de los defectos que acaban de citarse se han empezado a corregir. Cada vez existe, por ejemplo, mayor preocupación por incrementar la transparencia y la participación en la aprobación de normas internacionales. Es una tendencia común que se observa tanto en organización privadas, como en entidades de estandarización.

También se ha empezado a hablar de una constitución global, cuya finalidad es establecer las garantías de los ciudadanos ante poderes sancionadores supranacionales, como por ejemplo el sistema de listas negras o *debarment*. Pero también establece derechos ante las investigaciones internas de las empresas, donde se recoge material probatorio que después va a ser utilizado en el proceso penal. Durante estas últimas décadas se han producido

sentencias emblemáticas de tribunales supranacionales en este punto como *Kadi* o *Bosphorus*.

En líneas generales se consideraba además que el Derecho Penal global resolvía adecuadamente la denominada paradoja de la globalización: teóricamente problemas globales, como la criminalidad global, pueden ser resueltos concentrando el poder en instancias supranacionales; podría pensarse en tribunales especializados, que dispusieran de fiscales, imitando el modelo de la Corte penal internacional. Esto sin embargo conlleva el peligro de una concentración de poder. Un sistema policéntrico de control como el que propone el Derecho Penal global lleva incorporado de serie *check and balances* que evitan estos problemas.

El optimismo acerca de un modelo de cooperación penal como el que se ha descrito se ha truncado en los últimos meses. La llegada de Donald Trump, la guerra de Ucrania y el triángulo de superestados conformado por Estados Unidos, China y Rusia, nos han situado en un marco de relaciones internacionales distinto. En lo económico se empieza a hablar ya de desglobalización y en lo político del fin del multilateralismo.

Existen fuertes evidencias de que algunos de los factores que posibilitaron el Derecho Penal global están desapareciendo:

Una política internacional inspirada en mi «nación lo primero» –el América First– impide reconocer la existencia de bienes jurídicos globales. Los intereses nacionales pesan más que la protección del medio ambiente o la lucha contra la corrupción. Todos conocemos como una de las primeras medidas de Donald Trump cuando llegó al poder fue dejar en suspenso la aplicación de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero. Este hecho puede suponer una herida de muerte para la represión de la corrupción internacional. Las otras superpotencias, China y Rusia, tampoco tienen en ello el mayor interés.

Hay también una vuelta de la soberanía clásica vinculada al poder sobre el territorio. La política de aranceles que llevada a cabo Trump implica el renacer de las fronteras. Una vuelta al mercantilismo, el modelo de relaciones económicas que siguió al reconocimiento de la soberanía en Westfalia. El problema de la inmigración se está intentando atajar con la misma estrategia, el cierre de fronteras, en lugar de incidir en la cooperación. Las guerras de anexión, como la de Ucrania, y las reivindicaciones fronterizas (Groenlandia, pero también Taiwán) nos devuelven al mundo de los territorios y las fronteras.

También es patente el ataque a las organizaciones internacionales formales. Además de Naciones Unidas o la Organización mundial de la Salud, la guerra arancelaria resta importancia a la Organización Mundial del Comercio, el corazón de la globalización económica. El debilitamiento de la Corte penal

es también evidente y no solo porque los Estados Unidos hayan incluido a algunos de sus jueces dentro de su sistema de sanciones comerciales. Con ello el sistema que creo Ley Magnisky destinado a la protección de los Derechos humanos se ha pervertido.

Cuando descendemos a problemas que afectan ya a concretos crímenes transnacionales estas impresiones de cambio de modelo se confirman. El tráfico de drogas en Venezuela se afronta a través de la intervención del ejército capturando y disparando contra embarcaciones que presuntamente traficaban con drogas. En el Ecuador se han bombardeado zonas donde se práctica la minería ilegal. ¿Significa esto que en lugar de un Derecho Penal transnacional recurriremos en el futuro al puro ejercicio de la fuerza, al margen del derecho?

El cambio es radical en lo que se refiere a las herramientas del *soft power* y el *soft law* pasamos a las armas y al no derecho. Esta tendencia se empezó a vislumbrar tras los atentados del 11 de septiembre en la lucha contra el terrorismo. El peligro es que ahora se extienda sin control. En este nuevo escenario incluso el Derecho Penal transnacional puede aumentar su componente neocolonialista, que siempre han tenido algunas normas del Derecho Penal transnacional. El ejemplo es la legislación sobre trata de seres humanos. El modelo de la trata sanciona conductas que proceden del país de origen, pero por ejemplo no se castiga la compra de productos elaborados con explotación laboral.

Todos estos factores se condensan en la reciente aprehensión del dictador Nicolás Maduro por parte de las tropas norteamericanas el 3 de enero de 2026. La captura se hace con total desprecio de los fundamentos del Derecho internacional contenidos en la Carta de Naciones Unidas: la igualdad entre los Estados, la prohibición del ejercicio de la fuerza sobre el territorio de otro soberano y la no intervención entre asuntos internos. Aunque de menor intensidad, este comportamiento se acerca a los fundamentos del crimen de agresión. En el fondo, lo que se ha venido a hacer el Donald Trump de manera algo más sofisticada que Putin en Ucrania, es la toma de control de un país para explotar sus recursos económicos. Se trata de una anexión territorial más sofisticada: no se conquista territorialmente no un país, sino que a través de un golpe de estado o maniobra similar, se controla su gobierno.

En este marco, reivindicar la regla del *male captus, bene detentus*, como sin duda hará la jurisdicción americana para legitimar el proceso contra Donald Trump, supone negar la existencia de la cooperación judicial, y apostar por un sistema donde las violaciones donde la persona es un objeto y no se tienen en cuenta sus derechos humanos. El que este modo de proceder, haya sido admitido en el pasado en algunos países del *common law*, y que incluso fuese justificado por la Corte Suprema de Israel en el asunto Eichman, no im-

pide situarlo en las antípodas del sistema de cooperación judicial que se ha venido desarrollando a partir de sentencias tan emblemáticas como *Soering*, donde cualquier tipo de cooperación desde su inicio hasta su final ni debe lesionar, ni debe poner en peligro los derechos humanos.

Todos estos factores nos inducen a ser pesimistas sobre el futuro del Derecho Penal global. Es más incluso sobre el propio Derecho Penal transnacional. En el escenario más pesimista todo hace pensar que podemos volver a un modelo mínimo, en el que además el principio de reciprocidad puede jugar un papel muy relevante. Con ello la cooperación judicial dejará de estar vinculada a lo jurídico y por tanto a los derechos y pasará a ser una herramienta más a utilizar en la política exterior, como ocurrió durante el XIX. También es posible que podamos asistir al renacer de viejas doctrinas, como la del *non inquiry*, que negaban cualquier relevancia a la vulneración de derechos fundamentales en la cooperación judicial.

Ojalá todas estas previsiones sean equivocadas y fruto de un pesimismo excesivo y por tanto equivocado. Lo que no es, en modo alguno equivocado es afirmar que un horizonte encrespado con tales nubarrones negros hace imprescindible seguir perteneciendo y construyendo la «comunidad invisible de juristas internacionales», tal como José Luis ha hecho durante toda su carrera.

174. THE UNITED NATIONS QUINQUENNIAL REPORTS ON THE DEATH PENALTY

WILLIAM A. SCHABAS
Professor of International Law School of Law

MIDDLESEX UNIVERSITY LONDON

In June 2025, the Secretary-General of the United Nations issued the eleventh report on capital punishment, entitled ‘Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty’. It is known as the ‘quinquennial report’ because the Secretary-General has issued such a report every five years since 1975. Taken as a whole, the eleven reports document evolving trends with respect both to the implementation of capital punishment and to its abolition.

According to the 2025 report, 117 States have abolished the death penalty *de jure*, 10 have abolished it for so-called ordinary crimes, 44 have ceased using the death penalty although it remains part of their law and individuals may still be sentenced to death, and 30 retain the death penalty. Of the 30 that retain the death penalty, more than half only use it occasionally¹. Fifty years previously, when the first report was issued, the Secretary-General observed that nine States had abolished the death penalty *de jure*, 23 had abolished it for so-called ordinary crimes, 3 were deemed to be abolitionist ‘by custom’ and 101 States retained the death penalty².

¹ Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/2025/75, para. 5 and Table I.

² Capital punishment, E/5616, Annex I.

The issue of the death penalty was debated as part of the setting of international legal standards during the early decades of the United Nations. In 1948, the General Assembly considered whether to refer to capital punishment in the right to life provision of the Universal Declaration of Human Rights. Ultimately, it was agreed not to address the issue. The Universal Declaration was intended to be a 'common standard of achievement'. Eleanor Roosevelt thought that listing capital punishment as an exception to the right to life might hinder progressive developments towards abolition³.

The General Assembly returned to the issue in 1957 when it debated the right to life provision of the International Covenant on Civil and Political Rights. It departed from the approach of the drafters of the European Convention on Human Rights who had chosen to list capital punishment in the second sentence of article 2 as an exception to the right to life. Instead, the Covenant uses the right to life provision to establish limitations on the practice of the death penalty and to specify that the restrictions it set out were not to be invoked to delay or to prevent abolition of capital punishment⁴. In principle, then, capital punishment amounts to arbitrary deprivation of the right to life, pursuant to article 6(1) of the Covenant. However, the practice is restricted in various ways by article 6 pending abolition.

The debates in 1957 induced several abolitionist States to press for attention by the United Nations to the issue of capital punishment. A resolution of the General Assembly adopted in 1959 invited the Economic and Social Council 'to initiate a study of the question of capital punishment, of the laws and practices relating thereto, and of the effects of capital punishment, and the abolition thereof, on the rate of criminality'⁵. This led to a report by French jurist Marc Ancel, in 1962, and further activity in the political bodies of the United Nations⁶. In 1973 the Economic and Social Council noted the difficulty in establishing 'a full picture of the present situation, trends and safeguards concerning capital punishment'. It requested the Secretary-General to prepare 'periodic updated analytical reports at five-year intervals starting from 1975'⁷. In order to prepare the first of these reports, the Secretary-General sought information on the views and the practice of Member States by means of a questionnaire, to which 32 governments replied.

³ E/CN.4/AC.1/SR.2, p. 10.

⁴ A/C.3/SR.810-SR.820.

⁵ Study of the question of capital punishment, A/RES/1396 (XIV).

⁶ An overview of these developments is provided in the first quinquennial report, E/5616, paras. 5-12.

⁷ Capital punishment, E/RES/1745 (LIV).

The first report consisted of nine pages, completed with tables summarizing the global situation and the text of the questionnaire. The Secretary-General observed that ‘a majority of the States Members of the United Nations have gradually shifted from a position of concern about, but without a commitment on, the issue of capital punishment to one favouring the eventual abolition of the death penalty’. He said they took ‘guidance’ from the Universal Declaration of Human Rights and from the International Covenant on Civil and Political Rights, which had not yet entered into force. On the other hand, the Secretary-General said that ‘[o]ther Member States do not favour the early abolition of capital punishment’ although ‘[s]ome are moving towards it’. He said that ‘[o]thers regard the use of capital punishment as a sovereign right, though it may have little practical significance for them, and there are some who feel that capital punishment is an unfortunate, but, at this time, unavoidable necessity’⁸. But the conclusion was not especially positive. ‘It remains extremely doubtful whether there is any progression towards the restriction of the use of the death penalty’, said the Secretary-General⁹.

The second quinquennial report, issued in 1980, was more than double the length of the first report. It provided detailed information about the practice of capital punishment in retentionist States. Significantly more States than in 1975 provided the Secretary-General with information. The Secretary-General observed that the replies to the questionnaire suggested that ‘the legal status of capital punishment in Member States has remained relatively unchanged over the five-year period, with major or minor changes’¹⁰. Noting the norm set out in article 6(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights by which the death penalty may only be imposed for the ‘most serious crimes’, the report provided a list of offences subject to the death penalty in national legislation. Among them were offences against public and State property, illegal sexual intercourse, drug crimes, smuggling, illegal possession of weapons, piracy and a range of military crimes. Describing practice as ‘erratic’, the report said there had been no measurable change in death sentences imposed or carried out since the previous report. A table provided information about exemption from capital punishment in national practice based on such factors as age, pregnancy and mental state. According to the tables in the annexes to the report, 116 States were retentionist, 12 were abolitionist and 21 were abolitionist for ordinary crimes. The United States and Australia were deemed

⁸ Capital punishment, E/5616, paras. 14-15.

⁹ *Ibid.*, para. 48.

¹⁰ Capital punishment, E/1980/9, para. 20.

to be 'divided', given that as federations they had some jurisdictions that were retentionist and others that were not. Although the report contemplated the possibility of States that were 'abolitionist by custom', none were included in this category. Five years earlier, the report had deemed Belgium, Luxembourg and Nicaragua to be 'abolitionist by custom'. The 1980 report listed Belgium as retentionist while Luxembourg and Nicaragua were considered abolitionist.

Before the third report was issued, 1984 saw two significant legal developments. The Council of Europe adopted Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights abolishing the death penalty in peacetime. This reflected a trend towards abolition among Western European States. The United Nations Committee on Crime Problems and Control drafted the Safeguards Guaranteeing the Rights of Those Facing the Death Penalty. These attempted to codify and to some extent elaborate upon the norms governing the death penalty set out in article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In some respects they may actually have limited the scope of article 6. The reference in the Covenant to 'most serious crimes' was presented as 'intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences'. On other issues, they went beyond the limitations in the Covenant, for example by specifying that 'persons who have become insane' were not to be executed. The Safeguards were subsequently endorsed by the Economic and Social Council and the General Assembly¹¹, and by the 1985 Crime Congress, held in Milan. The 1985 report paid particular attention to the various Safeguards.

There was very modest change in the general situation according to the 1985 report of the Secretary-General. It noted a relatively low number of responses to the questionnaire compared with the two previous reports. It cited the decisions of a few States, El Salvador, France, and Nicaragua, to abolish the death penalty together with 'an apparent decrease in the number of capital sentences and execution' as evidence making it possible to conclude that the movement towards abolition has progressed somewhat during the period under review'¹². This was confirmed in the tables indicating 118 retentionist States, with 29 described as abolitionist, 12 as abolitionist for ordinary crimes and 7 as abolitionist *de facto*. Thus, of 166 States, approximately 70% were retentionist compared with about 80% in the 1975 report. The 1985 report was the first to use the category of abolitionist *de facto*, so described if there were no re-

¹¹ Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty, E/RES/1984/50; Human rights in the administration of justice, A/RES/39/118, OP 2. Also Implementation of the conclusions and recommendations of the 7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, E/RES/1986/10 X.

¹² Capital punishment, E/1985/43, para. 107.

ports of an execution for ten years. The report said that it was ‘virtually impossible’ to make an overall assessment of practice globally. It addressed some of the subjective aspects, including public opinion and arguments for and against use of the death penalty, and the situation of inmates on death row.

Detailed information on compliance with the Safeguards adopted in 1984 was the subject of an extensive report issued in 1988¹³. The following year, the Economic and Social Council requested the Secretary-General to address the Safeguards on a regular basis as a component of the quinquennial reports¹⁴. Information on the death penalty was also considerably enriched by a detailed study conducted by Amnesty International¹⁵ and a comprehensive report prepared by Roger Hood, professor of criminology at Oxford University, at the request of the United Nations Secretariat, subsequently published by Oxford University Press¹⁶. Roger Hood would be listed in subsequent quinquennial reports as an adviser in their preparation, a function he fulfilled until the 2005 report. Since 2010, the reports have been prepared with the assistance of the author of the present tribute to José Luis de la Cuesta.

The 1990 report listed 92 retentionist countries and 77 that had abolished the death penalty in law or in practice. Of the latter, 39 were fully abolitionist, 17 were abolitionist for ordinary crimes and 21 were abolitionist *de facto*¹⁷. The Secretary-General urged that efforts be undertaken to counter popular support for the death penalty, noting that it is ‘often a spontaneous reaction to certain forms of crime’. Accordingly, ‘educational measures should be devised to emphasize respect for human life, while stressing the finding of criminological research on erroneous perceptions about the deterrent effect of capital punishment’¹⁸.

The Secretary-General continued to lament the inadequate response to the questionnaire. In 1995, only 54 governments replied to the questionnaire. The great majority of the respondents were fully abolitionist or abolitionist *de facto* who had little to contribute with respect to the implementation of the death penalty¹⁹. This pattern has been repeated since then, the only difference

¹³ Implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/AC.57/1988/9.

¹⁴ Implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/RES/1989/64, OP 6.

¹⁵ Amnesty International, *When the State Kills: The Death Penalty v. Human Rights*, London, 1989.

¹⁶ Roger Hood, *The Death Penalty, A Worldwide Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 1989.

¹⁷ Crime prevention and criminal justice, E/1990/36/Rev.1, para. 15.

¹⁸ *Ibid.*, para. 65.

¹⁹ Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/1995/78, para. 6.

being that the proportion of abolitionist States responding to the questionnaire has continued to increase. Most of the States that continue to use the death penalty simply do not reply to the questionnaire. Reacting to this problem, in 1995 the Economic and Social Council requested the Secretary-General 'to draw on all available data, including current criminological research, and to invite the comments of specialized agencies, intergovernmental organizations and non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council' ²⁰.

Mysteries remain about the practice of the death penalty in some countries that treat such information as a State secret, notably China, Vietnam and North Korea. In some quinquennial reports, estimates of the number of executions in China were based upon those provided by Amnesty International. However, in the absence of any official information or reliable sources from outside the country, the quinquennial reports no longer speculate on the number of executions.

The number of retentionist States was unchanged in 1995 from what it had been in the previous report. However, the total number of United Nations Member States had increased considerably, principally due to political changes in Central and Eastern Europe. The 1995 report listed 56 fully abolitionist States, 14 that were abolitionist for ordinary crimes and 28 that were abolitionist *de facto*. For the first time, the number of abolitionist States was now slightly greater than those that retained capital punishment. The trend became even more pronounced in 2000, with 74 fully abolitionist States, 13 abolitionist for ordinary crimes and 38 that were abolitionist *de facto*. The number of retentionist States had declined from 92 in the 1995 report to 71.

The 2000 report questioned the usefulness of the abolitionist *de facto* category. 'Now that so many countries have become truly abolitionist, it seems no longer necessary or politically advantageous to treat abolitionist *de facto* States as if they were a subcategory of the abolitionist group', it said. The report proposed that 'until they have clearly indicated their intention to remove capital punishment from their legislation and to subscribe to international conventions which ban its reintroduction, they are best regarded as a subcategory of retentionist States, albeit ones that appear to be moving in the abolitionist direction' ²¹. This approach was only partially implemented in subsequent reports. States that had not conducted an execution for 10 years were deemed

²⁰ Capital punishment, E/RES/1995/57, OP 4.

²¹ Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/2000/3, para. 40.

‘retentionist, de facto abolitionist’, but no attempt was made to distinguish between those that had ‘clearly indicated’ an intention to abolish the death penalty and those that had not. In the 2015 report, the Secretary-General said that ‘the status of *de facto* abolitionist appears to be a very useful and accurate indicator of future behaviour and a valuable concept to assist in understanding trends with respect to capital punishment in both practice and law’²².

The *de facto* abolitionist category remains controversial²³. Some non-governmental organizations, such as Amnesty International, consider States to be *de facto* abolitionist if they have not conducted an execution for the previous 10 years and if they ‘are believed to have a policy or established practice of not carrying out executions’. This is considerably less demanding than what was proposed in the 2000 report with its standard of ‘clearly indicating’ the intent to abolish the death penalty. Nevertheless, this subjective approach generates a lower number than the objective standard of 10 years without an execution that continues to be applied in the Secretary-General’s reports. For example, the 2024 report of Amnesty International listed 23 States as abolitionist *de facto*²⁴ whereas the number was 44 in the Secretary-General’s 2025 report²⁵.

The idea in the 2000 report that abandoning the *de facto* abolitionist category might be ‘politically advantageous’ may have reflected concerns that such a label could actually encourage States not to move forward to full abolition. Ministers and government officials who are opposed to capital punishment may find it easier to avoid parliamentary debates on the subject. But it cannot be denied that the identification of States that appear to have stopped carrying out capital punishment, measured by the absence of execution for a decade, provides a very useful indicator of the direction of travel. In 2000, the Secretary-General may have been influenced by the fact that several States deemed abolitionist *de facto* in the previous report had conducted executions and thereby returned to the retentionist category²⁶. However, subsequent quinquennial reports indicate that reversion from *de facto* abolition to retention is

²² Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/2015/49, para. 13.

²³ See, for example, ROGER HOOD, ‘The enigma of de facto abolition of capital punishment’, in Rosario de Vicente Martínez et al., eds., *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero, Un Derecho Penal humanista*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 909-921.

²⁴ Amnesty International, *Death Sentences and Executions 2024*, p. 43.

²⁵ Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/2025/75, para. 5 and Table I.

²⁶ Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/2000/3, para. 36.

exceedingly rare. Moreover, the category now appears to be shrinking as *de facto* abolitionist States proceed to formal abolition without being replaced by retentionist States that have stopped executions.

Similarly, as the quinquennial reports document, it is virtually unknown for a State to return to capital punishment after it has been abolished *de jure*. The Philippines appears to be the only State to have done so since the reporting began. It abolished the death penalty in 1986, then restored it in 1993, abolished it again in 1996 and now remains abolitionist.

Merely listing States that employ the death penalty, even if this is associated with the actual number of executions they conduct, does not provide much guidance in assessing the scale of the phenomenon. In order to address this, the 2000 report included a table that listed States that had conducted a minimum of 20 executions during the quinquennium. It also calculated the rate of execution per 1 million of population. The 2000 report recorded 26 countries in this category. By comparison, there were 15 in this category in the 2005 report, indicating genuine progress among States that once appeared to be very devoted to the practice of capital punishment. In 2000, the highest rate of execution was in Turkmenistan, which stopped executions altogether in 1997. Second was Singapore, which continues the practice until the present day., and shows no sign of movement towards abolition. The 2000 report also presented information on international legal developments, such as the ratification of the abolitionist protocols to human rights treaties and judgments of international human rights courts.

The quinquennial reports began referring to countries and ‘territories’ in 2000. That year, it listed ‘Taiwan, Province of China’, recording 121 executions during the quinquennium. In 2005, the report included information about Palestine. Subsequent reports have referred to the Holy See and to Kosovo, with the proviso that this was to be understood to be in the context of Security Council resolution 1244 (1999). Palestine and the Holy See are observer States in the General Assembly.

The Office on Drugs and Crime, as it has been known since the 1990s, located in the Vienna office of the United Nations, is the institutional home of the quinquennial reports. However, developments with respect to capital punishment are also properly situated within the human rights organs of the United Nations which are based primarily in Geneva. In its final year of activity, the Commission on Human Rights adopted a resolution requesting the Secretary-General to provide a yearly supplement to the quinquennial report ‘paying special attention to the imposition of the death penalty on persons younger than 18 years of age at the time of the offence and on persons suffering

from any mental or intellectual disabilities’²⁷. The first such report was presented to the Human Rights Council, which replaced the Commission, in 2007²⁸. Since then, annual reports have been prepared for the Human Rights Council on a range of thematic issues related to the death penalty. The 2025 report addressed the issue of equality of arms, the need to prevent miscarriage or other failure of justice, and the irreversibility of the death penalty. It recognized ‘considerable progress’ towards abolition but observed that ‘a diminishing number of retentionist countries continued to substantially increase the number of executions’²⁹.

Progress towards universal abolition of capital punishment is one of the remarkable developments in criminal justice and human rights over the past several decades. Unlike many issues, such as racial equality and the prohibition of torture and enforced disappearance, which are difficult to quantify, capital punishment lends itself to statistical analysis. The quinquennial reports of the Secretary-General chart developments over five decades as well as providing a reliable source of information on the current situation. The phenomenon of capital punishment is not yet consigned to history but it is greatly diminished since 1975, when the first report was issued.

The first quinquennial report, issued in 1975, mentioned Spain only once, in the list of retentionist countries. The last executions in Spain took place that year, despite appeals from around the world and condemnation in the General Assembly and other bodies³⁰. Mexico even called for the Security Council to suspend Spain as a member of the United Nations³¹. Spain’s 1978 constitution abolished the death penalty except for certain offences in wartime. In the 1980 report Spain was described as a State that was abolitionist for ordinary crimes. Spain ratified the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, in 1991, but with a reservation respecting ‘exceptional and extremely serious cases’ in the Military Penal Code, adopted in 1985³². In its reply to the questionnaire for the 1995 quinquennial report, Spain explained that legislation to abolish the death penalty in the Military Penal Code had entered into force. The report said Spain had explained that this reflected the general sentiment of the citizenry, which was consistent with the school of thought favouring abolition.

²⁷ The question of the death penalty, E/CN.4/RES/2005/59, para. 11.

²⁸ The question of the death penalty, A/HRC/4/78.

²⁹ The question of the death penalty, A/HRC/60/47, para. 19.

³⁰ See, for example, A/C.3/SR.2156, para. 9; A/C.3/SR.2158, para. 4.

³¹ Letter dated 28 September 1975 from the Permanent Representative of Mexico to the United Nations addressed to the Secretary-General, S/11831.

³² C.N.85.1991.TREATIES-3.

Referring to a recommendation of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Spain's reply to the questionnaire said that 'no more degrading or afflictive punishment could be imagined than to deprive a person of his or her life, nor could anyone conceive of anything more contrary to the philosophy of punishment enshrined in its Constitution, in which punishment was seen as a means of rehabilitation, than the deprivation of life'³³. Spain withdrew the reservation to the Second Optional Protocol in 1998³⁴. Later, it devoted significant resources to the international campaign for abolition of the death penalty, serving as host and major sponsor of the International Commission Against the Death Penalty.

³³ Capital punishment and implementation of the United Nations safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, E/1995/78, para. 17.

³⁴ C.N.25.1998.TREATIES-1.

175. LES MÉTAMORPHOSES DU TRAITEMENT DES VIOLENCES SEXUELLES EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL PERSPECTIVES HUMANISTES

GUILLEMIN TAUPIAC NOUVEL

Profesora Titular de Derecho privado y Ciencias Criminales
Universidad de Pay y de los Países del Adour

«Le soleil semble se répandre, et, en vérité, se répand partout, mais ne se tarit pas. Cette diffusion, en effet, n'est qu'une extension. Les rayons s'appellent aktinès, du verbe ekteimesthai, s'étendre. Or, ce que c'est qu'un rayon, tu peux le voir si tu observes la lumière du soleil pénétrer par une fente dans une pièce obscure. Elle s'étend en ligne droite et se plaque en quelque sorte sur le solide qu'elle rencontre et qui la sépare de l'air qui vient après. C'est là qu'elle s'arrête, sans glisser, sans tomber. C'est ainsi que l'intelligence doit se répandre et s'épancher, sans se tarir, mais en s'étendant, sans venir heurter avec violence et impétuosité contre les obstacles qu'elle rencontre, sans tomber, mais s'arrêter sur l'objet qui la reçoit et l'éclairer. L'objet, en effet, qui ne la recevrait point, se priverait lui-même de clarté»¹.

Sur le chemin académique, certaines rencontres apportent une lumière scientifique et humaine d'une rare intensité. Mondialisation et justice pénale, traitement des victimes du terrorisme et de la traite des êtres humains, justice restaurative sont autant de thématiques auxquelles le Professeur José Luis de La Cuesta a consacré son expertise accompagnant ainsi dans leurs travaux plusieurs générations d'enseignants-chercheurs, parmi lesquels l'autrice de

¹ MARC-AURELE, *Pensées pour moi-même*, Livre VIII, LVII.

ces lignes². Rendre hommage dans le cadre de ce *liber amicorum* à cette guidance académique caractérisée par un inconditionnel humanisme invite à s'interroger sur les perspectives de mutations du droit international pénal à l'aune des négations les plus atroces de l'humanité.

Ces trente dernières années, le *ius incriminendi* dans la lutte contre les infractions de masse à caractère sexuel en droit international a connu une évolution significative. D'un point de vue quantitatif, les violences sexuelles ont été reconnues intégrées dans les normes de droit international pénal au titre des crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre tels que définis par le statut de Rome³. D'un point de vue qualitatif, un tournant timide semble se marquer par une acceptation progressive de prendre davantage en considération, aux stades de l'élaboration et de la sanction de la norme pénale, la réalité des atteintes physique et psychique générées par ces crimes de masse. Si de nombreux chantiers sont encore inaboutis, la vocation du droit international des infractions universelles à protéger l'humanité trouverait un nouvel élan dans son application aux violences à caractère sexuel, et pour cause. La dignité humaine est atteinte dans son essence par la commission de violences sexuelles de masse, avec les conséquences de destruction individuelle irréversible qu'elles emportent, et cela d'autant plus lorsque ces violences deviennent en soi une stratégie de terreur. L'homme entre dans son obscurité la plus totale. Ainsi ne pas reconnaître juridiquement cette situation participe à enfermer le monde dans la normalité du mal⁴. L'effectivité de la justice pénale internationale en est alors, à plus ou moins court terme, directement mise à mal.

La lutte contre les infractions de masse à caractère sexuel implique de revenir avec force à un principe dont le sens et la portée semblent s'être perdus dans les interstices du droit international pénal. Pourtant, le principe d'humanité est aussi fondamental dans la construction d'un système répressif centré sur la valeur de la personne que les grands principes inhérents à la matière pénale⁵. Ce principe a en effet une résonance particulière lorsqu'il est question de la protection des victimes d'infractions pénales. « Dépassant la perspective limi-

² Ces lignes de réflexion en hommage sont écrites avec une pensée forte pour notre doctorante commune, Elena Lofredi, qui partageait cette préoccupation constante de replacer l'humain au centre du droit répressif. Elle avait choisi un co-directeur de thèse de doctorat en connaissance de cause.

³ TPIR, Le Procureur c. J.-P. Akayesu, ICTR 96-4-T, 2 septembre 1998; TPIY, Le Procureur c. Dagoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, IT-96-23 et IT-96-23/1, 22 février 2001; TPIY 2001; Ntaganda case 2021. Puis, dans le Statut de Rome aux articles 7-19) pour les crimes contre l'humanité et 8-2-b-xxii et 8-2-evi pour les crimes de guerre.

⁴ Au sens de la « banalité du mal » développée par Hannah Arendt suite aux procès d'A. Eichmann.

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *Le principe d'humanité en droit pénal*, *Revue de droit pénal et criminologie*, vol. 93, n.° 11, 2013, pp. 911 et s.

tée de la victime considérée en tant que sujet passif de l'action ou du délit, le respect du principe d'humanité en droit pénal exige de faire passer les victimes 'de l'oubli à la reconnaissance', en garantissant tous leurs droits, en leur reconnaissant une place au sein du système pénal {...}»⁶. En droit international, le principe d'humanité dépasse les seules considérations procédurales permettant de protéger réellement les intérêts des victimes par le droit. Tel que le rappelle la clause de Martens selon laquelle « les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'emprise des principes du droit des gens, tel qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique », il est à l'origine même du droit des conflits armés, du droit international humanitaire. Au-delà, l'histoire du droit international pénal montre que ce sont ces lois de l'humanité qui ont permis la répression des crimes nazis par le Tribunal militaire de Nuremberg⁷ ou encore l'évolution de la répression de la torture, du viol et des autres formes de violences sexuelles dans la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie⁸.

Il devient alors nécessaire de revenir à l'essence même de la matière du Droit international pénal pour maintenir ce lien important, voire déterminant en ce début de 21^e siècle, entre lutte contre l'impunité des auteurs de violences sexuelles de masse et lois de l'humanité. Le niveau de victimisation de masse par la gravité des atteintes perpétrées à l'encontre de l'humanité requiert des métamorphoses du droit international pénal pour que la justice ait encore un sens. Comme le rappelle le Dr. Mukwege, « there is no sustainable peace without justice ». Les mécanismes du droit international pénal de réparation des victimes, tels que prévus par le Statut de Rome en 1998, se suffisent plus à remplir leur fonction de reconstruction individuelle et collective dès lors que « les violences sexuelles sont une bombe à déflagration multiple »⁹. La lutte contre ce phénomène infractionnel met à l'épreuve la justice pénale internationale. Entre incriminations mieux adaptées à la réalité du phénomène criminel de masse et nouveaux dispositifs de reconstruction des victimes, le droit international pénal doit se repenser.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *Le principe d'humanité en droit pénal*, *Revue de droit pénal et criminologie*, vol. 93, n.° 11, 2013, pp. 911 et s.

⁷ «La protección de la dignidad de la persona y el principio de humanidad en el siglo XXI», in Rodríguez-Villasante J-L. y López Sánchez P.J (dir.), *Estudios de Derecho internacional, humanitario, Derechos humanos y Función policial. In memoriam Gonzalo Jar Conselo*, Cruz Roja Española, 2012, p. 111.

⁸ V. not. TPIY, Furundzija, IT-95.17/1-T, 10 décembre 1998, §137. «La protección de la dignidad de la persona y el principio de humanidad en el siglo XXI», in Rodríguez-Villasante J-L. y López Sánchez P.J (dir.), *Estudios de Derecho internacional, humanitario, Derechos humanos y Función policial. In memoriam Gonzalo Jar Conselo*, Cruz Roja Española, 2012, p. 111.

⁹ BARDET C.: Présidente de l'association « We are not weapons of war », in *Colloque sur les violences sexuelles comme armes de guerre: l'exemple du Soudan et de l'Ukraine*, Paris, 6 janvier 2026.

Or, penser le traitement des violences sexuelles autrement en droit international ne relève ni d'un idéal de justice ni d'une entreprise utopique. Il s'agit de refuser de se maintenir dans un déni de justice de plus en plus criant et d'ancrer ces réflexions dans une approche assurément humaniste. L'humanité reste une fin en soi¹⁰. Deux pistes d'évolution seront envisagées dans le cadre de ce travail. Premièrement, la réalité du phénomène criminel considéré impose des mutations substantielles, invitant à questionner la pertinence de la reconnaissance juridique du viol comme arme de guerre (I). En second lieu, la reconstruction de la paix sociale, sur laquelle repose toute paix durable à l'échelle plus globale, oblige aujourd'hui la justice pénale internationale à s'ouvrir à d'autres dispositifs pour la réparation des victimes (II).

I. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU VIOL COMME ARME DE GUERRE

«Le viol continue d'être utilisé de manière systématique et organisé comme une arme, voire une véritable tactique de guerre, dans de nombreux conflits à travers le monde. [...] plus de 4 600 cas ont été signalés en 2024, ce qui représente une augmentation de 25 % par rapport à 2023. Encore ces chiffres ne reflètent-ils que les cas documentés et vérifiés par l'ONU; nous savons toutes et tous qu'ils sont très largement sous-estimés»¹¹. Le viol et les violences sexuelles graves sont devenus un outil de domination collective, de terreur mais aussi de privation de tous droits humains. Il conduit à la destruction de l'individu physiquement, à l'éradication de son existence humaine, à l'atomisation de la relation à l'autre et du tissu social. Poursuivant un objectif d'effectivité de la répression, de prévention réelle, de stigmatisation des auteurs et de visibilité des victimes, une mutation du droit pénal substantiel international se justifie au moins par deux arguments juridiques.

En premier lieu, le caractère systématique du recours à la violence sexuelle pour asseoir la stratégie de terreur des populations et « atteindre les sociétés dans ce qu'elles ont de plus intime »¹² dans le cadre d'un conflit armé apparaît comme un élément constitutif distinctif de ce comportement criminel sexuel. On aurait pu croire que les violences sexuelles de masse commises depuis plus

¹⁰ Emmanuel KANT.

¹¹ VERIEN D., «Délégation aux droits des femmes, Sénat français», in *Colloque sur les violences sexuelles comme armes de guerre: l'exemple du Soudan et de l'Ukraine*, Paris, 6 janvier 2026.

¹² VERIEN D., «Délégation aux droits des femmes, Sénat français», in *Colloque sur les violences sexuelles comme armes de guerre: l'exemple du Soudan et de l'Ukraine*, Paris, 6 janvier 2026.

de vingt ans dans l'est de la RDC s'inscrivaient dans une spécificité de ce conflit armé et de l'histoire du pays. Or, il est maintenant établi que la réalité criminelle au Soudan, en Ukraine, en Ethiopie, ainsi qu'en Israël depuis octobre 2023, opère selon les mêmes caractéristiques¹³. Le viol comme dommage collatéral d'une guerre est une conception anachronique des violences sexuelles de masse. Et la prise en compte du viol et des violences sexuelles comme acte sous-jacents du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerres, par les textes internationaux dont le Statut de Rome, au même titre que le meurtre ou la torture, ne constitue plus une réponse juridique satisfaisante. Non, le viol n'est pas un crime contre l'humanité comme les autres !¹⁴. Que l'on parle de viol individuel, de viol collectif, de viols et violences sexuelles dans une situation d'esclavage sexuel, ces crimes ont fini par s'inscrire dans un protocole comportemental guidé par un *animus* de détruire de manière systématique l'humain dans ce qu'il a de plus intime.

Aussi, l'autonomie d'une incrimination universelle du viol et des violences sexuelles comme arme de guerre se justifie par la dangerosité du comportement criminel qui repose sur une dynamique psychique bien spécifique des auteurs. Un autre argument à la faveur de ce changement est la nécessaire traduction juridique de la conscientisation collective de l'horreur inacceptable. Cela oblige à repenser, pour mieux définir, les intérêts supérieurs protégés par la norme pénale.

En second lieu, l'autre justification proposée serait la réaffirmation, par une caractérisation plus claire, de la valeur universelle atteinte par les viols de masse en temps de conflits armés¹⁵. Certes, « l'importance du tournant dans la sensibilité contemporaine envers les violences sexuelles en temps de guerre, qui s'est accompagné d'une visibilité juridique accrue au plan international, est bien là : elle rend moins fluctuante l'attention portée à ces crimes, facilite les possibilités de poursuites et élargit l'espace de reconnaissance de leur souffrance et de sa réparation »¹⁶. Cependant, les études montrent que l'impact

¹³ *Colloque sur les violences sexuelles comme armes de guerre : l'exemple du Soudan et de l'Ukraine*, Paris, 6 janvier 2026.

¹⁴ Rapport annuel du secrétariat général du Conseil de sécurité de l'ONU, Violences sexuelles liées aux conflits, S/2024/292, Avril 2024.

¹⁵ Dans l'affaire Ongwen, la CPI « reconnaît de manière retentissante les souffrances endurées par les victimes de crimes sexuels et sexistes, englobant diverses formes de préjudices infligés directement à elles-mêmes et à leurs enfants ». Dans son ordonnance de réparation de 2024, la Cour « décrit minutieusement les préjudices physiques, moraux, matériels et communautaires subis par les femmes et les filles (paragraphe 276 à 314), soulignant la nature horrible et durable de la violence qu'elles ont endurée ». MANOBA J.A.: *Symposium on Dominic Ongwen Case: From Participation to Reparations – Representing Victims in the Dominic Ongwen Case*, 9 avril 2024, on line.

¹⁶ BRANCHE R./DELPLA I./HORNE J./LAGROU P./PALMERI D./VIRGILI F.: « Ecrire l'histoire des viols en temps de guerre », in Branche R. et Virgili F. (dir.), *Viols en temps de guerre*, Payot, 2011, p. 20.

de ces violences sexuelles de masse se distingue des autres types d'atrocité par sa nature intime et sa temporalité transgénérationnelle. Par ailleurs, il semble qu'à ce jour la reconnaissance de la spécificité des intérêts supérieurs à protéger implique la prise en compte de la violence de genre. En effet, si les violences sexuelles collectives et massives restent en soit une horreur, la réalité du phénomène criminel en temps de conflits armés est de s'attaquer systématiquement aux femmes et jeunes filles¹⁷. La victimisation se détermine ainsi en fonction du genre. Historiquement, il est vrai que ces viols et agressions sexuelles des femmes en temps de guerre étaient commis pour assouvir les besoins des hommes combattants, ou encore pour asseoir le contrôle patriarcal sur la sexualité féminine dans des sociétés ou groupes nationaux, religieux ou ethniques¹⁸. «En 2024, les Nations Unies ont recensé plus de 4 600 cas de violences sexuelles liées aux conflits, notamment utilisées comme tactique de guerre, moyen de torture ou à des fins de terrorisme et de répression politique, soit une augmentation de 87 % entre 2022 et 2024. De plus, le niveau de violence basée sur le genre a été jugé comme grave ou extrême dans 22 des 25 pays ayant connu une situation de crise humanitaire»¹⁹. Quand la menace même du viol devient une stratégie de guerre²⁰, le terme «weaponisation» des violences sexuelles contre les femmes et les jeunes filles prend tout son sens. Aussi ne pas reconnaître juridiquement le viol des femmes comme arme de guerre, et plus largement sans doute les violences sexuelles dans les conflits armés, comme infraction universelle autonome revient à maintenir une culture de l'impunité contraire à tout humanisme²¹.

II. LES DISPOSITIFS DE RECONSTRUCTION DES VICTIMES DE VIOLENCES SEXUELLES DE MASSE

La justice pénale rendue par des juridictions nationales ou supranationales est le pilier central sur lequel reposent la paix et la sécurité dans un État souverain ou sur la scène internationale. Rendre la justice par la sanction des auteurs de violences sexuelles commises dans les conflits armés participe à la

¹⁷ Rapport annuel du secrétariat général du Conseil de sécurité de l'ONU, Violences sexuelles liées aux conflits, S/2015/203, Mars 2015.

¹⁸ MOOKHERJEE N.: «Héroïnes de guerre et hommes oubliés de la guerre de libération du Bangladesh», in Branche R. et Virgili F. (dir.), *Viols en temps de guerre*, Payot, 2011, p. 75

¹⁹ ONU Femmes, *Faits et chiffres: Les femmes, la paix et la sécurité*, 20 octobre 2025.

²⁰ GBV Cluster, Ukraine, Gender based violence in Ukraine, Secondary Data Review, 27 April 2022.

²¹ En ce sens, MUKWEGE D., in *Droit international et violences sexuelles dans les conflits armés, Contributions de la Chaire Mukwege (2019-2023)*, IFJD, 2024.

réconciliation dans les zones de guerre ou de conflits. Toutefois, à la lumière de décennies d'expérience, cette contribution, pour être effective, reste soumise à la condition que les victimes soient vues, entendues dans le cadre de la procédure judiciaire répressive et prises en considération au stade de la peine. La justice pénale internationale doit tenir compte du contexte politique et humain dans lequel elle s'exerce l'invitant à évoluer²² et incontestablement à ouvrir le champ des possibles, notamment à des outils de réparation relevant de la justice transitionnelle²³. La jurisprudence la plus récente acte cette évolution en ce que les juges internationaux semblent progressivement intégrer des dispositifs de réparation et de réconciliation « non judiciaires ». En parallèle de la justice pénale rendue par la Cour pénale internationale ou les juridictions internationales spéciales, des dispositifs de reconstruction du tissu social par les femmes et pour les femmes victimes de violences sexuelles ont été mis en place participant au changement nécessaire de paradigmes sociétaux face aux violences sexuelles.

Dans les affaires les plus récentes portées devant la Cour pénale internationale, la visibilité des victimes de violences sexuelles est devenue concrète, tangible, moins stigmatisante. Au-delà d'aspects procéduraux significatifs devant la juridiction supranationale, pourront être relevés ici deux avancées importantes. La reconnaissance du préjudice transgénérationnel dans les cas de violences sexuelles²⁴ d'une part et, l'indemnisation de masse octroyée par la CPI²⁵, d'autre part, marquent incontestablement le nouveau souffle humaniste

²² TAXIL B./ MASSIAS J-P.: «Violences sexuelles dans les conflits armés: quelles réponses du droit international et de la justice transitionnelle ?», in Taxil B. Fouchard I et Klipfel C. (dir.), *Droit international et violences sexuelles dans les conflits armés, Contributions de la Chaire Mukwege (2019-2023)*, IFJD, 2024, pp. 45 et s.

²³ Il convient de souligner que l'aspect préventif, qui ne sera pas développé dans le cadre de cette contribution, participe également au bon fonctionnement de la justice répressive, voire devient un gage d'efficacité des politiques de lutte contre l'impunité des infractions de masse. Pour en souligner l'importance, il conviendra de rappeler que la méthode onusienne du « naming and shaming » (Résolution S/RES/1960(2010)) a trouvé un écho plus grand dans les mesures mises en place par le droit pénal régionalisé de l'Union européenne. Il s'agit en effet de mesures individuelles dites mesures restrictives prononcées contre les auteurs ou suspects de violations internationales des droits fondamentaux telles que les violences sexuelles de masse. V. Règlement (UE) 2020/1998 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits; Décision (PESC) 2020/1999 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits.

²⁴ CPI, Le Procureur c. Germain Katanga, Ordonnance de réparation, ICC 01/04-01/07-3728, 8 mars 2018; CPI, Procureur c. Dominic Ongwen, Ordonnance de réparation, ICC-02/04-01/15, 28 février 2024.

²⁵ CPI, Procureur c. Dominic Ongwen, Ordonnance de réparation, ICC-02/04-01/15, 28 février 2024. Il s'agit de la plus importante ordonnance de réparation dans l'histoire de la CPI, avec un montant total de 52 429 000 euros accordé à 49 772 victimes directes et indirectes de crimes contre l'humanité et violences sexuelles comme crimes de guerre. V. é.g. CPI, Le Procureur c. Dominic Ongwen, Chambre de première instance IX, ICC-02/04-01/15-1762, 4 février 2021, §3100.

de la justice pénale internationale. La Cour internationale de justice, elle aussi, consacre, dans un cadre inter-étatique, l'indemnisation de masse des préjudices subis par les victimes de violences sexuelles généralisées²⁶. A ces évolutions, s'ajoutent les mécanismes de réparation et de reconstruction orientés vers la protection effective des intérêts des victimes. Ce faisant, la justice pénale internationale semble prendre acte du fait que la protection des victimes de crimes de masse telles les violences sexuelles se mesure, avant tout, à l'efficacité de l'exécution des sanctions prononcées. Dans cette optique, la Cour a par exemple identifié dans l'affaire Ongwen les « réparations communautaires » comme la modalité la plus appropriée pour remédier aux préjudices multiples subis par le nombre colossal de victimes²⁷. Une autre manifestation en ce sens est issu de la jurisprudence de la Chambre d'appel de la Cour pénale spéciale de la République Centrafricaine dans laquelle les juges se réfèrent directement à des projets de justice transitionnelle menés sur le terrain par des ONG²⁸ au titre d'un mécanisme –et d'une structure– idoine pour mettre en œuvre les mesures de réparation prononcées par la Cour à la faveur des victimes de viol identifiées²⁹. Ainsi, l'intégration de dispositifs de justice transitionnelle dans le champ de la justice pénale classique ouvre la voie à une métamorphose de cette dernière à la faveur d'un traitement humaniste du phénomène criminel sexuel de masse.

On le sait, la justice transitionnelle relève d'une autre approche de la justice, plus holistique et davantage tournée vers la vérité et la réconciliation sociale³⁰. Or, une chose est de reconnaître son caractère complémentaire à la justice pénale traditionnelle, une autre est de constater l'autonomie qu'elle a pu acquérir face aux lacunes de cette dernière. Il est vrai que la prégnance du traumatisme et le risque de victimisation secondaire dans les procès internationaux, les difficultés de preuves exacerbées par la dimension collective et massive des violences sexuelles internationales, sont tant d'obstacles à la recons-

²⁶ CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo RDC c. Ouganda, Rec. 2022, 9 février 2022.

²⁷ CPI, Procureur c. Dominic Ongwen, Ordonnance de réparation, ICC-02/04-01/15, 28 février 2024.

²⁸ Not. ONG Institut Joinet- Institut francophone pour la justice et la démocratie.

²⁹ Cour pénale spéciale, Chambre d'appel, Arrêt n°13, 23 octobre 2023.

³⁰ Rapport Secrétaire général Conseil de sécurité de l'ONU, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, S/2004/616, 23 août 2004. La justice transitionnelle y est définie comme un « éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, et des poursuites engagées contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des contrôles et des révocations, ou une combinaison de ces mesures ».

truction des victimes de violences sexuelles. Marquant le pas de l'autonomie, des expériences de différents dispositifs de justice restaurative et transitionnelle menées dans le monde par des communautés de femmes victimes, directes ou indirects, de violences sexuelles en période de conflits témoignent de la possibilité de «sobreponerse a la violencia y contruir sociedades mas justas e igualitarias»³¹. Au sein de ces dispositifs, les cercles de paroles de femmes «para resignificar la historia de violacion sexual, sanarla y reconstruir la vida» sont considérés par les victimes elles-mêmes comme un moyen de lutter contre l'impunité³². En outre, le travail mené au sein de ces mêmes groupes communautaires sur la mémoire historique ayant comme objectif de contribuer à la non-répétition des violences sexuelles est envisagé comme une clé de la justice sociale. Somme toute, l'humanisation incontournable de l'inconscient collectif participera à un droit international pénal qui ne peut tolérer que des crimes sexuels massifs et collectifs détruisant dans toutes ses dimensions –présentes et futures– l'humanité restent dans l'obscurité.

³¹ MENDIA AZKUE I.: «Introducción. Acción política de las mujeres por el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición», in Mencia Azkue I./Guzman Orellana G./Zirion Landaluze I. (dir), *Género y justicia transicional. Movimientos de mujeres contra la impunidad*, Hegoa, 2017, pp. 15 et s. Traducción: «surmonter la violence et construire des sociétés plus justes et plus égalitaires ».

³² FULCHIRON A.: «Actoras de cambio en Guatemala: poner el cuerpo y la vida de las mujeres en el centro de la justicia», in Mencia Azkue I./Guzman Orellana G./Zirion Landaluze I. (dir), *Género y justicia transicional. Movimientos de mujeres contra la impunidad*, Hegoa, 2017, p. 86. Traduction: « pour redonner un sens à l'histoire du viol, la guérir et reconstruire sa vie ». V. ég. sur la mise en place et les témoignages relatifs au Commissions vérité et réconciliation, ZIRION LANDALUZE I., *Justicia transicional en la RDC. Organizaciones de mujeres por la paz y contra la impunidad en Kivu Norte y Kivu Sur*, in Mencia Azkue I./Guzman Orellana G./Zirion Landaluze I. (dir), *Género y justicia transicional. Movimientos de mujeres contra la impunidad*, Hegoa, 2017, pp. 281 et s.

176. FROM SIRACUSA TO ROME: A SHARED JOURNEY IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT

Professor Emeritus University of Antwerp

Former judge at the ICTY and the ICC.

Current judge at the Kosovo Specialist Chambers

Resumen (Español). En 1976, en Siracusa, una nueva generación de penalistas, entre ellos José Luis de la Cuesta, comenzó a concebir el ideal de una justicia penal internacional permanente. Con el impulso de Cherif Bassiouni, creímos estar en el umbral de una nueva era en la lucha contra la impunidad. La historia reveló límites y resistencias, y hoy la justicia penal internacional enfrenta un momento difícil. Sin embargo, la voz firme de José Luis y la fuerza de sus discípulos, junto con una nueva generación de penalistas, nos recuerdan que aún hay esperanza y que las semillas de un futuro renacimiento ya están sembradas.

FROM SIRACUSA TO ROME: A SHARED JOURNEY IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

I first met José Luis de la Cuesta in 1976, at the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) in Siracusa. We were both part of the first generation of *jeunes pénalistes* of the International Association of Penal Law –the Association over which José Luis would later preside with distinction. Those days in Siracusa were formative: we were young, eager, and inspired by the intellectual ferment around us. The atmosphere was one of

discovery, where comparative law, criminology, and international justice were not yet fully institutionalized fields but rather evolving projects, shaped by the energy of a new generation. From the very beginning, José Luis and I got along remarkably well. That encounter was not just the start of an academic collaboration, but the foundation of a lifelong friendship that has endured across decades, continents, and the shifting tides of international law.

We were also part of a generation that, under the stewardship and galvanizing encouragement of our mentor Cherif Bassiouni, began conceiving and further developing the idea –or should I say the ideal– that would eventually become the International Criminal Court, created in Rome in 1998.¹ At the time, we did not realize that we were living through what, in retrospect, appear as the halcyon years of international criminal justice. Along the lines of Fukuyama's «end of history,» we believed that we stood at the arc of a new age of international criminal justice in which, eventually, the fight against impunity would be won.

Unfortunately, the «end of history» proved to be only a pause—a moment in which States were willing to accept the jurisdiction of a Court with an independent prosecutor, marking a decisive difference from the ad hoc tribunals (the ICTY and the ICTR), which had remained under the control of the UN Security Council. The Rome Statute² entered into force with remarkable speed: sooner than expected, sixty States ratified it, and by 2003 the Court began its work in The Hague. In the years that followed, the number of States Parties rose to 123, a breadth of support that was unprecedented in the history of international criminal law. The enthusiasm was not confined to one region: Europe embraced the Court almost unanimously, Latin America rallied behind it as part of its own democratic transitions, and Africa—despite later tensions—was at the forefront of early ratifications. For a time, it seemed that the ICC had become a truly global institution, doing justice to the victims of «abominable atrocities» referred to in the Preamble, and embodying the collective determination to ensure that the gravest crimes would no longer go unpunished.

Yet even as the Court gained this remarkable breadth of support, it was equally clear that some of the world's most powerful States—Russia, China, the United States, India, Indonesia, and many Arab States—would remain outside its jurisdiction. Their absence was not merely symbolic; it underscored the

¹ BASSIOUNI, M. Cherif, *The Legislative History of the International Criminal Court* (2 vols., Brill, 2005).

² Rome Statute of the International Criminal Court, adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, U.N. Doc. A/CONF.183/9

fragility of a system that depended on cooperation but lacked universal reach. Over time, the hostility of certain States became more pronounced. The United States, in particular, shifted from initial ambivalence to outright opposition, oscillating between cautious engagement and open antagonism. Successive administrations questioned the Court's legitimacy, and measures were taken to shield U.S. nationals from its reach, including the «Hague Invasion Act», adopted by Congress during the presidency of George Bush, which would have allowed a military intervention should US nationals be arrested to stand trial in The Hague³. By the time the ICC prosecutor started investigating the Afghanistan situation, the tension increased⁴, and in 2024, when the ICC issued arrest warrants against the Israeli prime minister Netanyahu and his Minister of Defence, Yoav Gallant, the situation deteriorated. It culminated in 2025, when one of the first executive orders of President Trump was directed squarely against the Court, threatening sanctions that could, if implemented, sound the death knell for the ICC⁵. Such actions revealed the enduring tension between the aspiration for a universal system of justice and the realities of power politics.

In this shifting landscape –between the optimism of Rome and the sobering realities of state resistance– the voice of José Luis de la Cuesta has remained steady, principled, and profoundly relevant. His scholarship has never been confined to abstract doctrine; it has consistently engaged with the practical dilemmas of international criminal justice, reminding us that the legitimacy of law depends on its humanity. His writings on the principle of humanity⁶, on concurrent jurisdictions and the principle *ne bis in idem*⁷, and on the broader architecture of international criminal law⁸ have provided a compass for practitioners and scholars alike. He has been a tireless advocate for compara-

³ American Service-Members' Protection Act of 2002, Pub. L. No. 107-206, §§2001–2015, 116 Stat. 820 (2002).

⁴ The Trump administration reacted strongly when the ICC decided to continue the Afghanistan investigation in 2020. On 11 June 2020, President Donald Trump issued Executive Order 13928, which introduced economic sanctions and travel restrictions against ICC lawyers and investigators. Secretary of State Mike Pompeo announced the measures, criticising the ICC as a «kangaroo court». The administration's actions were part of a wider effort to protect U.S. military personnel and officials from international scrutiny and prosecution.

⁵ Executive Order 14203, «Imposing Sanctions on the International Criminal Court», signed by President Donald J. Trump on February 6, 2025

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL, «The Principle of Humanity in Penal Law», *Revue internationale de droit pénal* 2011/3, Vol. 82, p. 457–472.

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL, «Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle *ne bis in idem*», *Revue internationale de droit pénal* 2002/3, Vol. 73, pp. 561–578.

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL & OTTENHOF, R., «The IAPL: A Century-Long Effort for Penal Reform, International Criminal Justice, and Peace», *Revue internationale de droit pénal* 2015/3, vol. 86, pp. 395–410.

tive perspective, showing that the richness of legal traditions is not an obstacle but a resource for building common ground.

As the International Criminal Court faces existential challenges, José Luis's lifelong commitment to the ideals of justice, his insistence on intellectual rigor, and his ability to bridge cultures and traditions are more necessary than ever. He has shown us that even when institutions falter, the intellectual and ethical foundations we build endure. His leadership of the International Association of Penal Law, his stewardship of the Basque Institute of Criminology, and his mentorship of generations of scholars and practitioners have left a legacy that transcends institutions.

For me, it is a privilege to have shared this journey with him—from Siracusa in 1976, through the halcyon years of Rome, to the present moment of trial and uncertainty. Our friendship has been a constant source of inspiration, and his example continues to remind me that the pursuit of justice is not only a professional duty but also a personal calling.

This *liber amicorum* is a fitting tribute to a jurist, a colleague, and a friend whose life's work embodies the conviction that law, at its best, is an act of faith in humanity –and whose example assures us that even in times of decline, the seeds of renewal are already being sown. Those seeds are visible in the new generation of young penalists, many of them his own pupils, who carry forward his intellectual rigor and his faith in justice. In them, the promise of Siracusa and Rome still lives, awaiting its next chapter.

CAPÍTULO VII

Otras disciplinas

**177. ZIGOR-IZAERA DUTEN ADMINISTRAZIO-ZEHAPENEN
AURREKO ATZERAERAGIN-PRINTZIPIOA: EBJAREN C-544/23
«BAJI TRANS» EPAIAREN HARIRA**

CARMEN AGOUÉS MENDIZÁBAL
Zuzenbide Administratiboko Katedraduna
UPV/EHU

*José Luis de la Cuesta irakasleari, gure lagun maiteari,
eskerrik asko zure eskuzabaltasunagatik*

**I. EBKO OINARRIZKO ESKUBIDEEN GUTUNEAN AITORTZEN DEN
ZIGOR-ARLOKO LEGE MESEDEGARRIENAREN
ATZERAERAGIN-PRINTZIPIOARI BURUZKO GOGOETA
OROKORRAK**

Mesedegarriagoa diren zigor-arauen nahitaezko atzeraeragina, hau da, *in bonam partem edo in melius* atzeraeragina, Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren 15.1 artikuluan jasotzen da: «Delitua egin ondoren legeak xedatzen badu zigor arinagoa ezarri behar dela, delitugileak onura aterako dio horri». Antzera adierazten da Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunaren 49.1 artikulua: «Ezin izango da ezarri arau-haustea egiten den unean aplikatzekoa dena baino zigor astunagorik. Arau-hauste horren ondoren legeak zigor arinagoa ezartzen badu, zigor hori ezarri beharko da».

Printzipio hori zigorren beharrezkotasun- eta proportzionaltasun-printzipioekin lotuta dago. Zigorak beharrezkoak eta proportzionalak izan behar dute, eta, beraz, kondena ez dago justifikatuta, baldin eta, egitateak gauzatu ondoren,

legegileak irizpidea aldatzen badu egitate horiek gaitzesgarriak izateari buruz, dela aurrerantzean aplikatu beharreko zigorraren izaerari edo mailari buruz.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren (EJJA) ustez Europar Batasuneko zuzenbidearen printzipio orokor baten aurrean gaude¹; zehazki, adierazi du, Lisboako Trataturaren indarrean jarri aurretik, zigor-lege mesedegarrienaren atzeraeragin-printzipioa estatu kideen konstituzio-tradizio erkideetatik zetorrela, eta, beraz, Estatu kideetako epaileek printzipio hori kontuan hartu behar dutela, baita zuzenbide estatala aplikatzen dutenean ere, baldin eta aplikatzen den arau estatalak Europar Batasuneko zuzenbidearekin loturarik baldin badu²; hala ere, Auzitegiak nabarmendu du ez dagoela konstituzio-tradizio komunik *lex mitiorearen* printzipioa zigor-izaerarik ez duten zehapenetara hedatzea funtsatu ahal izateko.

EJJAren jurisprudentziatik ondorioztatzen da zigor-legearen atzeraeragin-printzipio mesedegarrienaren aplikazioak dagokion ordenamendu juridikoaren barruan, jarrera-aldaketa bat islatzen duela, arau-hauste izan daitezkeen egitateen zigor-kalifikazioari edo arau-hauste horri aplikatu beharreko zigorrari dago-kionez³. Beraz, Printzipio hori aplikatzen da indarrean dauden arauen bilakaera arau-haustearen egilearen aldekoa denean, dela egitateen zigor-kalifikazioan izandako aldaketa batengatik, dela zigor arinago bat egoteagatik⁴.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziatik ondorioztatzen da Gutunaren 49. artikulua, gutxienez, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren (GEEH) 7. artikuluan aurreikusitako berme berberak dituela, eta berme horiek kontuan hartu behar direla, gutxienezko babes-maila gisa⁵, Gutunaren 52. artikulua 3. apartatuaren arabera,

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak adierazi duenez, zigor-lege mesedegarrienaren atzeraeragin-printzipioa, «arau bat da, zeinaren arabera, arau-hauste bat egin zen unean indarrean zegoen zigor-zuzenbidearen eta ebazpen irmo bat eman aurretik onartutako ondorengo zigor-arauen artean desberdinta-

¹ 2020ko apirilaren 30eko epaia, *Grezia vs. Batzordea*, (C-797/18 P, ECLI: EU: C:2020:103), 157. atala.

² 2005eko maiatzaren 3ko epaia, *Berlusconi* eta beste batzuk (C - 387/02, C - 391/02 eta C - 403/02, ECLI: EU: C:2005:270), 68. eta 69. atalak, eta 2016ko urriaren 6koa, *Paoletti* eta beste batzuk (C - 218/15, ECLI: EU: C:2016:748), 25. atalak.

³ 2023ko uztailaren 24ko epaia, *Lin* (C - 107/23 PPU, ECLI: EU: C: 2023:606), 107. atala.

⁴ Giza Eskubideen Europako Auzitegiak (GEEA) adierazi du zigor-lege onuragarrienaren atzeraeragin-printzipioa ez zaiola soilik aplikatzen bete beharreko zigorrari, baizik eta delituaren definizioari ere: ikus, bereziki, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren 2022ko urriaren 18ko Epaia, *Mørck Jensen* Danimarkaren aurka (C: ECHR: 2022: 1018JUD006078519, 46). Ikus, halaber, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren 2020ko maiatzaren 29ko kontsulta-iritzia, arau-hauste bat definitzeko «erreferentziazko legeriaren» teknika erabiltzeari buruzkoa eta arau-haustearen unean indarrean dagoen zigor-legea eta aldatutako zigor-legea alderatzeko erabili behar diren irizpideei buruzkoa (P. 16 - 2019 - 001, 82 eskaera).

⁵ 2024ko uztailaren 29ko epaia, *Alchaster* (C - 202/24, ECLI: EU: C: 2024:649), 92. atala.

sunak daudenean, epaileak aplikatu beharko baitu akusatuarentzat mesedegariagoak diren xedapenak dituen araudia»⁶.

Azken batean, printzipio honen arabera, antijuridikotasun materialaren judizioa aldatzen da. Desagertu egiten da jokabidearen antijuridikotasuna, eta, beraz, desagertu egiten da une horretara arte ordenamenduak aurreikusten zuen zehapenaren kausa⁷.

Gure barne-ordenamenduan, Espainiako Konstituzio Auzitegiak⁸ ulertu du printzipio horren oinarria EKren 9.3 artikuluan jasotzen dela kontrako zentzuan interpretatuta⁹, ez 25.2 artikuluan; beraz, printzipio hori babes-errekurtsoaren marjinetatik kanpo geratzen dela¹⁰.

Rebollo Puigek dioen bezala, doktrinan adostasunik ez badago ere, Konstituzio Auzitegiak konstituzio-maila eman dio *lex posterior mitius* printzipioari¹¹.

Sektore Publikoaren Araubide Juridikoaren 40/2015 Legearen (SPAJL) 26.2 artikulua printzipio horren irismena zehazten du, eta arau-haustearen eta zehapenaren tipifikazioan eta preskripzio-epeetara proiektatzen du; beraz, legez kontrako ekintzen ondorioak, ez badira hertsiki zigortzaileak, *in bonum* atzeraeraginaren aplikazio-eremutik kanpo geratzen dira. Honela dio: «Xedapen zehatzaileek atzeraeragina izango dute ustezko arau-haustearen edo arau-haustearen mesederako diren neurrian, hala arau-haustearen tipifikazioari nola zehapenari eta preskripzio-epeei dagokienez, eta are, xedapen berria indarrean jartzean bete gabe dauden zehapenei dagokienez ere»

SPAJLren 26.2 artikulua ez du bereizketarik egiten zehapen-ebazpena irmoa den ala ez, aldeko arau berria indarrean jartzen denean. Beraz, esan dezakegu zehapen-egintzaren irmotasunak ez duela eragozten aldeko atzeraeragina, zehapena guztiz bete ez bada.

⁶ GEEA, 2009ko irailaren 17ko epaia, *Scoppola* Italiaren aurka (2. zk.) (EE: ECHR: 2009: 0917JUD001024903), 109; Halaber, GEEA, 2021eko azaroaren 30eko erabakia, *Artsruni* Armeniaren aurka (EE: ECHR: 2021: 1130DEC004112613), 55, eta GEEA, 2022ko urriaren 18ko epaia, *Mørck Jensen* Danimarka (EE: ECHR: 2022: 1018JUD006078519), 44.

⁷ TORIO LÓPEZ, A. «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en Sebastián Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, 2541 orr.

⁸ Honela baieztatu zuen Konstituzio Auzitegiaren 8/1981 epaian.

⁹ 9.3 artikulua adierazten du Konstituzioak bermatzen duela «aldekoak ez diren edo norbanakoen eskubideak murrizten dituzten zigor-xedapenen atzeraeragirik eza».

¹⁰ Denen erakusgarri, 85/2006 KAE, martxoaren 27koa, 4. OJ. Ikusi honen inguruan BUENO ARMILLO, A. «El principio de legalidad sancionadora (III): la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables» en Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, 2010, 205-206 orr.

¹¹ REBOLLO PUIG, M. «Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones», *REALA*, 16 zk, 2021eko urria, 18. orr.

II. EBJAREN C-544/23 «BAJI TRANS» EPAIA: EGITATEAK

EBJAren Sala Nagusiaren 2025eko abuztuaren 5eko Epaian, (C-544/23 auzia), Eslovakiar Errepublikako Administrazioarekiko Auzien Auzitegi Gorenak planteatutako erabaki prejudizialaren eskaera bat ebazten da. Auzitegi Gorenak galdetzen du ea administrazio-zehapen baten aurkako kasazio-errekurtso batean epaileak aplikatu behar duen zigor-lege mesedegarriena, baldin eta lege hori indarrean jarri bazen auzitegiaren ebazpena eman eta Zuzenbide nazionalaren arabera irmo bihurtu ondoren.

Jarraian egitateak deskribatuko ditut laburki.

Eslovakiako Administrazioak, 2016ko abenduaren 8an, administrazio-zehapen bat ezarri zion *T. T* enpresari arau-hauste bat egiteagatik: *TT* enpresak garraio-enpresa bateko (*BAJI Trans*) ibilgailu batean hormigoi prestatua garraiatu zuen eta garraio-enpresa horrek arauak ezarritako takografoen aldizkako kontrolik ez zituen egin 2015eko ekainaren 25etik. Horregatik, zegokion organo administratiboak 200 euroko zehapena ezarri zion *T. T* enpresari. Zehapen horren aurka, bi enpresek errekurtsua jarri zuten Eslovakiar Errepublikako Lan Ikuskaritza Nazionalean, eta errekurtsu hori ezetsi egin zen. Ezespenez horren aurka, administrazioarekiko auzi-errekurtso bana aurkeztu zuten Bratislavako Eskualde Auzitegian. Auzitegi horrek ezetsi egin zuen *T. T*.k aurkeztutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoa, eta baita *BAJI Trans*-ek aurkeztutakoa; azken hau, legitimazio ezagatik. 2019ko uztailaren 15ean, *T. T*.k eta *BAJI Trans*-ek kasazio-errekurtsoa jarri zuten ebazpen horren aurka Eslovakiar Errepublikako Auzitegi Gorenean.

Kasazio-prozeduran, *T. T*.k eta *BAJI Trans*-ek adierazi zuten hormigoi prestatua garraiatzeko ibilgailuak takografoa eramatera behartzen zuen EBko 561/2006 Erregelamendua, 2020/1054 Erregelamenduak aldatu zuela eta aldaketa horren arabera estatu kideei aukera ematen zaiela salbuespenak ezartzeko hormigoi prestatua garraiatzeko erabilitako ibilgailuek takografo bat instalatuta izateko betebeharrari. Eslovakiako legegileak aipaturiko Erregelamenduak aitortzen zion ahalmena baliatu zuen ibilgailu-kategoria horiek takografo bat eramateko betebeharretik salbuesteko.

Kontuan hartu behar da Europar Batasuneko 561/2006 Erregelamendua aldaketa, indarrean sartzen dela Eslovenian *T. T*.k eta *BAJI Trans*-ek kasazio-errekurtsoa jarri ondoren.

C-544/23 «BAJI Trans» epaian azaleratzen diren gaiak aztertuko ditut, zigor-lege mesedegarrienaren atzeraeragin-printzipioa oinarri hartuta.

III. EPAIAK AZTERTZEN DITUEN GAI NAGUSIAK

1. Europar Batasuneko zuzenbidearekiko lotura

EBJAK aztertzen duen lehen galdera prejudiziala honakoa da: Oinarrizko Eskubideen Gutunaren 51.1 artikulua arabera, estatu kide bat Batasuneko Zuzenbidea aplikatzen ari dela esan daitekeen, bere administrazioak zehapen bat ezartzen dionean garraio-enpresa bati, EBko Erregelamenduetan ezarritako betebeharrak ez betetzeagatik. EBJAK hainbat aldiz berretsi duenez, Batasuneko Zuzenbidearen aplikazio-eremuan bermatutako oinarrizko eskubideak egoera horietan bakarrik aplikatzen dira, eta ez hortik kanpo¹².

Gutunaren 51.1 artikulua onorioetarako, zer da «Europar Batasuneko Zuzenbidea aplikatzea»? EBJAren esanetan beharrezkoa dela lotura erreala egotea EBko Zuzenbideko egintza baten eta estatu kideak hartutako neurri baten artean; ez da nahikotzat jotzen aztertutako gaiak elkarren hurbil egotea edo haietako batek bestean eragin zeharkakor bat izatea¹³.

EBJAK adierazi du zein irizpide hartu behar diren kontuan estatu kide baten neurri batek Europar Batasuneko Zuzenbidearen aplikazioarekin lotura duen ala ez zehazteko, Oinarrizko Eskubideen Gutunaren 51.1 artikulua zentzuan. Horretarako, egiaztatu behar da, besteak beste: eztabaidagai den arau nazionalaren helburua EBko Zuzenbideko xedapen bat betearaztea den; arau horren izaera juridikoa; arauak EBko Zuzenbidean aurreikusitakoetatik desberdinak diren helburuak dituen, nahiz eta EBko Zuzenbideari zeharka eragin diezaiokeen; eta EBko Zuzenbidean gai horri buruzko arau espezifiko bat existitzen den edo arau nazionalak hura ukitu edo eragin dezakeen¹⁴.

Irizpide horiek kontuan hartuta, EBJAK uste du Eslovakiako agintariei Europar Batasuneko Zuzenbidea aplikatu zutela T. T. enpresari administrazio-isun bat ezartzean, hormigoi prestatua garraiatzeko ibilgailu bat gidatzeagatik takografoaren kontrolik gabe. Gauza bera esan daiteke isun horri buruzko kontrol judizialari dagokionez. Jurisdikzio-organoak, kontrol hori gauzatzean, Europako Oinarrizko Eskubideen Gutunean ezarritako oinarrizko eskubideetatik eratorritako eskakizunak bete behar ditu. Eslovakiako legegileak, halaber, EBko Zuzenbidea aplikatu zuen, hormigoi prestatua garraiatzeko ibilgailuek takograforik eraman beharrik ez zutela ezartzean.

¹² 2013ko otsailaren 26ko Epaia, *Ykerberg Fransson*, (C 617/10, ECLI: EU: C: 2013:105), 19. atala

¹³ 2024ko uztailaren 29ko epaia, *Protectus* (C - 185/23, ECLI: EU: C: 2024:657), 42. Atala.

¹⁴ 2024ko uztailaren 29ko epaia, *Protectus* (C - 185/23, ECLI: EU: C: 2024:657), 43. atala.

2. Atzeraeragin-printzipioa aplikatu ahal izateko administrazio-zehapenak zigor- izaera izan behar du

Bigarren arazo prejudizialaren bidez, Eslovakiako jurisdikzio-organoak galdetzen du ea administrazio-organoak ezarritako zigor-lege onuragarrienaren atzeraeragin-printzipioa administrazio-zehapenei eta zehapen horien kontrol judizialari aplikatzen zaien. Europako Gutuneko 49.1 artikulutik ondorioztatzen da zigor-arloan aplikatzeko dela. Ondorioz, EBJAk aztertzen du administrazioak ezarritako administrazio-zehapena bezalako neurri batek zigor-izaera duen.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak emandako jurisprudentziaren arabera, zehapen baten zigor-izaera erabakitzeko, hiru irizpide hartu behar dira kontuan «Engel irizpideak» izenekoak ¹⁵:

- Arau-haustearen kalifikazio juridikoa: nazio-zuzenbidean arau-haustea nola sailkatzen den kontuan hartzea
- Arau-haustearen izaera bera: ekintza edo jokabideak berez duen zigor-izaeraren ebaluazioa. Irizpide horrek interes babestuak hartzen ditu kontuan zehapenaren zigor- izaera zehazteko.
- Zehapenaren larritasuna: interesdunari ezar dakioken zehapenaren larritasun maila ¹⁶.

Estatu kideek «zigortzat» jotzen ez dituzten arau-hausteen kasuan ere, arau-haustearen izaera bera eta arau-hausteak ekar ditzakeen zehapenen larritasunak eragin dezake haren zigor-izaera ¹⁷.

Aztertzen ari garen epaian, EBJAren arabera lehen irizpideari dagokionez, hau da, arau-haustea barne-zuzenbidean kalifikatzeari dagokionez, Eslovakiako zuzenbidean, *TTk* egindako arau-haustearen ondoren ezarritako zehapena ez da zigortzat hartzen.

Bigarren irizpideari dagokionez –arau-haustearen izaerari buruzkoari–, egiaztatu behar da ezarritako neurriak errepresio-helburua duen ala ez.. EBJAren arabera Zigorraren xedea da bai errepresioa bai legez kanpoko jokabideen prebentzioa. Aldiz, arau-hausteak eragindako kaltea konpontzera mugatzen den neurri batek ez du zigor-izaerarik. Epaitutako kasuan, ibilgailu-kategoria

¹⁵ GEEA, 1976ko ekainaren 8ko epaia, *Engel* eta beste batzuk Herbehereak (EE: ECHR: 1976: 0608JUD000510071)

¹⁶ Ikusi 2023ko maiatzaren 4ko epaia, *Integritate* (C - 40/21, ECLI: EU: C: 2023:367), 34. atala

¹⁷ Ikusi 2023ko maiatzaren 4ko epaia, *Integritate*, (C- 40/21, ECLI: EU: C:2023:367), 35 atala. Baita ere Letsas, G.» The truth in autonomous concepts: how to interpret the European Court of Human Rights». *European Journal of International Law*, 15 (2), 2004, 279-305 orr.

jakin batzuei dagokienez takografoa edukitzeko eta aldian behin ikuskatzeko betebeharra ezartzen duenez, EBko araudiaren helburua da erregelamendu hori aplikatzen zaien langileen baldintza sozialak eta bide-segurtasuna hobetzea. Helburu hori betetzeko, estatu kideek ezarri beharreko zigorrak disuasio-eta errepresio-izaera izan behar dute.

EBJAK adierazi duenez, hartzaile-kategoria jakin batzuek, EBko Zuzenbideak berariaz araututako jarduera batean aritzeko, nahitaez baimen bat eduki behar dute. Baimen hori kentzeko neurriek, ordea, ez dute zertan helburu errepresiboa izan. Epaitutako kasuan, abokatu nagusiak bere ondorioetan azpimarratzen duen bezala, ezarritako isunaren xedea ez da pertsona jakin batzuei prerrogatiba jakin batzuk kentzea, nahiz eta isunarekin batera jarduera hori gehienez bi urtez debekatzea aurreikusten den.

Espainiako Zuzenbidean ere administrazio-neurrien zehapen-educia zehazteko irizpidea neurri horien helburua da, errepresio helburua hain zuzen. Konstituzio Auzitegiak ere irizpide bera erabili helburua du¹⁸. Eta horixe da administrazio-doktrinak zehapenen ezaugarri bereizgarritzat azpimarratzen duen irizpide nagusia¹⁹.

Hala ere, administrazio-neurri batzuetan ezinezkoa izaten da argi eta garbi bereiztea arau-hausleari ezarritako zigorraren helburua eta interes orokorrak defendatzekoa, biak nahasian agertzen baitira. Legegileak arau-hauste bati zehapen gisa kalifikatutako neurri jakin bat lotzen dionean, jurisprudentzia konstituzionalak eta administrazio-doktrinak, oro har, lege-deklarazio hori zalantzarik gabe onartzen dute. Testuinguru horretan, logikoena litzateke legegile sektorialari kalifikazio-erabakietan zorrotasun tekniko handiagoa eskatzea, alferrikako konplexutasunak saihesteko.

Halaber, Espainiako Zuzenbidean, interes babestua ez da faktore erabakigarria administrazio-egintza baten izaera zigortzailea zehazteko, beste administrazio-egintza mota batzuetatik bereizteko²⁰.

Hirugarren irizpideari dagokionez, hau da, administrazio-zehapenaren larritasun-mailari dagokionez, xedapen aplikagarrietan aurreikusitako gehieneko zigorraren arabera zehazten da, eta epaitutako kasuan, arau-hausteari gehienez ere 1.660 euroko isuna ezar dakioke. Gainera, badirudi isun horrekin batera gidatzeko eskubideaz bi urtez gabetu daitekeela. Europar Batasuneko

¹⁸ Ikusi. Konstituzio-Auzitegiaren Epaia 276/2000 eta 132/2001 Epaia.

¹⁹ HUERGO LORA, A. *Las sanciones administrativas*. Iustel, Madrid, 2007, 225 orr.; Cano Campos, T. *Sanciones Administrativas*, Lefevre, Madrid, 2018, 25-26 orr.

²⁰ BALLESTEROS PANIZO, C. I. «Revisión crítica del concepto autónomo de sanción» *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2025* (Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J.; Cano Campos T. (dirs), 2025, 941-963 orr.

Justizia Auzitegiaren arabera, organo jurisdikzional igorleari dagokio egiaztatzea zehapen horiek, batera hartuta, zehapen errepresibotzat eta, beraz, zigortzat jo ahal izateko behar besteko larritasuna adieraz lezaketen.

Lex posterior mitius printzipioa ez zaie aplikatzen, EBeko Zuzenbidearen printzipio orokor gisa, Gutunaren 49. artikulua 1. paragrafoaren aplikazio-eremuan sartzen ez diren administrazio-zehapenei, baldin eta ez badute zigor-izaera. Nolanahi ere, estatu kideek ahalmena dute printzipio hori aplikatzeko, EBeko Gutunaren 53. artikulua arabera, babeserako estandar nazional gisa²¹.

Doktrina horren ildotik, organo jurisdikzional igorleari dagokio, EBJAren arabera irizpide horiek kontuan hartuta, *T. T.* enpresari ezarritako isuna zigorra den ala ez erabakitzea.

Ez dago irizpide objektiborik argitzeko 1660 euro asko edo gutxi diren eta, ondorioz, gehieneko zehapen astuna den ala ez. Zentzuzkoena litzateke zehapenaren larritasunaren mailaketa aurreikustea, irizpide subjektiboaren arabera, neurriak eragiten duen kalte samingarria kontuan hartuta.

Epaitutako kasuan *TT.* enpresak egindako arau-haustearen ondoren, ibilgailu jakin batzuei takografo bat emateko eta aldizkako ikuskapena bermatzeko betebeharrari buruzko EBeko Zuzenbidearen arauak aldatu egin ziren, eta araudi berri horrekin bat etorri - 165/2014 Erregelamenduaren 3. artikulua 2. paragrafoarekin- Eslovakiako agintariek ibilgailu mota horiek takografo bat edukitzetik salbuestea erabaki zuten.

EBJAren epaiaren arabera, EBeko Gutunaren 49. artikulua aplikatzekoa da zigor-izaerako administrazio-zehapenetan, baldin eta zehapena ezarri ondoren araudia zehatutako pertsonaren aldeko eran aldatu bada, eta aldaketa horrek legegilearen posizio-aldaketa islatzen badu egitateen zigor-kalifikazioari edo aplikatu beharreko zigorrari dagokionez²².

²¹ Abokatu nagusiak bere ondorioetako 70. puntuan azpimarratu duenez, EBeko legegileak beharrezkotzat jo du 2988/95 Erregelamenduaren 2. artikuluko 2. paragrafoan EBren zuzenbideko printzipio orokorra zabaltzea, hau da, zigorrik arinena atzeraeraginez aplikatzea Batasunaren finantza-interesei kalte egin diezaieketen irregulartasunei buruzko administrazio-zehapen guztietara, zigor-izaerakoak izan ala ez. Horrek, hain zuzen ere, agerian uzten du printzipio hori ez dela, berez, izaera hori ez duten zehapenei aplikatzera bideratuta.

²² EBJAk aipatzen du Gutunaren 49. artikulua, gutxienez, GEEHren 7. artikuluan aurreikusitako berme berak jaso behar dituela, eta, Gutunaren 52. artikulua 3. paragrafoaren arabera, gutxienezko babes-maila gisa hartu behar dela GEEHren 7. artikulua. 2024ko uztailaren 29ko Epaia aipatzen du, *Alchaster* (C - 202/24, ECLI: EU: C: 2024:649), 92. Atala.

3. Zehapen-ebazpena irmoa ez den bitartean aplikatuko da lege mesedegarrienaren atzeraeragin-printzipioa

Azkenik, EBJAk planteatzen du ea zigor-lege mesedegarrienaren atzeraeragin-printzipioa aplikatzekoa den prozedura judizialaren fase guztietan, kasazio-errekurtsoaren fasea barne, baldin eta legerik mesedegarriena fase horretan jarri bada indarrean. Izan ere, aztertutako kasuan, zigor-lege mesedegarriena beheragoko instantziako administrazioarekiko auzien jurisdikzio-organok ebazpena eman ondoren sartu zen indarrean.

Adierazi behar da, Eslovakiako legeriaren arabera, kasazio-errekurtsoa ezohiko errekurtso bezala hartzen dela, administrazioarekiko auzien jurisdikzio-organo baten ebazpen irmo baten aurkakoa baita. Hala ere, kasazio-errekurtsoa jartzeko arrazoiak modu zabalean adierazten dira, eta, printzipioz, lege-urratze oro eta prozedura-akats ororen aurka jarri daiteke errekurtsoa.

Gogoratu behar da EBJAk adierazi duela zigor-legearen atzeraeraginaren erregela aplikagarria dela kondena irmoa izan arte²³ eta EBJAk dioenez, zigor prozedurako arauak estatu kide bakoitzaren gauza dira, baina arau horiek ezin dute ahaztu, aplikatzerakoan, Europar Batasuneko Zuzenbidea eta Gutunaren oinarritzko eskubideak errespetatu behar dituztela.

Hala, nahiz eta estatu kide bakoitzari dagokion erabakitzea zigor-epai bat noiz jotzen den «irmotzat» bere zuzenbidearen arabera, EBJAk argitzen du «irmotasunaren» kontzeptu horrek zentzu autonomoa eta komuna izan behar duela Europar Batasun osoan, Gutunaren 49.1 artikulua aplikatzen denean. Zergatik? Izan ere, «irmotasuna» ulertzeko moduaren araberakoa da artikulua horrek aitortzen duen eskubidearen benetako irismena, eta, beraz, baita estatu kideek eskubide hori errespetatzeko dituzten betebeharrak ere.

Ondorioz, Estatuko zuzenbideak kondena irmotzat jotzeak ez du ondorio erabakigarriarik izango, baldin eta kondena hori berrikusten duen jurisdikzio-organoak Gutunaren 49. artikulua 1. apartatuko azken esaldia aplikatzen badu. Horrela, EBJAk ulertzen du kondena ezin dela irmotzat hartu oraindik errekurtso arrunt baten objektu izan badaiteke, hau da, alderdietako edozeinek bere eskubide prozesalak baliatzeko aukera badu oraindik.

Doktrina hori epaitutako kasuari aplikatuta, EBJAk adierazten du kondena ezin dela irmotzat jo, kondenatuak edo zigor-akzioa gauzatzeko ardura duen agintaritza publikoak, legeak ezarritako epe jakin batean eta salbuespenezko inguruabarak justifikatu gabe, ezarritako kondena edo zigorra deuseztatzea edo aldatzea lortu badezake. Hori gertatzen da, nahiz eta errekurtso hori

²³ 2015eko urriaren 6ko epaia, *Delvigne*, (C - 650/13, ECLI: EU: C: 2015:648), 56. atala.

zuzenbide nazionalen aparteko errekurtsotzat hartu, Eslovakiako zuzenbidearen kasuan bezala.. Kasazio- errekurtsorik hori jartzeko epea amaitzen ez den bitartean edo hari buruzko ebazpenik ematen ez den bitartean, ezin da ulertu kondena horri buruzko ebazpena irmoa denik.

Hala, ebazpen judizial baten aurka kasazio-errekurtsorik jar daitekeenean, ebazpen hori irmoa izango da soilik alderdiek errekurtsorik bide hori agortu dutenean edo kasazio-errekurtsorik jartzeko epea igarotzen utzi dutenean hura jarri gabe.

Doktrina horren arabera, Estatu kide bateko xedapen bat EBeko Zuzenbidearen eskakizunen arabera interpretatu ezin denean, lehentasun-printzipioak eskatzen du bere eskumenaren esparruan, zuzenbide horren xedapena aplikatzen duen epaile nazionalak salbuetsi dezala zuzenbide nazionalerako edozein xedapen, Batasunerako Zuzenbidearen xedapenen aurkako, baldin eta xedapen horiek zuzeneko eragina badute.

EBJAK adierazten du, azkenik, Eslovakiako organo jurisdikzionalak uste badu *T. T.*ri ezarritako zehapenak zigor-izaera duela, araudi onuragarria aplikatu beharko du.

IV. AZKEN GOGOETAK

Aztertutako epaiak argi uzten du Europar Batasunerako arauetatik eratorritako administrazio-zehapenak ez direla geratzen EBeko Oinarritzko Eskubideen Gutunak bermatzen dituen oinarritzko printzipioetatik kanpo.

Lex posterior mitius printzipioa zigor-izaera duten administrazio-zehapenetara zabaltzen da. Giza Eskubideen Europako Auzitegiak, *Engel* doktrinarenkin, «zigor-arloko» kontzeptu autonomoa ezarri du Giza Eskubideen Europako Hitzarmenean, eta kontzeptu hori ez dago Estatu kideen kalifikazio formalen mende, baizik eta irizpide materialen mende. EBJAK estandar hori bereganatzen du aztertutako epaian.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak eta EBJAK kontzeptuen berezko izaerari erreparatu nahi diote, kontzeptu horiek barne-eskubideetan izan lezaketen kalifikazioagatik edozein baldintzapen alde batera utzita. Hala ere, zehapenaren kontzeptu materiala eta hura osatzen duten irizpideak batzuetan ez dira nahikoak, eta beste batzuetan, nahasgarriak.

Hala ere, epaiak hainbat galdera erantzun gabe uzten ditu. Hala, zer administrazio-zehapen kalifikatu behar dira «zigor-izaerako» gisa? *Engel* irizpideak aplikatzeak segurtasunik eza sor dezake estatu kide desberdinetan hainbat zigor kalifikatzeko eta aplikatzeko orduan.

BJAk adierazten du administrazio-baimena kentzeak ez duela «nahitaez» errepresio-helbururik. Horrek ziurgabetasuna sortzen du: noiz da gabezia hori zehapena (Gutunaren 49. artikularen babespean), eta noiz soilik prebentzio-neurri bat?

Neurri berak –adibidez, baimen edo lizentzia kentzea– zigor-itxura izan dezake eragindakoarentzat, baina EBko zuzenbidearen ikuspegitik ez-errepre-sibotzat jo daiteke, interes orokorra babestera bideratuta (bide-segurtasuna, osasun publikoa, etab.). Irizpide argirik ez badago, estatu kideek zehapenak «ezkutuan» aplika ditzakete administrazio-neurri prebentibo gisa, zehapen-zuzenbidearen bermeak saihesteko (legezkotasuna, atzeraeraginik eza, propor-tzionaltasuna, etab.).

Egokiagoa litzateke Europar Batasuneko legegileak zehapenak eta neurri ez-zehatzaileak bereiztea estatu kideei ezarritako Aginduetan.

Bestalde, aztertutako epaiak argi uzten du printzipio hau kondena irmoa ez den egoeretan aplikatzekoa dela, kasazio-prozedura barne; horrela, Auzite-giak babes judizialerako eskubidearen eraginkortasuna bermatzen du.

Epaien irmotasunari dagokionez, epaitik ondorioztatzen da kondena bat irmotzat jo daitekeela eta, beraz, ondorengo *lex posterior mitius* araua ez dela aplikatzen, salbuespenezko inguruabarren ondoriozko errekurso bat jar daite-keenean. Epaian ez da argi zehazten zein diren «salbuespenezko inguruabar» horiek, eta horrek segurtasun juridikorik eza eragiten du.

178. FRONTERAS ENTRE EL DELITO Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO, ARTÍSTICO Y CULTURAL

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

Catedrático de Derecho Administrativo UPV/EHU

I. INTRODUCCIÓN

En este merecido libro homenaje al Catedrático de Derecho Penal D. José Luis de la Cuesta Arzamendi me parece oportuno reflexionar, con distintos ejemplos reales analizados en la jurisprudencia –o que vayan a serlo en un futuro próximo– sobre la difícil demarcación práctica entre el derecho sancionador penal y el administrativo, en materia de patrimonio histórico, artístico y cultural.

Es evidente que el Derecho Penal constituye el último recurso del ordenamiento jurídico frente a todo tipo de infracciones. En tal sentido sólo resulta legítima su intervención cuando la vía civil o administrativa resulta insuficiente y, además, concurra una conducta penalmente típica. La frontera se diluye, más si cabe, cuando la propia jurisprudencia penal entiende que, por ejemplo, el art. 321 CP («Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años...») refleja una *norma en blanco en cuanto al elemento normativo del tipo* (STS 654/2004, de 25 de mayo)¹ en la medida en que el precepto penal necesita integrar su contenido

¹ RJ\2004\3796

con la normativa administrativa de aplicación, al efecto de determinar, por ejemplo, que es un edificio singularmente protegido. Y, en todo caso, esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: «histórico, artístico, cultural o monumental.»

En el supuesto examinado en la STS 654/2004 se estima el recurso interpuesto por el constructor, condenado por la Audiencia de Cantabria, porque se concluye que «no existió delito de derribo de edificio singularmente protegido del art. 321 CP». Y no cabe aplicar tampoco al caso el –a la sazón vigente– art. 323 CP, norma que ni exigía, ni exige –tras su reforma por la LO de 2015²– el requisito de la singular protección del edificio. Y todo ello, porque entre los hechos probados de la sentencia recurrida, se afirma que era «una casa montañesa de construcción antigua», pero sin que se acredite su valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, conforme lo exige el art. 323 CP. Y en el expediente no hay precisión de la antigüedad, ni fotografía de la construcción derribada, ni informe pericial alguno que acredite su valor cultural.

II. PINTADAS EN UNA ESCULTURA DE EDUARDO CHILLIDA, ¿CONSTITUYE DELITO?

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 77/2021, de 17 de febrero³, estima el recurso de apelación de quien fue condenado por el Juzgado de lo Penal, en concepto de autor, por un delito de daños contra el Patrimonio histórico-artístico del art. 323 CP, a 5 meses de prisión⁴. Los hechos probados se remontan al 31.03.2017, madrugada en la que el autor, «acudió a la Plaza del Rey n.º 1 de Madrid, donde hizo dos pintadas con rotulador especial

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. En concreto, el art. 323, vigente a partir de 2015, dice que: «1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos. 2. Si se hubieran causado daños de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante, podrá imponerse la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior. 3. En todos estos casos, los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.»

³ ECLI: ES: APM:2021:1770

⁴ «Concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP, como muy cualificada... inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y condena en costas. Y en concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará al Ayuntamiento de Madrid en la cantidad de 1.376,40 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.»

de color blanco, de unos 24 cm de altura y 71 cm de longitud, y de unos 25 cm de altura y 42 cm de longitud, respectivamente, sobre la obra de Eduardo Chillida conocida como «Lugar de Encuentros II», escultura realizada en 1971 en acero corten⁵... La plena restauración de dicha escultura supuso operaciones específicas necesarias para eliminar los restos de pintura que habrían quedado en la misma tras una simple limpieza, que incluyeron el empleo de máquina hidrolimpiadora de agua nebulizada, la colocación y posterior retirada de papeletas específicas para la absorción de tintas, así como la posterior limpieza de todo el conjunto y retirada de implantaciones de máquina auxiliar, con coste total para el Ayuntamiento de Madrid por importe de 1.376,40 euros.»

En su Sentencia la APM reflexiona sobre «la gravedad de las penas» que el CP «anuda a los daños producidos sobre bienes de interés histórico» (el art. 323 «prevé una pena de prisión que puede llegar a cuatro años y medio») lo que «exige –desde una lectura adecuada de los principios de proporcionalidad y legalidad– que nos alejemos de cualquier automatismo formal, criterio contrario a la precisión exigible en Derecho Penal, y que por tanto destaquemos la necesidad de llevar a cabo una delimitación del delito contemplado en el artículo 323. Delimitación que se hace más necesaria, si cabe, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que despenalizó la falta tipificada en el artículo 626 del CP.» Y concluye que si la retirada de las pinturas generara un menoscabo o deterioro del objeto –o exigiera su reposición– integrará el delito. Pero si se reparan completamente los daños, y no pasan de considerarse como un mero «deslucimiento tras la meritada reforma es una conducta atípica penalmente y sancionable administrativamente a través de la Ley 4/2015 de seguridad ciudadana».

Por contra, la STS 273/2022, de 23 de marzo⁶, estima el recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal. Confirma la pena impuesta por el Juzgado. Y entiende que «el deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños»⁷. Y de forma explícita se

⁵ «...de medidas aproximadas de 2,25 metros x 2,90 metros x 2,30 metros, de entre 6.000 y 8.000 kilogramos de peso, de propiedad del Estado e inventariada por el Ayuntamiento de Madrid desde el año 2015 como mueble de carácter artístico e histórico con n.º de registro 926000004508.»

⁶ ECLI: ES: TS:2022:1086

⁷ Literalmente señala que el Preámbulo de la ya citada LO 1/2015 «al referirse a la derogación del Libro III del Código Penal, y en concreto a la falta contemplada en el art. 625 señala que: «Desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden conducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudirse a la sanción administrativa.»

afirma que «si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art. 34 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que ha de solucionarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado, siendo preciso actuar, en cada caso, con criterios de proporcionalidad.»

En el presente supuesto, se concluye que «la escultura sufrió desperfectos que fueron más allá de un mero deslustre fácilmente reparable, ya que motivó la realización de trabajos especializados consistentes en algo más que un simple lavado y cuyo importe alcanzó los 1.376,40 €». Tal razonamiento, a mi juicio, resulta difícil de compartir en la medida que los daños se reparan totalmente, no dejan rastro alguno en el bien protegido, y la cuantía de la sanción administrativa, puede resultar más disuasoria –para evitar la reincidencia– que la sanción penal, que siempre debe ser guiada por el principio de la intervención mínima y como último remedio del ordenamiento jurídico.

III. PISCINA CONSTRUIDA EN ZONA ARQUEOLÓGICA CALIFICADA COMO BIC

El inmueble en el que se construye la piscina se encontraba dentro de una zona arqueológica catalogada como Bien de Interés Cultural (BIC) e inscrita en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz por el Decreto 57/2010, aunque en un entorno considerado de ámbito residual y con el grado de protección más bajo previsto por la normativa de aplicación. Tras la presentación de solicitud de legalización de la piscina construida ilegalmente, el Ayuntamiento remitió el expediente a la Junta de Andalucía para que otorgase, en su caso, la autorización prevista en el art. 33.3 de la Ley 14/2007 del Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA)⁸.

⁸ El art. 33.3 (LPHA) establece que: «Será necesario obtener autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, con carácter previo a las restantes licencias o autorizaciones que fueran pertinentes, para realizar cualquier cambio o modificación que los particulares u otras Administraciones Públicas deseen llevar a cabo en inmuebles objeto de inscripción como Bien de Interés Cultural o su entorno, tanto se trate de obras de todo tipo, incluyendo remociones de terreno, como de cambios de uso o de modificaciones en los bienes muebles, en la pintura, en las instalaciones o accesorios recogidos en la inscripción. Será preceptiva la misma autorización para colocar cualquier clase de rótulo, señal o símbolo en fachadas o en cubiertas de Monumentos, en los Jardines Históricos y en sus respectivos entornos (...).

A la vista de la construcción ilegal de la piscina, la Junta acordó la incoación de procedimiento sancionador, que finalizó con la imposición de una sanción de 100.001 €, por la comisión de infracción grave tipificada en el art. 109.h)⁹, como consecuencia de la falta de autorización previa para realizar cualquier cambio en inmuebles objeto de inscripción como Bien de Interés Cultural o su entorno. La sanción se impuso en su grado mínimo, pero el TSJ de Sevilla¹⁰ en aplicación del art. 29 de la Ley 40/2015, la juzga como desproporcionada, teniendo en cuenta la falta de concreta afectación a ningún yacimiento ni bien de interés arqueológico, la inexistencia en el sustrato de la parcela de ningún resto arqueológico, la ausencia de daño, la ulterior obtención de la legalización de las actuaciones realizadas, así como la correspondiente autorización para que pudiera terminarse la ejecución de la piscina. Por todo ello, la Sentencia del TSJ concluye «que resulta más ajustado al principio de proporcionalidad aplicar la sanción establecida para la infracción inmediatamente inferior –leve–, que contempla un límite máximo de 100.000 euros y que, en este caso, dado el cúmulo de las anteriores circunstancias, se estima más proporcionada en el tercio inferior del grado mínimo que señala la recurrente, en la suma de 10.000 euros.»

La Junta de Andalucía recurrió en casación. Y el ATS de 29.05.2024¹¹ aprecia que concurre interés casacional objetivo para: «Determinar si en aplicación del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público resulta posible, en consideración de las circunstancias concurrentes, la imposición de la sanción establecida para la infracción inmediatamente inferior a la establecida en grado del caso que se trate». Finalmente, la STS de 05.06.2025¹² afirma que: «Ninguna objeción cabe hacer a la posibilidad de que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa puedan modificar o reducir la cuantía de una sanción administrativa. En ese sentido, esta Sala tiene declarado que «el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la

⁹ El art. 109 h) (LPHA) tipifica la infracción grave como: «La realización de cualquier obra o actuación en inmuebles afectados por una inscripción como Bien de Interés Cultural en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, sin haber obtenido previamente las autorizaciones exigidas en los artículos 33.3 y 34.2 o en contra de los condicionantes que en su caso se impusieran, excepto en el supuesto previsto en el artículo 110.k)». A su vez el art. 114.1 dispone que: «Las infracciones en materia de Patrimonio Histórico Andaluz se sancionarán con multas de las siguientes cuantías, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5: a) Infracciones muy graves: multa de doscientos cincuenta mil un euros (250.001) a un millón de euros (1.000.000). b) Infracciones graves: multa de cien mil un euro (100.001) a doscientos cincuenta mil euros (250.000). c) Infracciones leves: multa de hasta cien mil euros (100.000)».

¹⁰ Sentencia TSJ de 05.12.2022. Roj: STSJ AND 17802/2022 - ECLI: ES: TSJAND:2022:17802

¹¹ Roj: ATS 6260/2024 - ECLI: ES: TS:2024:6260A

¹² Roj: STS 2596/2025 - ECLI: ES: TS:2025:2596

sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción» (STS 3550/2004, de 24 de mayo, FD 3)». Y fija como doctrina casacional que: «en aplicación del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 29 de la Ley 40/2015, el apartado 4 de dicho precepto permite que, cuando lo justifique la debida adecuación de la sanción que deba aplicarse a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y a las demás circunstancias concurrentes, el órgano competente imponga la sanción establecida legalmente para las infracciones inmediatamente inferiores en gravedad, debiendo motivar adecuadamente el cumplimiento de los supuestos legales previstos en dicho precepto».

Ahora bien, la clave para distinguir entre la infracción penal y la administrativa en obras ilegales realizadas en zonas arqueológicas, expresamente declaradas como BIC, es la prueba de los daños producidos. No hay infracción penal sin daño probado. Concorre infracción administrativa al realizar las obras sin autorización. Cuestión distinta es que en obras ilegales en zonas presuntamente arqueológicas pueda que el terreno no esté bien delimitado como BIC, o puede suceder que si no hay control público en la realización de obras (sin autorización) puedan destruirse bienes que debieran ser objeto de protección o simplemente puedan desaparecer (sin sanción penal) como bienes del patrimonio histórico.

IV. DEMOLICIÓN DE EDIFICIO DEL SIGLO XVIII NO INCLUIDO EN EL PATRIMONIO CULTURAL

El Juzgado de lo penal n.º 2 de Avilés condena por un delito de daños contra el patrimonio histórico del art. 323.1 CP al administrador único de la sociedad propietaria de un edificio, conocido como Villa Barbacana, y al arquitecto redactor del proyecto de rehabilitación¹³, «que sustentó la solicitud de

¹³ Se les condena a cada uno como responsables «de un delito de daños contra el patrimonio histórico del artículo 323.1 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 12 meses de multa a razón de una cuota diaria de 12 euros (en total, 4.320 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal para el caso de impago. Asimismo, en concepto de responsabilidad civil, los penados, conjunta y solidariamente, deberán proceder a la restauración de la realidad física alterada mediante la reconstrucción de la edificación de la forma técnicamente posible para respetar el valor histórico que hizo el inmueble digno de protección. A tales efectos, se tendrá en consideración el segundo modificado del proyecto básico y de ejecución para rehabilitación de vivienda, suscrito por el Arquitecto, visado por el COAA el día 2 de septiembre de 2.016

licencia urbanística de obras efectuada en el año 2013, informada desfavorablemente por la Dirección General del Patrimonio del Principado de Asturias, que motivó la redacción de un segundo proyecto modificado, que fue informado favorablemente» el 11.09.2014. Con base en tal informe, el Ayuntamiento –Acuerdo de 30.01.2015– otorgó la licencia de obras solicitada. Villa Barbacana se encontraba ubicada en suelo urbano próximo al Camino de Santiago y venía incluida en la relación de 60 bienes patrimoniales del Concejo de Vegadeo. Para todos ellos la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por Resolución de 26.11.2015, acordó incoar expediente para su inclusión en el Inventario de Patrimonio Cultural de Asturias; resolución publicada en el BOPA de 12.01.2016, notificada personalmente al administrador único de la sociedad propietaria el 15.02.2016. Consta, finalmente, que los recurrentes en apelación, en fecha indeterminada, pero anterior al día 19.02.2016, ordenaron la demolición de Villa Barbacana, lo que supuso su íntegra desaparición.

La posterior Sentencia 77/2018 de la AP de Asturias¹⁴ desestima íntegramente el recurso de apelación, e indica, en primer lugar, que el bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio histórico es «el conjunto de bienes socioculturalmente relevantes por su valor y función, que conforman el patrimonio histórico, artístico y cultural real de los pueblos de España. Lo decisivo para afrontar el tratamiento jurídico-penal de esta materia, sin duda, será atender de forma prioritaria a la utilidad y destino de los bienes culturales, objeto de tutela penal, en función de sus beneficiarios, es decir la colectividad en su conjunto y no los titulares públicos o privados de tal derecho, como establece el art. 46 CE. En definitiva, el bien jurídico protegido es el valor cultural vinculado intrínsecamente al patrimonio histórico y cultural, más que al patrimonio en sí mismo considerado, dado que las conductas tipificadas en estos delitos lo son, no tanto por la afección material del bien tutelado, sino por la función social y cultural que desempeñan.»

Incluso la Sentencia afirma (FD.º 2.º) que «el hecho de que el Ayuntamiento de Vegadeo, en fechas posteriores a la demolición de autos y por razones que este Tribunal desconoce, haya concedido una licencia de obras..., permitiendo a los recurrentes, bajo las condiciones prescritas, llevar a efecto tales obras, no priva de tipicidad a la conducta por ellos realizada, pues dicha actua-

e informado favorablemente por la comisión Permanente del Consejo de Patrimonio Cultural de Asturias en sesión de 24 de octubre de 2.016. En caso de que no fuera técnicamente posible tal restauración, deberán indemnizar a la Administración del Principado de Asturias en la cuantía que los técnicos determinen en ejecución de sentencia atendiendo a la cuantificación del valor del patrimonio destruido. Todo ello con expresa imposición a los condenados de las costas procesales causadas...».

¹⁴ ECLI: ES: APO:2018:862

ción no es susceptible de ser legalizable, concepto que, se insiste, es ajeno a la descripción del tipo, al no venir condicionada por la actuación de la Administración, que a modo de convalidación, convierta en legal conductas claramente delictivas, como la de autos, por incurrir en un innegable ataque al valor cultural que el edificio de autos, ya desaparecido a través de la demolición efectuada, incorpora; no puede depender la existencia de este delito de la actuación posterior de la Administración que deniegue o conceda autorización, cuya concesión, en definitiva, no sirve para excluir la responsabilidad penal de los recurrentes cuya conducta integra el tipo penal descrito en el art. 323.1 CP».

Otro de los problemas interpretativos –que examinará con detalle la posterior Sentencia del TS– en relación con el art. 323 CP es el relativo a si el valor histórico del bien en cuestión, viene determinado por la normativa administrativa, limitando la aplicación del tipo de referencia, a la actuación sobre los bienes que se encuentren catalogados o declarados bienes de interés cultural por una Administración. Al respecto, se afirma con claridad que «las clasificaciones administrativas, no pueden ser vinculantes para los Tribunales Penales»¹⁵.

De cualquier modo, el valor histórico del inmueble afectado por la acción de los recurrentes, señala la Sentencia de la APA, «resulta innegable»¹⁶. Tales

¹⁵ En apoyo de tal afirmación se invoca la STC de 17.09.1998, referida a los hallazgos arqueológicos destruidos en un solar de Mallorca, que afirma que no constituye –conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo– requisito integrante del tipo penal, el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley de Patrimonio Histórico Español. Todo ello permite concluir, como señala la doctrina, que el Patrimonio Histórico, desde una perspectiva jurídico penal, está integrado por todos aquellos bienes materiales que ostentan un valor cultural, histórico o antropológico innegable, definición lo suficientemente abierta como para contener la falta de necesidad de catalogación o inventario previo, la protección del patrimonio oculto o no declarado, la discrecionalidad judicial y la convicción suficiente acerca de la relevancia histórica que debe tener el agresor al perpetrar su acción. Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley.

¹⁶ «Y así resulta de la documentación adjuntada y entre ella, del informe emitido por el Ayuntamiento de Vegadeo, obrante al folio 713 de la causa, en el que se reseña que el inmueble de autos, Villa Barbacana, situado en la C/ la Galea n.º 2 de Vegadeo, aparece incluido en el Catálogo Urbanístico del Concejo de Vegadeo aprobado inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de fecha 30 de octubre de 2013, especificándose al respecto que la aprobación inicial de los Catálogos Urbanísticos, en tanto no se apruebe definitivamente el art. 207.2 del Decreto 278/2007 de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias-ROTU-, determina en relación con los bienes y demás elemento objeto de catalogación, la aplicación provisional del régimen de protección para ellos previsto, en la legislación sectorial del patrimonio cultural y del propio catálogo. La inclusión de Villa Barbacana, en dicho catálogo trae su causa por un lado de lo establecido en el Decreto 63/2006, de 22 de junio, que fija y delimita el conjunto histórico del Camino de Santiago en el Principado de Asturias, que determina como elemento de protección los solares y edificaciones lindantes con el Camino de Santiago en suelo urbano, razón por la que se incluye aquel inmueble, al ser lindante con el trazado del Camino de Santiago y estar afectada por la Ordenanza IV: Edificación Tradicional con Tratamiento especial, por lo que se le designa unas condiciones particulares para el conjunto a efectos de

antecedentes permiten afirmar el valor histórico del inmueble de referencia, a modo de habilitación para constituir el objeto sobre el que se proyectó la acción dañosa llevada a efecto por los recurrentes, gozando así de la protección jurídica penal que depara el art. 323.1 CP, abstracción hecha de su reconocimiento administrativo, que como ya se indicó, no se reputa necesario para la aplicación del tipo de referencia. No obstante, se constata a través de aquellos referentes, el reconocimiento, por parte de los órganos administrativos competentes del Principado de Asturias, del valor histórico de Villa Barbacana, que ya constaba incluida en el Inventario del Patrimonio Arquitectónico de Asturias del año 1998.

El posterior recurso de casación es resuelto por la STS 641/2019, de 20 de diciembre¹⁷. El interés casacional suscitado —en relación con la interpretación del art. 323 CP, aprobado por la LO 1/2015— se centra fundamentalmente en la determinación de si la calificación de los bienes que resultan dañados como de *valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*, remite a una calificación administrativa previa o, por el contrario, se trata de un elemento normativo, a valorar judicialmente.

La doctrina del TS (FD.º 4.º) establece que el «delito previsto en el art. 323, permite una tutela penal más conforme al mandato constitucional que restaría sin amparar, tanto por el art. 321, como por el art. 319, como por resto de la normativa tuitiva del patrimonio histórico dispersa en otros tipos contra el patrimonio, como agravaciones específicas, en los delitos de hurto (art. 235.1.1.º), robo con fuerza (art. 241.1), estafa (art. 250.1.3.º), apropiación indebida (art. 254), o receptación [(art. 298.1.a)]. De modo que así, también proyecta su ámbito el tipo del art. 323 CP, a: Los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos. Los que por la dejadez del titular no han sido declarados. Los que por la falta de agilización de los procesos o expedientes administrativos no hayan sido catalogados, inventariados o declarados de interés cultural. Los que por la deliberada descripción espuria de sus características no

garantizar unas condiciones estéticas y volumétricas aceptables que conformen el entorno y que garanticen la estética tradicional. Y desde otra perspectiva, la inclusión, vino motivada por el hecho de que el inmueble de autos, junto con otros 59 inmuebles del Concejo de Vegadeo, estaba incluido, con ficha identificativa VG-44, en el Inventario del Patrimonio Arquitectónico de Asturias del año 1998, que había sido elaborado con anterioridad a la aprobación de la Ley de Patrimonio Cultural de Asturias, inclusión que determinó, posteriormente, la propuesta de incorporación al Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias, sobre la que informó favorablemente el Real Instituto de Estudios Asturianos —folios 286 a 289 de la causa—, apareciendo descrito en reseña identificativa - ficha VG-44, «como un edificio, que se sitúa en el siglo XVIII, de planta rectangular, construido con mampostería de pizarra revocada y pintada y, cubierta de pizarra de corte rústico clavadas la enlatazo de la armadura. La amplia solana abierta a la fachada sureste y resuelta con columnas toscanas, es el elemento más singular de esta casa-bloque, estructurada en dos pisos, con los espacios de estabulación ubicados en el bajo, la cocina asentada sobre el terreno y los cuartos, las alcobas y la sala orientada al valle y a la ría, situados en el piso superior».

¹⁷ ECLI: ES: TS:2019:4252

alcanzan reconocimiento administrativo. Los excluidos de la consideración por una errónea decisión administrativa. Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley. Consecuentemente y, en definitiva, el elemento típico bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente».

Por consiguiente, el recurso de casación es desestimado, y dispone como doctrina que: «El artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 CE».

V. EL DERRIBO TOTAL DEL EDIFICIO «IRURAK BAT» EN GETXO

Las noticias y la prensa de estos últimos días hacen continua referencia a este caso. Por ejemplo, hoy se publica que¹⁸: «La promotora ya tendría previsto en noviembre de 2023 el derribo del palacete de Getxo. La demolición, en agosto de 2024, se arguyó como «urgente» por un riesgo». «Según el atestado de la Ertzaintza, la cooperativa responsable de la construcción de doce pisos en el palacete Irurak Bat, de Getxo, ya habría mencionado en su asamblea del 16 de noviembre de 2023, la «obligación» de derribar todo el edificio, a tenor de su «estudio geotécnico». No obstante, cuando finalmente se produjo la demolición completa, el 2 de agosto de 2024, la empresa ejecutora de los trabajos, habría aludido a una «urgencia» por un «riesgo para la seguridad», como refleja, de igual modo, la policía en sus conclusiones». En las diligencias judiciales, como personas investigadas hay ya: tres concejales del PNV que acaban de presentar su dimisión, tres técnicas de urbanismo del Ayuntamiento, el administrador de la cooperativa responsable de la construcción, el arquitecto autor

¹⁸ <https://www.deia.eus/bizkaia/2026/01/29/promotora-noviembre-2023-derribo-palacete-getxo-10631723.html>

del proyecto y dos personas que firmaron el acta de derribo. La Ertzaintza reproduce, con base en sus investigaciones: «distintos momentos de la tramitación de la licencia de obra.... El 29 de junio de 2022 se presenta el plan urbanístico básico, que prevé unas acciones que «no conllevarían una demolición total», tal y como viene plasmado en el atestado, incluido en esta fase judicial de diligencias previas. En opinión de la policía, ya este proyecto no debería haber sido aprobado por el Consistorio, puesto que el palacete tenía régimen de custodia municipal y «en aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco (LPCV), los bienes de protección básica no pueden ser demolidos, ni total ni parcialmente», señala el informe de la Ertzaintza, que también alude al Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Getxo vigente entonces. Por estos motivos, la policía estima que la junta de gobierno local (con representantes del PNV y PSE) tiene responsabilidad al haber otorgado la licencia de obra...».

Igualmente, se publica¹⁹, con todo grado de detalle, que el Auto de la magistrada del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Getxo «aprecia indicios de un delito contra el patrimonio histórico (artículo 321 del Código Penal) y amplía las diligencias por un presunto delito de prevaricación (artículo 322)»²⁰. Se añade que: «el caso fue destapado por El Correo en agosto de 2024, cuando las obras destruyeron por completo el palacete, pese a que la licencia obligaba a conservar al menos tres fachadas. El inmueble, construido en 1845 y protegido en teoría por la Ley Vasca de Patrimonio Cultural y por el PGOU, fue derribado tras una serie de decisiones administrativas que, según la Ertzaintza, aceleraron el proyecto para sortear una moratoria urbanística. Dos de los concejales imputados, casualmente, habían reservado en 2023 un bajo con jardín por 571.000 euros más IVA y figuraban como cooperativistas de Ereaga Atalaya, promotora que asumió la licencia concedida inicialmente a Biurban»²¹.

¹⁹ <https://diariosocialista.net/2026/01/27/el-caso-palacete-de-getxo-imputados-tres-concejales-del-pnv-y-funcionarias-municipales/>

²⁰ Los exconcejales investigados son: «Ignaxio Uriarte Gorostiaga, Irantzu Uriarte Gómez –ambos compradores de una vivienda en la promoción– e Iñigo Urkitza Yáñez, entonces responsable de Disciplina Urbanística.» También en la noticia publicada se da el nombre y apellidos de las tres técnicas responsables de disciplina urbanística del Ayuntamiento investigadas, así como sus funciones: la primera como «responsable de Planeamiento, Gestión y Disciplina Urbanística»; la segunda como «responsable técnico y jurídica del área»; y la tercera como «arquitecta que asumió el expediente»... «La jueza levantó el secreto de sumario después de que, el 14 de enero, la Ertzaintza registrara dependencias municipales y copiara dispositivos electrónicos de los investigados».

²¹ También se indica que: «Un segundo atestado de la Ertzaintza, que consta de más de 150 páginas, va más allá de los seis imputados y señala a toda la Junta de Gobierno municipal en su conjunto –compuesta por el PNV y PSE– al considerar que no podía autorizar el derribo sin vulnerar la Ley de Patrimonio y sin contar con un informe jurídico necesario, que, de haberse emitido, habría sido desfavorable. Los investigadores sostienen que la ausencia de ese informe fue determinante y que la concesión de la licencia tuvo «efectos reales» en la demolición. El procedimiento judicial sigue abierto, con penas que pueden alcanzar hasta seis años de prisión e inhabilitación para cargo público.»

Todo ello no sirve más que como aproximación somera a un supuesto que, como en todos, la clave radica en los hechos que se prueben en sede judicial. Por ello, en primer lugar, la llamada pena del «telediarario», en fase de instrucción (incluso con aparente presunción de culpabilidad) ya la sufren todos cuantos se encuentran en este procedimiento como investigados. En segundo lugar, de lo transcrito fácilmente se puede certificar que se apuntan hechos –determinantes– jurídicamente erróneos o falsos. Así se dice que: «el palacete tenía régimen de custodia municipal», lo que es cierto, porque así lo afirma el PGOU de Getxo²², pero es radicalmente falso que a los bienes de custodia municipal «en aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco (LPCV)»²³, se les dote de «protección básica» y en consecuencia «no pueden ser demolidos, ni total ni parcialmente». De forma expresa, la Ley distingue entre los bienes culturales de protección básica y los bienes culturales de protección municipal. Y el régimen de protección de los bienes de custodia o protección municipal será el establecido en el ámbito municipal, y en Getxo de

²² Se publica en el BOB de 09.09.2013. Su art. 11.1.1 clasifica el patrimonio protegido por categorías siendo la última la de los «edificios sometidos a custodia municipal». En su desarrollo el art. 11.6.1 los considera como «aquellos que, no poseyendo valores arquitectónicos relevantes, ni reconociéndose la procedencia de su consolidación como parte interesante del patrimonio edificado desde el punto de vista tipológico o ambiental por parte de la Administración supramunicipal, sí que se suponen merecedores de un Régimen de Protección por parte del Municipio en función de sus valores histórico-culturales, ambientales o simbólicos del propio municipio». Y el art. 11.6.2 expresamente admite su posible derribo y sustitución en los siguientes términos literales: «Sobre estos edificios resultan autorizables cualquier tipo de actuaciones que cumplan con las disposiciones de la Normativa de PGOU para el Área en la que se sitúan, incluidas las de derribo y sustitución. Dichas actuaciones serán objeto de informe específico acerca de su adecuación a los valores histórico-culturales, ambientales o simbólicos propios del municipio que han llevado a considerar los edificios merecedores de un régimen de protección.»

²³ En el BOPV de 15.12.2023 se publica la Ley 14/2023, de 30 de noviembre, de modificación de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco, cuyo art. 1 modifica el art. 8 de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco, y le da la siguiente redacción: «Artículo 8. Niveles de protección. 1. Los bienes que componen el patrimonio cultural vasco se clasificarán en alguno de los siguientes niveles de protección: a) Bienes culturales de protección especial: se declararán bienes culturales de protección especial aquellos inmuebles, muebles e inmateriales más sobresalientes de la CAPV que reúnan alguno de los valores culturales citados en el artículo 2.1 de esta ley. b) Bienes culturales de protección media: se declararán bienes culturales de protección media aquellos inmuebles y muebles relevantes de la CAPV que reúnan alguno de los valores culturales citados en el artículo 2.1 de esta ley. c) Bienes culturales de protección básica: serán bienes culturales de protección básica aquellos inmuebles de interés cultural que reúnan alguno de los valores culturales citados en el artículo 2.1 de esta ley y que así se determinen por los respectivos ayuntamientos en los catálogos vigentes en cada momento en el planeamiento urbanístico municipal por ser merecedores de actuaciones de restauración científica o de restauración conservadora. En todo caso, perderán la condición de bienes culturales de protección básica aquellos que hayan sido o sean declarados de protección especial y media y, por tanto, incluidos en el Registro de la CAPV del Patrimonio Cultural Vasco. 2. La clasificación anterior se complementará con la de los bienes culturales de protección municipal. Estos últimos se determinarán en el planeamiento urbanístico y en los catálogos municipales y estarán sujetos al régimen de protección establecido en dichos instrumentos.»

forma explícita el planeamiento municipal permite su «derribo y sustitución» (art. 11.6.2 PGOU).

Cuestión distinta es que para su derribo y sustitución deba seguirse el correspondiente procedimiento administrativo, y al efecto se exija un informe técnico específico, que expresamente lo autorice. En su ausencia es evidente que concurre una clara infracción administrativa. ¿Pero concurre delito contra el patrimonio del art. 321 o 323 CP? Para responder a esta última pregunta, todos los casos precedentemente analizados nos enseñan que, desde la actuación ilegal de derribo de un edificio, la determinación de si existe o no delito, se anuda directamente a la prueba de los daños al patrimonio efectivamente causados.

Y en concreto, en el presente supuesto, si el propio planeamiento municipal permite el «*derribo y sustitución*» de un edificio de custodia municipal, en la medida en que tal acción de «*derribo*» –parcialmente, o en su totalidad– se haya materializado ilegalmente, existe una clara infracción administrativa. Pero ello no significa la concurrencia de un delito, siempre que todos los elementos valorados para la protección o custodia de las tres fachadas del edificio –no autorizadas mediante licencia²⁴ a su demolición– fuese posible sustituirlas, bien: 1) porque se hayan preservado de forma previa los elementos patrimoniales a proteger o, 2) porque puedan reproducirse exactamente de forma similar y con idéntico material al original.

²⁴ El 06.10.2022 fue concedida licencia municipal para el derribo del edificio, en el que se preservaban tres de las fachadas, para las que no se solicitó su demolición. Con posterioridad, el BOB de 18.10.2022, publica la aprobación inicial de la revisión del PG de Getxo, que como se sabe durante dos años, suspende la posibilidad de solicitar licencias (art. 85.2 Ley 2/2006 de suelo y urbanismo del País Vasco). No obstante, a partir de la publicación en el BOB de la revisión del PG de Getxo, o en su caso, a partir del transcurso de los dos años de suspensión de licencias –el 18.10.2024– el promotor podría haber solicitado legalmente el derribo de las tres fachadas del edificio de custodia municipal «Iurak bat». Sin embargo, las derribó ilegalmente sin licencia el 02.08.2024. Ahora bien, en la hipótesis de que no hubiese actuado ilegalmente, y hubiese solicitado la autorización legalmente a partir del 18.10.2024, ¿el Ayuntamiento la hubiese concedido en aplicación del art. 11.6.2, tras el correspondiente informe específico, autorizando el derribo siempre que pudiera preservarse el patrimonio cultural? Si la respuesta es afirmativa claramente no existiría delito, aunque el derribo de las tres fachadas fuese ilegal, y constituyese infracción administrativa por ejecutarse sin licencia o autorización previa.

179. LA DECLARACIÓN DE TOKIO DE 2025 SOBRE SALUD REPRODUCTIVA, DERECHOS HUMANOS Y MATERNIDAD SUBROGADA

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ
Profesora Titular de Derecho Civil EHU

I. INTRODUCCIÓN: LA DESREGULACIÓN COMO CALDO DE CULTIVO DE ABUSOS

La práctica comercial de la gestación por sustitución ha experimentado en los últimos años un crecimiento acelerado, configurándose como un fenómeno transnacional de fuerte impacto social. En un contexto de regulación heterogénea –en el que la mayoría de los Estados opta por la prohibición absoluta, algunos pocos por la admisión restringida de modalidades altruistas, y un número significativo carece aún de un marco normativo específico–¹, el negocio de la subrogación se ha articulado como un mercado global de gran movilidad geográfica, capaz de desplazar con rapidez su infraestructura clínica y financiera hacia aquellos territorios donde encuentra menores niveles de control jurídico y supervisión institucional.

Según estimaciones de fuentes independientes, el mercado global de la gestación por sustitución habría alcanzado en 2024 un valor aproximado de 22.400 millones USD, con un crecimiento acumulado superior al 300%

¹ ALLAN, S. «The surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and Ethical Considerations», in P. Gerber and K. O'Byrne, *Surrogacy, Law and Human Rights*, Oxford: Routledge, 2016, pp. 118-120.

respecto a 2020². Estas cifras confirman que la gestación por sustitución ha dejado de ser un fenómeno marginal para convertirse en un negocio internacional de gran magnitud, respaldado por cifras de negocio millonarias³.

Desde una perspectiva cronológica, la evolución del mercado internacional de la subrogación revela un patrón de desplazamiento del capital inversor hacia países sin regulación o con marcos normativos débiles y una supervisión insuficiente. En una primera fase, durante los años 2000 y comienzos de la década de 2010, el epicentro de la subrogación comercial se situó en la India, donde una combinación de bajos costes y ausencia de controles estatales permitió el crecimiento masivo de una industria que involucró a miles de mujeres en situaciones de extrema vulnerabilidad⁴. Tras varios escándalos internacionales, la India reformó su legislación y prohibió la subrogación comercial para extranjeros⁵, lo que provocó un desplazamiento inmediato del mercado hacia el sudeste asiático, especialmente hacia la vecina Camboya⁶. El mismo patrón se reprodujo cuando Tailandia, tras varios casos de abandono de menores por parte de comitentes australianos, cerró definitivamente el acceso de extranjeros⁷.

En el continente americano, la subrogación comercial se desarrolló inicialmente en California, donde existe una ley consolidada que reconoce ciertos derechos a las madres subrogadas, aunque sus tarifas resultan prohibitivas para

² La Marea, *Especial: Gestación Subrogada*, 29 de octubre de 2025. <https://www.lamarea.com/especial-gestacion-subrogada/>. Ver así mismo, Global Market Insights, *Surrogacy Market Share, Growth Analysis Report 2025–2034*, 2025. <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>.

³ La Relatora Especial y UNICEF advierten riesgos de trata, venta de niños y vulneración de derechos. UNICEF, Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada, 2023, <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>. Véase también, International Social Service (ISS). *Principios de Verona para la protección de los derechos del niño nacido mediante gestación subrogada (Verona Principles)*, 2021, https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf; Naciones Unidas, Asamblea General. *Trata de mujeres y niñas* (Resolución A/RES/79/154, 17 de diciembre de 2024, <https://undocs.org/A/RES/79/154>

⁴ VORA, K. *Reimagining Reproduction: Essays on Surrogacy, Labor, and Technologies of Human Reproduction*. Routledge India, 2022.

⁵ Parlamento de la India, *Surrogacy (Regulation) Act, 2021*. https://prsindia.org/files/bills_acts/acts_parliament/2021/The%20Surrogacy%20%28Regulation%29%20Act%2C%202021.pdf?utm_source=chatgpt.com. Sobre la justificación de la ley y la condena de los abusos PRODUCIDOS POR EL TURISMO REPRODUCTIVO INTERNACIONAL, Véase, entre otros, KASHYAP, S., TRIPATHI, P. «The Surrogacy (Regulation) Act, 2021: A Critique». *Asian Bioeth Rev.* 2022 Sep 20;15(1):5-18.

⁶ Global Market Insights, *Surrogacy Market Share, Growth Analysis Report 2025–2034*, 2025.

⁷ Parlamento de Tailandia, *Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act*, 2015. El propósito declarado de la ley fue proteger los derechos de los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, establecer la filiación jurídica clara a favor de los progenitores previstos, garantizar estándares médicos y evitar la mercantilización del útero femenino. Véase un comentario en STASI, A. «Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B. E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand». *Clin Med Insights Reprod Health.* 2017 Dec 20;11:1179558117749603.

muchos estadounidenses; por ello, la práctica se ha desplazado hacia países latinoamericanos como México, convertido en un destino casi exclusivo para el mercado de Estados Unidos. El estado de Tabasco fue el primero en regular la práctica mediante una reforma a su Código Civil⁸, lo que favoreció durante varios años la instalación de un mercado transnacional de vientres de alquiler. Sin embargo, a partir de diversos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación negando en algunos casos la determinación de la filiación a los comitentes extranjeros, el país dejó de presentarse como un destino jurídicamente seguro⁹; a ello se sumaron las reformas posteriores que restringieron de forma expresa la participación de personas extranjeras, lo que provocó el desplazamiento del flujo de solicitantes hacia otros países de la región¹⁰.

Ese desplazamiento se produjo hacia países sin regulación como Argentina o Colombia. La práctica se articula fundamentalmente a través de clínicas privadas y agencias intermediarias que operan sin un marco legal específico. Investigaciones periodísticas recientes han documentado la captación sistemática de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, compensaciones notablemente inferiores a los beneficios obtenidos por intermediarios, contratos opacos, ausencia de asesoramiento jurídico independiente, coberturas sanitarias limitadas y una casi total desprotección frente a complicaciones médicas o ante el eventual rechazo del recién nacido por parte de los padres comitentes¹¹. Destaca el caso de Colombia, que se ha convertido en uno de los principales destinos sudamericanos del turismo reproductivo internacional, precisamente a causa de su indefinición legal, pese a los reiterados y hasta ahora infructuosos intentos legislativos de regular la práctica¹². Argentina presenta una situación distinta, pero también favorable al desarrollo de prácticas trans-

⁸ El Código Civil de Tabasco adicionó un capítulo denominado «De la gestación asistida y subrogada», con artículos que regulan la llamada «gestación por contrato» (artículos 380 Bis, 380 Bis 1, 380 Bis 2, etc.).

⁹ En 2016 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admitió una acción de inconstitucionalidad contra disposiciones del CCT relativas a la gestación subrogada, aduciendo que ciertas regulaciones podrían violar derechos fundamentales (como el principio de igualdad, autonomía reproductiva, el interés superior del menor, etc.). En consecuencia, la vigencia plenas de algunos preceptos ha sido puesta en duda, generando un panorama normativo de alta inseguridad jurídica. Algunos contratos pueden ser declarados «inexistentes» si no cumplen requisitos como protocolización ante notario, aprobación judicial, o consentimiento informado adecuado.

¹⁰ En 2015, el Código Civil del Estado de Tabasco, arts. 380 bis y ss., fue reformado para regular la gestación subrogada. Entre los cambios aprobados figura una disposición que impide el acceso a la subrogación a extranjeros y agencias intermediarias.

¹¹ Para el caso de Colombia, véase La Marea, *Especial: Gestación Subrogada*, 2025.

¹² Según CIAMS, un observatorio internacional que se posiciona contra la maternidad subrogada comercial, en los últimos 25 años en Colombia se han rechazado 16 proyectos de ley relativos a la subrogación. La iniciativa más reciente, en 2025, (Proyecto de Ley 131/2025) propone prohibir la maternidad subrogada en todo el territorio nacional. CIAMS, https://abolition-ms.org/en/observatoire/colombia/?utm_source=chatgpt.com.

nacionales en un contexto de incertidumbre jurídica. Aunque la gestación por sustitución no está legalmente autorizada y el Código Civil y Comercial vigente afirma que la maternidad se determina por el parto, en los últimos años se ha conformado una jurisprudencia fragmentaria que, mediante autorizaciones excepcionales, ha permitido inscripciones directas a favor de los comitentes. Este esquema de tolerancia judicial ha facilitado la participación de personas extranjeras, generando «un mercado en el que prima la desigualdad de acceso y la ausencia de garantías uniformes para las mujeres gestantes»¹³.

De forma paralela, a partir de la segunda mitad de la década de 2010, Europa del Este se consolidó como destino del turismo reproductivo internacional, con especial protagonismo de Ucrania y Georgia. Ucrania, uno de los pocos países europeos que permite expresamente la subrogación comercial para extranjeros¹⁴, se convirtió en un auténtico mercado global de la subrogación comercial. Con el estallido de la guerra colapsaron los controles estatales sobre la subrogación, lo que está dando lugar a opacidad en los procesos, con traslados irregulares de recién nacidos y graves riesgos de tráfico y abandono de menores¹⁵. El conflicto armado desplazó el mercado de la subrogación hacia Georgia, donde, pese a una regulación ambigua y a múltiples denuncias de explotación, tráfico y falsificación, el Gobierno anunció su prohibición internacional a partir de 2024, medida que aún no se ha hecho efectiva¹⁶.

En este escenario de movilidad geográfica, la ausencia de regulación efectiva no solo se traduce en acuerdos abusivos de subrogación comercial, sino también en formas extremas de explotación reproductiva que se sitúan ya abiertamente en el ámbito del Derecho Penal internacional. El caso de Nigeria constituye un ejemplo paradigmático. Las denominadas *baby factories* nigerianas funcionan como centros de retención de mujeres y adolescentes reclutadas mediante engaño, coacción o secuestro, obligadas a gestar bebés destinados a redes ilegales de adopción y trata. Las víctimas permanecen privadas de

¹³ RODRÍGUEZ ITURBURU, M. «La gestación por sustitución en Argentina». En *La gestación por subrogación en América Latina* (eds. Nicolás Espejo-Yaksic, Claire Fenton-Glynn, Fabiola Lathrop-Gómez & Jens M. Scherpe), 2022.

¹⁴ El art. 123, sec. 2 del Código de Familia de Ucrania reconoce que cuando un embrión generado mediante técnicas de reproducción asistida es implantado en el útero de una mujer distinta a la que ofrecerá gametos (gestante subrogada), los progenitores previstos –la pareja que solicitó la subrogación– serán los padres legales del recién nacido desde el momento de la concepción. A su vez, la Orden médico-clínica No. 787, dictada en 2013, regula las condiciones y procedimientos de las TRA, incluida la subrogación.

¹⁵ La Marea, *Especial: Gestación Subrogada*, 2025.

¹⁶ Gobierno de Georgia, Anuncio oficial de prohibición de la subrogación internacional para extranjeros, junio de 2023. <https://www.ngalaw.co.uk/georgia-surrogacy-ban-foreigners-from-jan-2024>. A pesar del anuncio y del proyecto de ley sometido al parlamento, en 2025 la situación legal permanece ambigua: la normativa no fue aprobada, de modo que la subrogación para extranjeros sigue estando disponible en la práctica.

libertad, sometidas a violencia sexual reiterada, sin atención médica adecuada y separadas de sus hijos inmediatamente tras el parto. Este fenómeno ha sido documentado de forma continuada por organismos internacionales desde 2006 y sistematizado en la literatura reciente como una expresión extrema de mercantilización forzada de la reproducción¹⁷ y trata de personas¹⁸.

La falta de regulación o la imposibilidad material de una supervisión efectiva –como ocurre actualmente en Ucrania a causa de la guerra–, en convergencia con redes de criminalidad organizada, crean un terreno fértil para la vulneración de derechos fundamentales de gestantes y nacidos. Es precisamente frente a esta dinámica estructural de desprotección, y ante la persistente ausencia de un marco normativo internacional vinculante que prohíba la subrogación comercial transnacional, cuando han comenzado a emerger instrumentos de *soft law* dirigidos a establecer estándares mínimos de protección allí donde los Estados no ejercen adecuadamente su función reguladora. En este sentido, destaca la Declaración de Tokio sobre Salud Reproductiva y Derechos Humanos de 2025, adoptada por la *International Federation of Fertility Societies (IFFS)*¹⁹. Se trata de un texto elaborado en el seno de una organización no gubernamental de carácter científico-profesional, con estatus de actor no estatal consultivo ante la Organización Mundial de la Salud, cuyo mandato institucional es la promoción de la investigación, la difusión del conocimiento y el establecimiento de estándares de buena práctica en medicina reproductiva a escala global.

El presente estudio se propone, así, analizar la Declaración de Tokio, su alcance y sus límites. La hipótesis central sostiene que, si bien los instrumentos de *soft law*, como la propia Declaración de Tokio, pueden contribuir a reducir algunas de las formas más graves de abuso en contextos de desregulación, existe un riesgo real de que, en ausencia de una prohibición clara de la subrogación comercial, la regulación internacional termine funcionando como un mecanismo de legitimación jurídica de un mercado reproductivo estructuralmente desigual. Se trata, por tanto, de instrumentos transitorios destinados a evitar el mal mayor que es la desprotección de las gestantes y de los nacidos en contextos de abusos producidos al amparo del vacío normativo.

¹⁷ Human Rights Watch, *Nigeria: Trafficking of Women and Girls*, varias ediciones, 2022/2024. UNESCO, *Child Trafficking and Baby Factories in Nigeria*, París, 2006. UNODC, *Trafficking in Persons: Nigeria*, ediciones 2016–2023. MAKINDE, O. A., «Baby harvesting and trafficking in Nigeria: Ethical and legal perspectives», *African Journal of Reproductive Health*, vol. 21, núm. 2, 2017.

¹⁸ UNESCO, *Child Trafficking and Baby Factories in Nigeria, Informe regional sobre trata de menores*, París, 2006.

¹⁹ International Federation of Fertility Societies (IFFS), *Tokyo Declaration on Reproductive Health and Human Rights*, Congreso Mundial IFFS, Tokio, 2025. <https://www.sifes.it/wp-content/uploads/2025/06/FINAL-IFFS-2025-Tokyo-Declaration-1.pdf>

II. LA DECLARACIÓN DE TOKIO DE LA IFFS (2025): ORIGEN, NATURALEZA Y ALCANCE

La Declaración de Tokio sobre Salud Reproductiva y Derechos Humanos, adoptada en el Congreso Mundial de la *International Federation of Fertility Societies* (IFFS) el 29 de abril de 2025, constituye uno de los instrumentos de *soft law* más relevantes aprobados en el ámbito de la reproducción humana asistida en los últimos años. Este instrumento representa un giro significativo, pues por primera vez una organización global del sector de la fertilidad incorpora de manera explícita los derechos humanos reconocidos por el Derecho internacional –dignidad, autonomía personal, salud, igualdad y no discriminación, así como primacía del interés superior del menor– como fundamento normativo de las prácticas de reproducción asistida y, de modo particular, de la gestación por sustitución²⁰. La relevancia de la Declaración de Tokio no radica únicamente en su origen –una organización no estatal de carácter clínico-científico–, sino en su finalidad: ofrecer un marco mínimo ético-jurídico, de adhesión voluntaria, destinado a proteger a las mujeres gestantes y a las personas nacidas mediante técnicas reproductivas en aquellos contextos donde el Estado no actúa o lo hace de manera insuficiente²¹.

1. Origen institucional de la Declaración: el grupo de juristas expertos

Uno de los aspectos más relevantes de la Declaración de Tokio es su origen técnico-jurídico independiente. El texto fue elaborado por el denominado *International Federation of Fertility Societies Special Interest Jurist Group*, un grupo internacional de juristas especializados en derecho de familia, bioética, derechos humanos y derecho internacional privado, seleccionado en base a su

²⁰ En el ámbito europeo, la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), a través de su *Task Force on Ethics and Law*, ha sostenido de forma consistente que la gestación por sustitución solo puede considerarse éticamente aceptable en su modalidad no comercial y bajo condiciones estrictas de protección, desaconsejando expresamente la subrogación comercial por los riesgos de explotación, desigualdad y mercantilización del cuerpo de la mujer. ESHRE Task Force on Ethics and Law, «Surrogacy», *Human Reproduction*, vol. 20, n.º 10, 2005, pp. 2705–2707.

²¹ Tal como ha señalado Uchechukwu Ngwaba, el grupo trabajó conscientemente sobre la base de que los espacios no regulados son especialmente peligrosos para la subrogación comercial internacional, por convertirse en mercados globales de explotación de mujeres, con fenómenos extremos como las *baby factories* en Nigeria. Con todo, el objetivo no fue crear «nuevos derechos», sino insertar la práctica de la reproducción asistida dentro del marco ya existente del Derecho internacional de los derechos humanos, trasladando esos estándares a la praxis cotidiana de las clínicas. NGWABA, U. *Tokyo Declaration podcast*, <https://open.spotify.com/episode/1b6OdFHa0VW9cUBWrw3CbJ?si=TdRCPPEJSLOovo3PKij1BQ>

experiencia académica, que trabajó durante un periodo aproximado de dos años en la redacción del documento, con plena autonomía intelectual respecto de las clínicas y de los órganos directivos de la propia IFFS. El grupo estuvo presidido por la Profesora Sonia Allan, catedrática de Derecho en la Universidad de New England (Australia) y editora asistente del Informe Trienal de la IFFS, junto a expertos de reconocido prestigio internacional: Itziar Alkorta Idiakez (España), Tetsuya Ishii (Japón), Bartha Knoppers (Canadá), Rafal Lukasiewicz (Polonia), Uchechukwu Ngwaba (Canadá-Nigeria) y Mariana Rodríguez Iturburu (Argentina).

2. **Naturaleza jurídica de la Declaración: un instrumento de *soft law* sectorial**

La Declaración de Tokio se configura como un instrumento ético-jurídico de vocación universal, dirigido a actores públicos y privados del sector reproductivo, cuya función no es modificar directamente los ordenamientos internos, sino establecer un marco normativo de referencia para alinear la práctica clínica con los estándares internacionales de derechos humanos. Su singularidad reside en que emana del propio interior de la industria de la fertilidad, lo que le confiere una capacidad potencial de incidencia inmediata sobre la praxis, al exigir a sus miembros un compromiso activo de respeto a dichos principios. Está específicamente dirigida a los Estados sin regulación o con regulación deficiente, donde opera como mecanismo de estandarización mínima de las prácticas y como forma incipiente de autorregulación sectorial basada en derechos fundamentales, introduciendo umbrales básicos de protección para mujeres gestantes y personas nacidas mediante técnicas reproductivas.

Aunque carece de fuerza jurídica vinculante y de mecanismos coercitivos de control y sanción, su autoridad moral cualificada le permite desplegar efectos indirectos a través de la presión reputacional, la acreditación de centros, la evaluación pública de prácticas y su eventual utilización como parámetro interpretativo. En este sentido, sin sustituir la responsabilidad estatal ni legitimar la subrogación comercial, la Declaración actúa como un instrumento de contención ética frente a los abusos más graves en contextos de desregulación estructural.

3. **Las reservas frente a la subrogación comercial y transfronteriza**

Un elemento de gran relevancia jurídica y política radica en el hecho de que varios de los propios juristas que intervinieron en la elaboración de la Declaración formularon reservas explícitas frente a la subrogación comercial y trans-

fronteriza, dejando constancia expresa de que tales prácticas suscitan objeciones de gran calado desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, acompañando la Declaración de una cláusula de reserva final particularmente significativa, en la que, sin desconocer su utilidad inmediata como mecanismo de mitigación de daños en contextos de desregulación, sostienen que la subrogación comercial debe ser prohibida como regla general²².

Entre quienes formularon dichas reservas figuran Sonia Allan, Itziar Alkorta, Uchechukwu Ngwaba y Rafał Łukasiewicz. Sus posicionamientos no invalidan la Declaración, pero sí la inscriben en un marco de lectura críticamente consciente de sus límites: el propio núcleo jurídico que impulsa el texto reconoce que la industria global de la fertilidad alberga riesgos estructurales de explotación, cosificación y transferencia sistemática de riesgos hacia mujeres en situación de vulnerabilidad que no pueden ser neutralizados de manera suficiente mediante estándares voluntarios, mecanismos de autorregulación profesional o compromisos éticos no vinculantes. De este modo, las reservas operan como una advertencia interna sobre el carácter necesariamente provisional de las soluciones basadas en *soft law* frente a una problemática que, por su propia naturaleza, exige respuestas normativas fuertes y jurídicamente exigibles. Desde esta perspectiva, la Declaración no se concibe como una solución definitiva, sino como un instrumento transitorio de contención destinado a reducir los daños mientras persista la ausencia de una prohibición jurídica vinculante a escala internacional.

III. LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DECLARACIÓN DE TOKIO DE LA IFFS

Desde el punto de vista de su fundamentación normativa, la Declaración se apoya de forma expresa en los grandes instrumentos internacionales de de-

²² «Commercial and International Cross-Border Surrogacy: The undersigned signatories expressly indicate their reservations towards commercial and international cross-border surrogacy and the significant human rights concerns such practices raise: Professor Sonia Allan OAM (Chair), School of Law, University of New England, Australia; Professor Itziar Alkorta Idiarte, Law Faculty, University of the Basque Country, Spain; Assistant Professor Uchechukwu Ngwaba, Lincoln Alexander School of Law, Toronto, Canada; Assistant Professor Rafał Łukasiewicz, Faculty of Law and Administration, the University of Rzeszów, Poland; Mariana Rodríguez Iturburu, Specialist in Family Law, Childhood and Adolescence, Argentina». In International Federation of Fertility Societies (IFFS), *Tokyo Declaration on Reproductive Health and Human Rights*, Congreso Mundial IFFS, Tokio, 2025, p. 9.

rechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)²⁵, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁶, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO²⁷ y el Protocolo de Palermo sobre trata de personas²⁸, entre otros.

1. El consentimiento libre e informado como presupuesto estructural de la subrogación

El principio del consentimiento libre e informado ocupa una posición central en la Declaración de Tokio. El texto exige que todas las personas implicadas en procedimientos de reproducción asistida, incluidas las mujeres que actúan como gestantes por sustitución y sus parejas cuando existan, presten un consentimiento previo, autónomo y basado en información comprensible, proporcionada en su propio idioma y en un nivel adecuado a su capacidad de comprensión, sin que medie coacción, engaño o influencia indebida (art. 5).

Este estándar encuentra su fundamento inmediato en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la experimentación médica sin consentimiento, así como en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, conforme a la cual toda intervención médica exige el consentimiento previo, libre e informado del paciente, quien conserva en todo momento la facultad de revocarlo sin sufrir perjuicio alguno (arts. 6 y 7).

La exigencia adquiere en el ámbito de la subrogación una dimensión cualificada, por cuanto el consentimiento debe prestarse con anterioridad a la con-

²³ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

²⁴ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976.

²⁵ Naciones Unidas, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

²⁶ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

²⁷ UNESCO, *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, París, 19 de octubre de 2005.

²⁸ Naciones Unidas, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 55/25, 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.

cepción y proyectarse sobre un proceso de larga duración que implica riesgos médicos relevantes y consecuencias personales de carácter profundo.

La Declaración exige un consentimiento informado materialmente válido, no solo formal, que abarque riesgos médicos, psíquicos y consecuencias jurídicas, aunque en contextos de pobreza estructural su eficacia sea limitada, estableciendo al menos un umbral mínimo de protección ética y jurídica frente a la captación de mujeres vulnerables.

2. La prohibición de la explotación y de la trata de personas

La Declaración de Tokio establece de forma expresa que el acceso a los tratamientos de reproducción asistida no debe implicar, en ningún caso, la explotación ni la trata de personas, ya se trate de padres intencionales, donantes de gametos, gestantes o de los propios nacidos como resultado de dichas prácticas (art. 4).

Este principio se fundamenta en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proscribe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, así como en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Aplicado a la gestación por sustitución, este estándar implica la obligación de excluir aquellas prácticas que, bajo una apariencia contractual, encubren auténticas situaciones de control sobre el cuerpo de la mujer, tales como la retención forzada en residencias vigiladas, la imposición de condiciones de vida controladas por intermediarios o la fijación de remuneraciones manifiestamente desproporcionadas en relación con los beneficios económicos generados por la industria reproductiva. Asimismo, introduce un criterio de invalidez material de aquellas cláusulas contractuales que someten a la gestante a sanciones económicas desproporcionadas por el incumplimiento de las cláusulas contractuales o que reducen su autonomía sobre las decisiones médicas durante el embarazo o la posibilidad de interrumpirlo dentro de los márgenes legalmente permitidos.

Aunque la Declaración no formula una prohibición categórica de la subrogación comercial, el principio de no explotación que proclama determina un límite sustantivo que cuestiona la legitimidad de buena parte de los mercados actuales de subrogación transnacional, caracterizados por profundas asimetrías económicas y sociales entre las partes.

3. El derecho al asesoramiento jurídico y psicológico independiente

Otro de los pilares del estándar de protección diseñado por la Declaración de Tokio es la exigencia de que, en los supuestos de subrogación, cada una de las partes cuente con asesoramiento jurídico y apoyo psicológico independientes, desvinculados de las clínicas o de los intermediarios que participen en el proceso y proporcionados desde la fase prenatal hasta el periodo posterior al parto, y en todo caso (art. 6). Esta exigencia deriva del reconocimiento de la asimetría estructural de poder e información que caracteriza a los acuerdos de subrogación. Solo mediante un asesoramiento imparcial puede garantizarse que la gestante comprenda de forma efectiva su posición jurídica, los límites de exigibilidad del contrato, así como los derechos que le asisten en caso de complicaciones médicas, cambios de voluntad o incumplimientos por parte de los comitentes.

Este estándar se apoya nuevamente en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los principios de la Declaración sobre Bioética de la UNESCO, conforme a los cuales la validez del consentimiento está indisolublemente unida a la existencia de información suficiente y comprensible.

En los países carentes de regulación específica sobre subrogación, el asesoramiento independiente se erige, así, en un verdadero sustituto funcional de los deberes estatales de protección, trasladando a actores privados una responsabilidad que, en última instancia, corresponde al Estado.

4. La libertad de movimiento y la autonomía personal de la gestante

La Declaración de Tokio proclama expresamente que toda persona sometida a tratamientos de reproducción asistida conserva en todo momento su derecho a la autodeterminación y a la libertad de movimiento, quedando prohibida cualquier forma de detención o restricción de la movilidad contra su voluntad (art. 7).

Este derecho fundamental encuentra respaldo normativo en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege la vida privada y familiar, así como en los principios de autonomía personal recogidos en la Declaración Universal sobre Bioética.

En la gestación por sustitución, la gestante debe conservar plena autonomía sobre las decisiones médicas de su embarazo, pudiendo aceptar o rechazar tratamientos. Además, se consideran inválidas las cláusulas contractuales que limiten su libertad personal, como imponer residencia o controles permanen-

tes. Su autodeterminación corporal actúa como un límite absoluto a cualquier forma de contractualización del embarazo.

5. El derecho a la atención sanitaria integral antes y después del parto

La Declaración de Tokio impone en su artículo 8 la obligación de garantizar una atención sanitaria segura y de calidad para todas las personas sometidas a tratamientos de reproducción asistida, con especial referencia al periodo prenatal, al parto y al postparto.

Este estándar se fundamenta en los artículos 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como en el artículo 12 de la CEDAW, que imponen una protección reforzada de la salud de las mujeres durante el embarazo y tras el parto. Aplicado a la subrogación, este principio implica controles prenatales adecuados y atención obstétrica especializada –además de la cobertura de las posibles secuelas físicas derivadas del embarazo y del parto–, así como el acceso a apoyo psicológico tras la entrega del recién nacido. La atención postparto para la gestante no puede quedar condicionada a la permanencia de los padres intencionales en el país ni a la vigencia del contrato, puesto que se trata de una obligación derivada directamente del derecho fundamental a la salud.

Adviértase que la ausencia de tales garantías en numerosos países del Sur Global convierte a la gestación por sustitución en una práctica de riesgo elevado para las mujeres, riesgo que la Declaración trata de mitigar mediante la formulación de este estándar mínimo.

6. El principio de igualdad y no discriminación

La Declaración proclama que el acceso a la reproducción asistida debe respetar el principio de igualdad y no discriminación, condenando toda diferenciación basada en el sexo, el género, el origen étnico, la religión, la condición social o cualquier otra circunstancia análoga (art. 1).

Este principio remite directamente a los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los artículos 2 y 16 de la CEDAW.

En el ámbito de la subrogación, este estándar adquiere una especial relevancia en la medida en que permite visibilizar las dinámicas de discriminación estructural que atraviesan los mercados reproductivos transnacionales. La cap-

tación sistemática de mujeres pobres, pertenecientes en muchos casos a minorías étnicas, para satisfacer la demanda reproductiva de comitentes procedentes de países desarrollados, plantea serias dudas desde la perspectiva del principio de igualdad material. La exigencia de no discriminación no se limita, por tanto, al acceso formal a los tratamientos, sino que se proyecta también sobre las condiciones reales de las mujeres gestantes.

7. La primacía del interés superior del niño nacido por subrogación

La Declaración de Tokio sitúa el bienestar, la salud y el desarrollo del niño nacido como resultado de técnicas de reproducción asistida como consideraciones prioritarias (art. 9), en consonancia con el principio del interés superior del menor consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este principio obliga a que toda decisión relativa a la gestación, el nacimiento y la eventual atribución de la filiación se adopte desde una perspectiva centrada en los derechos del niño, y no exclusivamente en los intereses de los adultos implicados.

Desde esta óptica, la Declaración exige garantizar la continuidad del cuidado del menor tras el nacimiento, evitar situaciones de abandono y asegurar que su estatuto jurídico quede claramente definido, con una filiación estable que permita el acceso a los derechos derivados de la misma. Aunque la Declaración no regula directamente los problemas de reconocimiento internacional de la filiación, la referencia al interés superior del menor sirve de pauta interpretativa para cualquier desarrollo normativo ulterior en el ámbito del Derecho internacional privado.

8. El derecho a la información y al conocimiento de los orígenes

Uno de los avances más significativos de la Declaración de Tokio reside en el reconocimiento del derecho de las personas nacidas mediante reproducción asistida a acceder a la información relativa a su origen genético y gestacional, así como al deber de conservar registros exhaustivos de todos los datos relevantes en relación con donantes, gestantes y eventuales hermanos genéticos, con vocación de permanencia indefinida (art. 10).

Este estándar encuentra su fundamento en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconocen el derecho del niño a conocer, en la medida de lo posible, a sus padres y a preservar su identidad.

En el contexto de la subrogación, este principio cuestiona de forma directa los modelos basados en el anonimato absoluto y desplaza el centro de gravedad de la reproducción asistida desde la confidencialidad de los adultos hacia el derecho del nacido a construir su identidad personal sobre la base de información veraz acerca de su origen. Asimismo, reconoce el derecho de las gestantes y de los donantes a conocer si han nacido hijos como resultado de su intervención, introduciendo así una lógica de responsabilidad inter-temporal que vincula a todos los intervinientes más allá del momento del nacimiento.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL: EL ALCANCE Y LOS LÍMITES DE LOS ESTÁNDARES DE TOKIO

El conjunto de estándares formulados por la Declaración de Tokio, basados en el reconocimiento de los derechos humanos básicos de las gestantes y de los nacidos, representa un correctivo sustantivo de los abusos más notorios a los que da lugar el modelo mercantil de la gestación por sustitución. En este sentido, las clínicas y asociaciones profesionales que suscriban este marco de actuación aparecen, como garantes indirectos de estos derechos allí donde el Estado no ejerce plenamente su función reguladora.

No obstante, la eficacia real de estos estándares se ve limitada por su carácter voluntario y por la ausencia de mecanismos normativos de supervisión y sanción. La Declaración de Tokio constituye, por ello, un avance innegable en la construcción de un marco ético-jurídico de protección mínima, pero no puede reemplazar una regulación estatal robusta. Desde una perspectiva de derechos humanos y de igualdad sustantiva, tampoco aspira a ocupar el lugar de una futura prohibición de la subrogación comercial como forma estructuralmente generadora de explotación, sino que se presenta como un instrumento provisional de protección mínima, llamado a operar mientras no exista una regulación plenamente garantista.

**180. EL CASO «PRESTIGE»: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS
MEDIOAMBIENTALES INTERNACIONALES Y CAUCES
DE ACTUACIÓN INTERNACIONAL. LA OPCIÓN ENTRE
LA VÍA PENAL O LA VÍA CIVIL**

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático Derecho Internacional Privado. UPV/EHU

*Con todo mi reconocimiento a José Luis de la Cuesta: amigo, académico,
gran persona y, sin duda, el mejor profesor de Derecho que tuve en los ya
lejanos tiempos de nuestra promoción 1982-1987.*

**I. DESARROLLO NORMATIVO EN EL SENO DE LA UE EN
MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO:
¿A GOLPE DE SINIESTRO?**

Todo el ámbito competencial relativo al sector de prevención y protección del mar frente a los vertidos voluntarios o accidentales de hidrocarburos queda vinculado de forma paralela a distintas políticas europeas, como la de transportes (arts. 90 y ss. TFUE), el medio ambiente (arts. 191 y ss. TFUE) o la protección civil (art. 196 TFUE). La base jurídica de la acción legislativa europea en este ámbito, por tanto, puede descansar, a priori, sobre distintos preceptos del TFUE, aunque de facto, y en la práctica europea, la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos ha quedado adscrita a la vertiente de seguridad marítima vinculada a la materia de transportes.

En efecto, las principales medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de seguridad marítima se han basado en el título VI dedicado a trans-

portes, y más concretamente en el art. 100.2 del TFUE (antiguo 80.2 del TCE). El título de transportes cuenta con disposiciones que a primera vista podrían encajar con la materia de la seguridad marítima –dentro de esta política común cabe citar especialmente el art. 91.1.c) del TFUE (presente desde el Tratado de Maastricht) que prevé expresamente la facultad del Parlamento y el Consejo de adoptar medidas para mejorar la seguridad en los transportes– el art. 100.1 establece claramente que las disposiciones de este título se aplican a los transportes de ferrocarril, carretera o vías navegables, y el art. 100.2.

La intervención competencial de la UE en materia de transportes y medio ambiente es compartida con los Estados miembros; se trata, por tanto, de una competencia regida por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, lo que significa, por una parte, que en estos ámbitos la Unión sólo interviene cuando los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que puedan materializarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala europea.

En la época del siniestro del Prestige la directiva Comunitaria sobre control en los puertos, en vigor desde 1997, preveía ya la prohibición de navegar por aguas comunitarias a partir de 2005 a este tipo de buques peligrosos por su tamaño, avanzada edad, su bandera de conveniencia y por tratarse de buques monocasco. La citada directiva en vigor obligaba a los puertos a inspeccionar de forma aleatoria, y sin tener en cuenta su peligrosidad, el 25 por 100 de los barcos que hicieran escala en ellos. Tras la tragedia del petrolero *Erika* (en diciembre de 1999, ocurrido en aguas francesas de Bretaña), la UE decidió adoptar medidas adicionales de prevención, a través de dos grupos de directivas, denominadas *Erika I* y *Erika II*.

Las tres directivas sobre seguridad marítima tenían un plazo para su transposición o incorporación a los ordenamientos nacionales que vencía en principio en julio de 2003 (las dos primeras) y en febrero de 2004 (la tercera): las dos primeras proyectaban su ámbito de aplicación sobre las *sociedades de clasificación*, encargadas de las revisiones y de la adscripción de un buque a una determinada categoría o función y sobre el refuerzo de controles de los buques en los puertos, y la tercera norma regula cuestiones vinculadas a los puertos de refugio, obligatoriedad de instalar *cajas negras* a bordo de los buques y otras medidas que ponían el acento en los aspectos preventivos.

A la fecha en que tuvo lugar el siniestro del Prestige ninguno de los entonces quince Estados Comunitarios cumplía las normas de seguridad marítima previstas en dichas directivas de la UE, y sólo el clima de sensibilización despertado por la nueva catástrofe del *Prestige* permitió encauzar una decisión

política coordinada con el fin de acortar esos mencionados plazos de incorporación interna.

El ejemplo comparado de la legislación estadounidense es revelador: la denominada *Oil Pollution Act* de 1990 consagró la responsabilidad civil ilimitada del armador por los derrames, la obligatoriedad del doble casco para los buques que recalen en sus puertos y la prohibición del paso de buques monocascos a 50 millas de sus costas, junto a la exigencia de tener dispuestos planes de contingencia de limpieza.

La descripción normativa del sector marítimo posterior al accidente del *Erika*, expuesta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre seguridad marítima del transporte de petróleo, mostró la existencia de ciertas prácticas relacionadas con la propiedad y la actividad de fletamento que en nada ayudaban a prevenir desastres como el del *Erika*. La proliferación de armadores independientes y de sociedades ficticias registradas en paraísos fiscales, unida a la competencia existente entre los fletadores, imponía la práctica del «precio más bajo», favoreciendo la navegación de los buques más viejos. No se tenía en cuenta la calidad del transporte sino el precio, lo que actuaba en detrimento de la seguridad. Existía una necesidad real de endurecer las inspecciones de los buques, con el fin de evitar que los operadores que aplicaban normas de alta calidad se viesan perjudicados por la competencia que deslealmente ejercían los operadores que no aplicaban normas tan severas; se trataba de favorecer el empleo de buques de mayor calidad, lo que revertiría en una mayor seguridad del tráfico marítimo.

En definitiva, es posible sostener que *Erika* supuso para Europa lo mismo que *Exxon Valdez* supuso para los EE UU de América¹. Puso de relieve, por una parte, el riesgo que suponían los buques viejos para la seguridad marítima y, por otra, la necesidad de reforzar la mal aplicada normativa entonces en vigor mediante la adopción unilateral de normas comunitarias más avanzadas que las normas de la OMI. Así, y como consecuencia de las presiones derivadas de una opinión pública seriamente afectada por el accidente del buque *Erika*, la Comisión planteó una serie de medidas para la superación de los problemas enunciados². Se propusieron unas medidas inmediatas (paquete de

¹ Respecto a la experiencia estadounidense *vid.* ESPINO HERNÁNDEZ, D., «Aproximación a la ley estadounidense de contaminación por hidrocarburos», en *El Prestige: ¿Caso cerrado?* (coords. E. González Pillado y M. A. Michinel Álvarez), Serv. Public. de la Universidad de Vigo, España, 2006, pp. 175-189.

² JENISCH, U., «The European Union as an Actor in the Law of the Sea: The Emergence of Regionalism in Maritime Safety, Transportation and Ports», *German Yearbook of International Law*, vol. 48, 2005, pp. 244 y ss.

medidas *Erika I*) y otras medidas proyectadas a más largo plazo (paquete de medidas *Erika II*).

A los seis meses de la Comunicación de la Comisión donde se propusieron las medidas de *Erika I* se presentó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un segundo conjunto de medidas comunitarias en materia de seguridad marítima a raíz del naufragio del petrolero *Erika* (paquete de medidas *Erika II*). Las nuevas medidas, que habían sido adelantadas en la Comunicación anterior, constaron de una propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento e información sobre el tráfico marítimo y dos propuestas de Reglamento: una relativa a la constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en aguas europeas y medidas complementarias, y otra por la que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima.

Frente a esta doble iniciativa de la Comisión, el Consejo frenó las negociaciones atinentes a la propuesta de Reglamento relativo a la constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en aguas europeas (Fondo COPE)³. La creación de este fondo tenía como objetivo subsanar ciertas limitaciones de la regulación internacional vigente. El régimen internacional se organizaba en torno a dos Convenios: el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, y el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (FIDAC), de 18 de diciembre de 1971. Ambos Convenios instituyen un sistema de responsabilidad a dos niveles: en un primer momento la responsabilidad es del propietario del buque, aunque ésta no podrá superar en ningún caso un importe máximo actualizado; en un segundo nivel, cuando se cumpla alguna de las condiciones previstas en el Convenio del FIDAC, será el Fondo quien asuma las indemnizaciones suplementarias restantes hasta el límite máximo de unos 200 millones de euros.

En opinión de la Comisión, el siniestro de *Erika* había puesto de relieve que una de las deficiencias más importantes del sistema internacional era la inadecuación de los límites de indemnización⁴. Sin embargo, el Consejo consideró más adecuado redirigir la cuestión de la creación de un Fondo suple-

³ Vid. DE LA FAYETTE, L. A., «New Approaches for Addressing Damage to the Marine Environment», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 20, núm. 1, 2005, pp. 205-208.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un segundo conjunto de medidas comunitarias en materia de seguridad marítima a raíz del naufragio del petrolero *Erika*, COM(2000) 802 final, p. 62.

mentario (un tercer nivel de responsabilidad) a una escala universal, en lugar de la creación del Fondo COPE limitado al marco comunitario.

La iniciativa más controvertida de las adoptadas tras el accidente del Prestige fue la Directiva 2005/35/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones⁵. Su negociación fue larga y difícil, especialmente por la oposición de Grecia y Malta⁶. Tratándose de materia penal, la fundamentación de la Directiva en el art. 80.2 TCE (actual 100.2 TFUE), fuera del tercer pilar, resultaba bastante controvertida⁷. Sin embargo, el TJCE terminó con la discusión sosteniendo que era posible incluir tal iniciativa en el primer pilar en la medida en que su finalidad y su contenido estuvieran principalmente dirigidos al logro de los objetivos del TCE, como el de la protección medioambiental⁸. La Directiva vino, además, acompañada de la adopción de la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, donde se precisa el régimen de sanciones penales aplicables al comportamiento tipificado en la Directiva.

En la actualidad, cabe afirmar, apreciando este desarrollo normativo, que la legislación de la UE en materia de protección del mar de la contaminación por hidrocarburos ha adquirido una entidad y un desarrollo realmente relevantes⁹. En el 2009 se adoptaron los instrumentos normativos propuestos en el tercer paquete de medidas legislativas para la seguridad marítima en la UE (Erika III), medidas que vienen a modificar normas comunitarias anteriores o a plantear nuevos ámbitos materiales de regulación para la UE¹⁰.

Debe tenerse en cuenta que, en las materias sobre las que la UE no haya adquirido una competencia exclusiva exterior –como pueden ser el ejercicio de la jurisdicción sobre los buques, el abanderamiento y registro y la ejecución de

⁵ BOELAERT-SUOMINEN, S., «The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 23, 2008, pp. 699-711, analiza el caso C-308/06, *Intertanko*.

⁶ FRANK, V., *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea. Implementing Global Obligations at the Regional Level*. Martinus Nijhoff, Leiden / Boston, 2007, pp. 248 y ss.

⁷ JENISCH, U., «The European Union as an Actor...», *loc. cit.*, pp. 248-249.

⁸ Caso C-176/03 *Comisión c. Consejo*, párr. 51, señala que «tanto por su finalidad como por su contenido, los artículos 1 a 7 de la Decisión marco tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE».

⁹ NENGYE (L.) y F. MAES, «The European Union's role in the prevention of vessel-source pollution and its internal influence», *The Journal of International Maritime Law*, vol. 15, 2009 p. 415, considera que en esta materia, hoy, la UE dispone de uno de los marcos regulatorios más avanzados y exhaustivos del mundo.

¹⁰ Comunicación de la Comisión, COM(2005) 585 final.

sanciones administrativas o penales—, los Estados miembros no son libres de ejercer su competencia, sino que su actuación deberá ser coherente y leal con el Derecho de la Unión ¹¹.

II. EL SINIESTRO DEL BUQUE PRESTIGE

El buque *Prestige*, de 26 años de antigüedad, zarpó de Lituania con 77.000 toneladas de fuel oil. El caso permite apreciar la compleja red de empresas involucradas en este tipo de cargamentos: por un lado, la entidad *Mare Shipping* (Liberia), como compañía propietaria del barco; la sociedad *Universe Maritime* (Grecia), empresa gerente de *Mare Shipping* y auténtica responsable del petrolero; en tercer lugar, la entidad *Crown Resources* (Rusia, Reino Unido, Suiza), como compañía que fletó el petrolero, propiedad a su vez de un conglomerado empresarial o societaria ruso, el *Grupo Alfa*, con base en Suiza y oficinas en Londres y otros destinos.

El cúmulo de factores jurídicos en presencia que concurrieron en el siniestro permite analizar cuestiones vinculadas a la opción entre la vía civil frente a vía penal, que fue la finalmente seguida, como ya ocurrió, hace veinte años, en el caso del *Aegen Sea*, y valorar a su vez la incidencia de factores adscritos al ámbito del Derecho Internacional Público y de DIPr. (distinta nacionalidad de las partes, el uso de pabellón o bandera de conveniencia o la adopción de medidas de control en los puertos, entre otros).

1. Vía procesal Penal versus procedimiento civil

La vía penal iniciada en el caso del *Prestige* devino inadecuada para valorar el alcance de las responsabilidades afectadas o involucradas, y de facto ha supuesto una enorme dilación procesal y un retraso (como ya ha ocurrido en casos anteriores) del pago de las compensaciones establecidas en los Convenios Internacionales en vigor.

En principio, y conforme al tenor de los mismos, la limpieza de las costas y las indemnizaciones se encargaría al Club de protección del *Prestige* (con sede en Londres), al propietario de la carga (la empresa *Crow Resource*) y al armador (*Mare Shipping*), que a su vez tenía limitada su responsabilidad.

¹¹ FRANK, V., *The European Community and Marine...*, op. cit., p. 260.

La primera decisión judicial adoptada en el proceso penal fue la prisión del capitán del buque, bajo fianza de tres millones de euros. La rigurosidad de esta medida, atendiendo al hecho de que el buque no había sido detenido nunca por motivos de seguridad en los puertos de UE y de EEUU supuso una *criminalización* del siniestro poco recomendable desde la óptica de los perjudicados, ya que ha conducido al retraso en el cobro de sus indemnizaciones, como ya se demostró en el caso del buque *Aegen Sea*.

Se trata además de un proceso penal complicado, dilatado y en el que cabe incluso cuestionar o mediatizar el alcance del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado español: en efecto, y conforme al tenor del artículo 230 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (ratificado por España en 1997) los Estados sólo pueden imponer sanciones pecuniarias, salvo el caso de un acto intencional y grave de contaminación en el mar territorial, a los marinos extranjeros implicados en derrames accidentales de crudo en el mar territorial y la zona económica exclusiva. El tenor del Convenio (que prima jerárquicamente en su aplicación sobre las leyes internas españolas) es claro, con lo cual transforma la materialización de ese *Ius puniendi* en un factor cuestionable y poco operativo desde la óptica de reparación de daños y de la evaluación pericial de los factores desencadenantes del siniestro del *Prestige*.

No debe olvidarse que los Convenios Internacionales *CLC 92* y *el Fund Convention 92* prevén ya una responsabilidad objetiva y automática por los daños, y un sistema de compensación de amplio contenido cuya operatividad inmediata queda frenada por el proceso penal.

2. Antecedentes fácticos y jurídicos: contextualización

En noviembre de 2002, el M/T *Prestige*, un petrolero que enarbolaba pabellón de las Bahamas, se partió en dos durante una fuerte tempestad y naufragó frente a las costas gallegas cuando transportaba 70.000 toneladas de fuelóleo pesado, que se derramaron y causaron importantes daños en playas, pueblos y ciudades del litoral norte de España y del litoral occidental de Francia. Comenzaba así una prolongada disputa jurídica entre la aseguradora del buque [*The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited* (en lo sucesivo, el «London P&I Club») y España, planteada en dos procesos diferentes y con diferentes jurisdicciones.

Como ha sido indicado, a raíz del naufragio del buque *Prestige* se incoaron una serie de diligencias penales ante los tribunales españoles contra el capitán del buque y contra otras personas. Ya en el contexto del procedimiento penal, el

Estado español ejercitó acciones civiles contra el capitán y los propietarios del barco, así como frente al asegurador de la responsabilidad del buque y sus propietarios: el London P&I Club. La base jurídica de esta acción civil se concretó en el artículo 117 del Código Penal español (CP), a cuyo tenor: «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda».

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial (AP) de A Coruña (de fecha 13.11.2013) fue recurrida ante el Tribunal Supremo (TS) que, finalmente, declaró civilmente responsables al capitán y a los propietarios del *Prestige*, así como, en virtud del artículo 117 del CP, al London P&I Club hasta el límite suscrito en el contrato de seguro. Establecida la responsabilidad civil, el TS devolvió el asunto a la AP de A Coruña para que fijase las respectivas cuantías de las indemnizaciones a cargo de los encausados. La AP dictó auto de ejecución en el que fijaba el importe de las cuantías reclamables (auto de 1.3.2019). El Reino de España solicitó el reconocimiento de este auto en el Reino Unido¹².

La secuencia fáctica y judicial puede resumirse así: por un lado, el Estado español, como perjudicado –entre otros– por los daños causados en las costas gallegas derivados del accidente del «*Prestige*», ejercitó tal acción civil dentro de la vía procesal penal ante los tribunales españoles. Esa acción dio lugar a que se condenase al London P&I Club, en tanto asegurador de la responsabilidad civil del buque, a reparar los daños causados hasta el límite de 1.000 millones de dólares estadounidenses (unos 900 millones de euros).

Con posterioridad a tal acción judicial española, el London P&I Club entabló un procedimiento arbitral en Londres sobre la base de las condiciones del contrato de seguro de P&I suscrito con el naviero. Este procedimiento arbitral dio lugar a un laudo en el que se declaró que las pretensiones indemnizatorias de España ante los tribunales españoles deberían haberse formulado en tal procedimiento arbitral en Reino Unido.

¹² La responsabilidad civil de London P&I Club por el naufragio del *Prestige* frente a una pluralidad de demandantes, entre ellos, el Reino de España, fue declarada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 4136/2018 (ECLI: ES: TS:2018:4136), y posteriormente concretada en cuanto a su cuantía por el AAP A Coruña 1366/2019, de 1 de marzo (ECLI: ES: APC:2019:1366A), resolución esta última cuyo reconocimiento y ejecución se instó por España ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) al amparo del art. 33 Reglamento Bruselas I.

En el laudo arbitral se concluyó, además, que de conformidad con otra cláusula o condición del contrato de seguro (cláusula «*pay to be paid*»), y en aplicación del Derecho inglés, existía una condición previa para poder recuperar el importe reclamado, premisa que debían respetar tanto las partes del contrato como cualquier tercero y que consiste básicamente en que, antes de recuperar una cantidad frente al asegurador, el asegurado debe haber pagado al perjudicado la indemnización correspondiente.

De acuerdo con lo previsto en la *Arbitration Act 1966*, el London P&I Club solicitó y obtuvo una sentencia del Tribunal Superior de Justicia británico dictada en los términos del laudo arbitral. Dicha sentencia fue confirmada a raíz del recurso de apelación que contra ella interpuso España. Por su parte, España solicitó a los tribunales británicos que reconocieran la resolución española que ordenaba la ejecución de la condena judicial española del London P&I Club a reparar los daños causados. El Tribunal de Inglaterra y Gales accedió a esa solicitud en mayo de 2019.

A raíz del recurso interpuesto por el London P&I Club contra tal admisión del reconocimiento y ejecución, dicho Tribunal de Justicia británico decidió plantear al Tribunal de la UE en Luxemburgo determinadas cuestiones prejudiciales de interpretación relativas al tenor del entonces vigente Reglamento europeo 44/2001. Esencialmente, el tribunal inglés preguntó al TJUE si podía denegarse el reconocimiento por existir en el Reino Unido una sentencia dictada en los términos del laudo arbitral que devenía inconciliable con los de la referida condena judicial impuesta en España.

3. La sentencia del TJUE de 20 de junio de 2022

El TJUE en su sentencia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022¹³ concluyó que el arbitraje británico no puede bloquear el reconocimiento y la ejecución de la sentencia española que condena a la aseguradora del «Prestige» a reparar los daños causados por la marea negra en las costas gallegas en 2002. En tal sentencia del TJUE (C-700/20), la Gran Sala¹⁴ respondió a la referida cuestión preju-

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, *London SteamShip Owners' Mutual Insurance Association*, C-700/20, EU: C:2022:488.

¹⁴ Como viene siendo habitual ante cuestiones que de un modo u otro aparecen vinculadas al arbitraje, el TJUE resolvió en Gran Sala. Se confirma así el especial interés del TJUE por estudiar con detalle todas aquellas cuestiones del Derecho de la UE que aparecen conectadas con el arbitraje: STJUE 10 febrero 2009, C-185/07, Allianz (también conocida como West Tankers), [ECLI: EU: C:2009:6]; STJUE 13 mayo 2015, C-536/13, Gazprom, [ECLI: ES: C:2015:316]; STJUE 6 de marzo 2018, C-284/16, Achmea, [ECLI: EU: C:2018:158]; STJUE 2 septiembre 2021, C-741/19, Komstroy, [ECLI: EU: C:2021:655]; STJUE 26 octubre 2021, C-190/20, PL Holding, [ECLI: ES: C:2021:875].

dicial remitida por la High Court of Justice británica. El Tribunal de Londres conocía en apelación del reconocimiento que se había hecho en instancia de un auto de ejecución de 1 de marzo de 2019 de la Audiencia Provincial de A Coruña que, de acuerdo con la sentencia penal del Tribunal Supremo español, fijaba las cuantías debidas por los daños causados por el naufragio del Prestige en noviembre de 2002 y por importe de 2.300 millones de euros, y que en el caso de la aseguradora del buque, el London P&I Club, limitaba a 855 millones de euros.

La Sentencia británica con respecto a la cual se invocaba «inconciabilidad» con la Sentencia española cuyo reconocimiento y ejecución se pretendía en el Reino Unido, fue dictada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court), el 22 de octubre de 2013, en ejercicio de lo dispuesto en los arts. 66.1.º y 2.º de la Ley inglesa de Arbitraje, que en esencia, establecen que para la ejecución de un Laudo arbitral es precisa su previa «incorporación» a una Sentencia, para crear así un título ejecutivo¹⁵.

Es entendible que el Estado español y un largo número de perjudicados intervinieran en la causa penal abierta tras el accidente del Prestige a la que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 enero 2016 para dilucidar las responsabilidades penales y civiles dimanantes del accidente. Y también lo es que el Estado español solicitase y obtuviese, a través de la invocación y aplicación del Convenio CLC'92, la canalización o derivación de la responsabilidad civil hacia el Naviero y la responsabilidad civil directa de dicho naviero cubierta por su Asegurador.

Pero debe tenerse en cuenta que el London P&I Club, en su momento y antes de comenzar el arbitraje, constituyó ante el Juzgado de Instrucción encargado de la causa el fondo de indemnización correspondiente de acuerdo con las previsiones del propio Convenio CLC92, por un importe de 22.777.986 euros, que era debida y legalmente la suma máxima de responsabilidad del naviero propietario y de su asegurador.

4. La interacción entre los diversos bloques normativos en presencia

Emerge ahora de nuevo la interacción entre bloques normativos en presencia aplicables sobre los hechos de este complejo caso: la normativa europea, la dimensión convencional-internacional y la normativa interna (española

¹⁵ «(1) An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect.(2) Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award».

e inglesa). Cabría plantearse ahora la cuestión de por qué el TS ignoró esa limitación prevista en el Convenio Internacional CLC'92 a la hora de aplicar lo previsto en el art.117 del Código Penal, y en qué medida esta colisión con el contenido de la norma convencional (superior en rango a la ley interna española) puede haber sido clave.

En efecto, en la Sentencia High Court of Justice, 6 October 2023, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association-v-Spain*¹⁶, la justicia británica realiza una relectura de la decisión del TJUE en su sentencia C-700/20; el juez inglés valida la pretensión de la aseguradora y bloquea el pago a España de los mil millones de dólares de la póliza suscrita por la armadora (855 millones de euros) para hacer frente a los daños provocados por la marea negra. Aunque los afectados por la catástrofe medioambiental ya cobraron las indemnizaciones, unas partidas ya adelantadas por las distintas administraciones y el Fondo de Indemnización por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Fidac), ahora es el Estado español el que da la batalla para cobrar parte de esa factura.

En efecto, el juez Christopher Butcher, de la Corte Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, estima el recurso de la aseguradora del Prestige, London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited, contra la ejecución de la sentencia de la Audiencia de A Coruña, por estimar inconciliable la decisión judicial española con el laudo de un arbitraje en el Reino Unido que eximía a la compañía de pagar a España. En su opinión, reconocer aquella decisión judicial española hubiera sido contrario al principio de *res judicata* («cosa juzgada») que rige en Inglaterra y que impide volver a litigar reclamaciones o cuestiones que han sido resueltas previamente. No han sido admitidos los argumentos esgrimidos por los abogados que representaron a España: ni la invocación de inmunidad del Estado español ni la argumentación calificatoria de que se trataba de una materia extracontractual.

En lo que respecta a la litispendencia¹⁷, el TJUE consideró que los dos procedimientos considerados, a saber, el procedimiento relativo a la acción civil en España y el procedimiento arbitral en Londres, no solo enfrentaban a las mismas partes sino que además tenían el mismo objeto y la misma causa: la eventual incursión en responsabilidad del London P&I Club frente al Estado español, en virtud del contrato de seguro suscrito entre el London P&I Club y los propietarios del Prestige, por los daños causados por el naufragio. En rea-

¹⁶ [2023] EWHC 2473 (Comm) Case No: CL-2019-000518 CL-2023-000050, *The Hon. Mr. Justice Butcher*.

¹⁷ Sobre esta cuestión, M. Gómez Jene, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2018, pp. 265-272.

lidad, y frente a esa tesis argumental, la valoración del juez inglés es que no eran las mismas partes, ya que los reclamantes en el proceso penal español eran el Estado y un largo número de particulares perjudicados y los imputados eran el Capitán del buque y el naviero propietario. La litispendencia retroactiva es irrelevante, ya que el procedimiento arbitral en Londres quedó concluso y la sentencia que lo recogió fue recurrida por España, adquiriendo firmeza antes de la fecha de suscitarse las cuestiones prejudiciales.

El TJUE subraya en su sentencia que incumbe al tribunal ante el que se ha solicitado que dicte una sentencia en los términos de un laudo arbitral comprobar la observancia de las disposiciones y de los objetivos fundamentales del Reglamento comunitario para prevenir elusiones de éstos, como la consistente en llevar a cabo un procedimiento arbitral contraviniendo el efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro y las normas de litispendencia establecidas en el Reglamento. Cabe recordar que la conversión de un laudo arbitral en una sentencia para el fin de ejecutar aquel corresponde a una legalidad bien asentada en el Reino Unido desde el art. 26(1) de la Arbitration Act 1950, luego sustituido por el art. 66 (1 a 4) de la Arbitration Act 1996. ¿Es concebible calificar esta ley, como se infiere de la argumentación del TJUE, como la base normativa que permite o posibilita desarrollar una estrategia procesal cercana al fraude de ley que pretenda la «elusión» de objetivos del Reglamento comunitario?. No debe olvidarse que el Estado español tuvo la oportunidad de oponerse a la solicitud de forma de sentencia si hubiese estimado que el juez británico carecía de competencia para elevar el laudo a sentencia (en virtud del art. 66.3, con el riesgo de renuncia a la oposición según lo previsto en el art. 73 de la Arbitration Act 96). De hecho, lo hizo sin éxito (tal como describe la STJUE en sus numerales 28 y 29).

Por todo ello, y en consonancia con la argumentación del juez inglés, no resulta censurable que el tribunal británico se declarase competente tras haber oído a la parte española, ni cabe deducir de ninguna regla que de oficio tuviese que haber comprobado la observancia de las disposiciones y objetivos fundamentales del Reglamento 44/2001 (que ahora son interpretados por el TJUE) ni que debiera haberse inhibido en favor del tribunal penal español acordando litispendencia (numerales 69 y 71 de su sentencia).

En cuanto a la cuestión del orden público británico (en referencia a la aplicación del art. 34.1 del Reglamento comunitario), la sentencia del TJUE considera que dicho artículo del Reglamento debe interpretarse restrictivamente, en la medida en que constituye un obstáculo para la consecución de uno de los objetivos fundamentales de dicho Reglamento, y debe aplicarse en casos excepcionales; y además el TJUE ya ha declarado que el recurso al con-

cepto de «orden público» queda excluido cuando el problema planteado es el de la compatibilidad de una resolución extranjera con una resolución nacional.

Sin embargo, el concepto de «orden público» del Reino Unido no viene definido en el Reglamento comunitario 44/2001, sino sólo apuntado en cuanto a la contrariedad procesal de una resolución extranjera frente a una nacional que se estima (petición de principio) que infringe los objetivos del reglamento comunitario respecto a la eficacia transfronteriza entre los Estados miembros; es decir, no puede haber cosa juzgada en el Reino Unido frente a una resolución judicial procedente de otro Estado miembro que tenía que ser reconocida por razón de la prevalencia del «orden público comunitario». Ésta es la esencia de la argumentación del TJUE que ahora el juez inglés rechaza de plano.

¿Puede, podía el TJUE perseguir, mediante la invocación del orden público comunitario, el derecho de reparación de los daños causados a los perjudicados en otro Estado de la UE (ahora ya ex-miembro) cuando la acción dirigida a tal fin tenía fundamento y cumplimiento en el propio Estado cuyo tribunal conoció del asunto, mediante ejecución contra el fondo de limitación previsto por el CLC92? Parece cuando menos debatible o discutible que el Derecho Comunitario pueda valerse de una pretensión en contravención con el contenido de un Convenio Internacional (CLC'92) que tanto España como el Reino Unido, como partes del mismo, estaban obligados a respetar conforme a los principios del «orden público internacional».

5. Acción extracontractual (penal) frente a acción civil

Los argumentos esgrimidos por los abogados que representaron a España han sido desestimados. No ha funcionado argumentalmente ni la supuesta inmunidad del Estado español ni la argumentación de que era materia extracontractual. El juez inglés resuelve la cuestión calificatoria conforme al derecho interno inglés, con arreglo a la cultura jurídica anclada en «common law», en cuanto que la calificación contractual es materia pacífica y asentada dentro del ordenamiento jurídico británico.

Detrás de todo el escenario, late una cuestión de fondo que no es otra que la de la acción directa contra el asegurador, cuya existencia y viabilidad de ejercicio en un procedimiento penal, como era el caso en la jurisdicción española, no tenía una correlación legal en el Reino Unido, en donde la reiterada doctrina y jurisprudencia en torno a la validez y efecto contractual de la cláusula *«pay to be paid»* –ya reconocida por el Tribunal Supremo español en otras sentencias– no autoriza tal acción directa por el perjudicado contra el Asegu-

rador de responsabilidad civil (el London P& I Club), sino que exige el pago previo por parte del Asegurado.

Además, tal es la diferencia en un marco contractual del que surgió el arbitraje; pero no lo es en cuanto a la responsabilidad extracontractual, ya que el CLC'92 incluye un art. 7.8 que concede la acción directa de los perjudicados contra el asegurador obligatorio, y tanto España como el Reino Unido eran partes del CLC'92 (el Reino Unido, desde el 30.5.96). De nuevo emerge la compleja interacción entre los bloques normativos en presencia (el convencional y el europeo, en este caso). Resulta en todo caso significativo que el TJUE no entrase a analizar el conflicto de calificaciones que plantea el supuesto de hecho entre la acción contractual y la acción extracontractual (acción directa).

La convivencia entre arbitraje y jurisdicción en el seno de la Unión Europea ha sido objeto de tradicional y perennes polémicas doctrinales, debidas fundamentalmente debidas a las diferencias de cultura jurídica entre el mundo del *common Law* y del Derecho continental, y que ahora se trasladan al ámbito judicial. Esta sentencia da fe y prueba de ello.

En efecto, la cuestión de las relaciones entre el sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones y el arbitraje es de un hondísimo calado y requiere de una solución global y sistemática no tanto por parte de los tribunales sino mediante una intervención legislativa¹⁸ que aporte mayor nivel de seguridad jurídica frente a las incertidumbres y dudas que se abren en relación al estratégico ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales tras la sentencia del tribunal inglés ahora dictada.

Finalmente, el Tribunal Supremo inglés, en sentencia de fecha 2 de mayo de 2025, ha ratificado el pronunciamiento de la Corte inglesa de Apelación, denegando así el recurso presentado y dando fin a esta suma de errores procesales por parte de la representación del Estado español ante la jurisdicción británica. Una derrota jurídica que, sin duda, merece reflexión y valoración.

¹⁸ Sobre este particular y acerca de la necesidad de elaborar instrumentos normativos que posibiliten encauzar y resolver situaciones de litispendencia y conexidad surgidas entre procedimientos jurisdiccionales y arbitrales paralelos, vid. N. Bouza Vidal, «Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral y nuevos planteamientos después de *West Tankers*», *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n.º 3, 2009, pp. 675-708.

181. DELITO Y PENA EN UNOS COMENTARIOS INÉDITOS (C. 1730) AL FUERO NUEVO DE VIZCAYA ¹

JON ARRIETA ALBERDI

Catedrático emérito de Historia del Derecho (UPV/EHU)

PRESENTACIÓN

Se cumplen 500 años de la elaboración del Fuero de Vizcaya. Fueron el resultado de una reforma intensa del texto anterior, el conocido como Fuero Viejo, de 1452². Estuvo vigente hasta el año 1959, en que se puso en vigor la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava. El texto del Fuero Nuevo no fue objeto de ninguna modificación o reforma posteriores,

El Fuero Reformado, o Nuevo por el calificativo, este último, por el que más habitualmente se le reconoce, fue preparado y terminada su redacción en Junta General celebrada en Gernika, para ser enviado a confirmación real el 21 de agosto de 1526. Esta confirmación por el rey Carlos V, Emperador a la sazón del Sacro Imperio, se dio en Valladolid, el 7 de junio de 1527. Los vizcaínos se dieron prisa en llevarlo a la imprenta, en Burgos, al año siguiente. Así pues, en tres años se dieron los tres pasos que convirtieron al Fuero en norma consagra-

¹ Este artículo forma parte de las actividades del grupo de investigación y proyecto correspondiente TRANSIDER Proyecto de investigación TRANSIDER: «Transición y Derecho en el Atlántico ibérico: del orden tradicional a los órdenes legales (siglos XVIII-XIX)» (PID2021-128509NB-C21, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 / FEDER, UE).

² Contamos con el texto de este Fuero traducido al inglés y con un largo e imprescindible estudio introductorio de Gregorio Monreal. The Old Law of Bizkaia (1452): introductory study and critical edition, compiled, edited and annotated by Gregorio Monreal Zia; translated by William A. Douglass and Linda White. Preface by William A. Douglass. Basque Classics Series, n.º 1, Center for Basque Studies: University of Nevada, Reno, 2005.

da, especialmente para la Tierra Llana del Señorío, denominación esta última frecuente en el Fuero, pero también considerado aún como Condado³.

La larga vigencia del Fuero Nuevo y la persistencia invariada de su texto original, hacían que fuera llamativo que no existiera una obra que se ocupara de una interpretación a poder ser conjunta del texto. Era una ausencia susceptible de ser considerada como un espacio vacío. El hallazgo del manuscrito y su edición ya próxima que doy a conocer como uno de los estímulos para este artículo, son sin duda motivos de júbilo, que se suman a los que acompañan al homenajeado por su también jubiloso acceso a una fase que seguirá siendo provechosa y productiva.

La inexistencia, cabe repetir, de un obra doctrinal del género del comentario en alguna de sus diversas formas, resultaba elocuente en el caso del Fuero de Vizcaya. Siempre me había llamado la atención, pues coetáneamente fueron redactándose comentarios completos de ordenamientos en otros territorios de la península ibérica⁴.

En este artículo dedicado al Derecho Penal, cabe citar a los juristas de los territorios mencionados que, dando muestras de su capacidad, entraron también en el terreno de los delitos y de las penas de sus respectivos espacios jurisdiccionales, aunque con valor general para la doctrina penalista europea. Destacaron los antes citados, por una parte el catalán Lluís de Peguera, y el valenciano Lorenzo Matheu Sanz⁵.

En Vizcaya, sin embargo, la labor interpretativa de su derecho llevada a cabo por juristas expertos parecía no haber sido objeto de atención, hasta tal punto de que «brillaba» por su ausencia. Se respondió a ese vacío en el siglo

³ *El Fuero, privilegios, franquezas y libertades de los Cavalleros hijosdalgo del Señorío de Vizcaya: confirmados por el emperador y Rey nuestro señor y de los Reyes sus predecesores*. Burgos, 1528. En el Fuero de 1526 Vizcaya se califica 98 veces como Señorío, pero aún 185 como Condado». Usaré la grafía Vizcaya por ser más acorde con la época a que se refiere el Fuero de 1526 y a los *Commentaria* (c. 1730) en los que se centrará este artículo.

⁴ MIERES, Tomás, *Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, 2 t., Barcelona 1621 (primera edición Barcelona, 1533, sobre manuscrito de mediados del siglo xv); BOSCH, Andreu, *Summari, index o epitome del admirables i nobilissims títols d'honor de Catalunya, Rosselló i Cerdanya*, Andreu Bosch, (Perpiñán, 1628, Barcelona-Sueca 1978); MATHEU Y SANZ, LORENZO, *De Regimine Urbis, ac Regni Valentie, sive Selectarum Interpretationum, ad Principales Foros eiusdem, Tractatus*, Valentiae, per Bernardum Nogués, 1654-1656, 2 vols.; AZEVEDO, Alonso de, *Commentarium Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*. Lugduni [Lyon]: Apud Fratres Deville, 1737 (edición manejada, seis tomos, de primera edición de 1591 en Salamanca); LÓPEZ, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono / nuevamente glosadas por... Gregorio Lopez...*; con su repertorio muy copioso, assi del testo como de la glossa. En Valladolid: en casa de Diego Fernandez de Cordoua..., 1587; GÓMEZ, Antonio, *Opera Omnia*, 2 vols, Lugduni [Lyon], 1661; OLIVES, Jerónimo o Girolamo, *Commentaria et glosa in cartam del (sic) logu legum et ordinationum Sarderum*. Madriti. In aedibus Alfonsi Gomezii et Petri Cosin Typographorum, MDLXVII

⁵ MATHEU Y SANZ, LORENZO, *De re criminale Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus, cum earum decisionibus, tam in Aula Suprema ac Hispana Criminum; quam in Summo Senatu Novi Orbis*, Lyon, 1676.

xviii en lo que se refiere al derecho público y político, con una obra singular y un tanto original por no cumplir formalmente con los cánones: el *Escudo de la más noble fe y lealtad*. Su publicación a mediados del siglo XVIII permitía poder considerar que ese flanco estaba cubierto⁶. No era el caso del derecho privado, penal y procesal, a pesar de que el Fuero contenía precisamente las normas que podían encuadrarse en esos tres apartados. Pues bien, todos estos motivos para echar en falta una producción interpretativa del derecho se redujeron considerablemente hace poco, hará unos tres años, cuando el profesor de Historia del Derecho de la UPV/EHU Imanol Merino, descubrió la existencia de unos *Commentaria ad veram Interpretationem Fori Vizcayae*. Era un manuscrito de más de 200 folios, encuadernado con tapas de pergamino en cuyo lomo figuraba un nombre: Joannes de Lasarte. Este manuscrito había sido adquirido por la Biblioteca Foral de Vizcaya poco antes, después de haber permanecido en otras sedes o en otras manos. Al ser depositado y custodiado en la Biblioteca Foral vizcaína [recientemente digitalizado, Esteka iraunkorra: <https://hdl.handle.net/20.500.11938/82610>] fue posible acceder al mismo y la perspicacia del profesor Merino hizo el resto.

II. APORTACIONES DE LOS *COMMENTARIA AD VERAM INTERPRETATIONEM FORI VIZCAIAE*

El descubrimiento de estos *Commentaria* supone un gran paso adelante en el conocimiento de cómo se encontraba el derecho vizcaíno en el siglo XVIII. Se pueden datar en los años veinte o treinta de esa centuria, es decir, cuando habían pasado doscientos años de vigencia del Fuero. En cuanto a la autoría, Imanol Merino tiene muy avanzada la investigación que nos lleva a la persona del jurista, abogado en Bilbao y que llegó a ser consultor del Señorío, Juan Bartolomé de Lasarte y Vela (1700-c. 1755). Era hijo del también jurista y abogado Antonio de Lasarte.

En el momento de redactar estas líneas tenemos bastante adelantada la publicación de este manuscrito. Fue necesaria, en primer lugar, la transcripción del texto y su traducción, de las que he tenido la suerte de poder encargarme, pues la lengua utilizada fue la latina. Se ha preparado una edición bilingüe, en doble columna, y contará con un estudio introductorio a cargo de los profesores del área de Historia del Derecho de nuestra UPV/EHU.

⁶ FONTECHA Y SALAZAR, Pedro de (atribuido), *Escudo de la más constante fe y lealtad [del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya]*, estudio introductorio y edición de Jon Arrieta Alberdi, Bilbao: Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua = Servicio Editorial, [2015].

III. LA PERSECUCIÓN DEL DELITO POR MEROS INDICIOS

Además de la atención tan centrada en la familia, la casa y su transmisión troncal, el fuero tuvo muy en cuenta la necesidad de que estos elementos nucleares estuvieran rodeados de las condiciones básicas para una convivencia ordenada y pacífica en lo posible. Resultaba lógico que se cuidara suficientemente del orden social y del conjunto de medidas aceptadas por los miembros tanto individuales como familiares que encarnaban el elemento humano.

Podemos entrar, tras párrafos de la necesaria presentación, en la materia, para lo que nos podemos servir del Fuero como tal, pero también, y aquí radica la aportación que este artículo pretende, en estos *Commentaria ad veram interpretationem Fori Vizcajae*. Abordaré solo una parte de los mismos, dado que es una de las primeras veces, si no la primera, en que se hará uso de esa posibilidad. Digo «se hará» porque es muy previsible que estos *Commentaria* [usaré el término indistintamente en latín y en castellano] se tomen como fuente para el conocimiento del Fuero vizcaíno desde el punto de vista de su aplicación y, sobre todo, de la forma en que fue entendido e interpretado. Prácticamente toda la labor que se ha hecho en ese terreno por los estudiosos del derecho de Vizcaya puede, o debe, ser revisada a la luz de estos Comentarios, ya sea para la confirmación de interpretaciones y conclusiones, o bien, creo que será el caso en muchos supuestos, para modificar enfoques y afirmaciones que se daban por seguras.

Los Comentarios abordan el amplio campo de los delitos, las penas y la disciplina social controlada jurídicamente de forma bastante detallada, pues el comentarista aplica el método de la glosa de cada ley, seleccionando términos, expresiones y pasajes completos. Se puede extraer el fruto de la dedicación a estos apartados, tanto desde la perspectiva de la tipología delictiva y los supuestos a los que se hace frente como la que se refiere al procedimiento judicial.

Será mi propósito en las líneas que siguen, además del objeto de presentación de una novedad que he anunciado en las primeras líneas, tomar en consideración como objeto sustancial un solo supuesto: el de la persecución de cierto tipo de delitos por meros indicios y presunciones, bien entendido que se trata de una primera aproximación a la presentación de una fuente de conocimiento del derecho histórico vizcaíno, concretamente en la parte dedicada a los delitos y penas. El supuesto seleccionado, sin embargo, se extiende a una rama de la actividad delictiva que incide en la perturbación del orden social por los actos concretos cometidos, pero también en el clima general de confianza y de seguridad garantizada por el propio orden normativo e institucional.

Se trata de una materia que ha sido objeto de atención por la historiografía especializada, por lo que no me extenderé demasiado, salvo para destacar algunos aspectos de la misma, que conducen a la parte sustancial de este artículo: los Comentarios de Lasarte y el tratamiento de los mismos a la cuestión de los delitos perseguibles por meros indicios.

IV. BANDOS Y PASIONES Y PERSECUCIÓN DE DELITOS PÚBLICOS

Al abordar la cuestión de la persecución de los delitos por meros indicios, el Fuero nos proporciona, en primer lugar, indicaciones precisas sobre el clima social y de convivencia que presentaba el Señorío. Además lo hace con la voluntad explícita de presentar esos caracteres en su faceta de cuestiones necesitadas de atención, y lo hace con claro sentido crítico y reformador⁷. En el caso de la ley décima del título noveno (lo indicaremos como IX, 10) se hace frente a los casos en que se puede ordenar la investigación de unos delitos por meros indicios o presunciones. Es en la justificación de lo que esta ley determina donde se hacen varias afirmaciones significativas, que nos sirven para comprobar que en Vizcaya no se habían superado plenamente las disensiones y enfrentamientos que habían caracterizado los tiempos de las luchas de bandos y de violencia estructural propia de un sociedad que conservaba ciertos caracteres propios de las relaciones feudales. Se reconoce abiertamente la persistencia de «vandos, y passiones, por donde se hacen muchos delitos, é maleficios, secreta, é escondidamente», lo cual es posible en parte por ser Vizcaya montaña, donde hay montes, e mucho despoblado, é tierra derramada,

Así pues, el Fuero fue muy claro y sincero, hasta la valentía podríamos decir, al especificar que el clima de pasiones y «opiniones», «odios» e «intereses», ocasionaba graves consecuencias, relacionadas, en el caso de la ley XI, 10, con los «yermos y descampados», que propiciaban la comisión de delitos. El Fuero usa, a continuación de la explicación del problema una expresión

⁷ Para una descripción y análisis de la situación del Señorío en el cambio de siglo, del xv al xvi, LABORDA, Juan José, *El Señorío de Vizcaya. Nobles y fueros (c. 1452-1727)*, Madrid: Marcial Pons Historia, 2012. La caracterización del País Vasco bajomedieval aún dominada por los Parientes Mayores y las luchas de bandos y linajes ha sido abordada por una larga lista de autores. Habría que poner en la base de los mismos a Julio Caro Baroja, Julio Caro Baroja, «Linajes y bandos», escrito en 1956, recogido en *Vasconiana*, San Sebastián, Txertoa, 1974. Sobre toda esa amplia producción ensayé una valoración en «Nobles, libres e iguales, pero mercaderes, ferrones... y frailes. En torno a la historiografía sobre la hidalguía universal», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXXIV, 2014, pp. 793-836. Desde la perspectiva del Derecho Penal, se ha ocupado de esos precedentes que tanto persistieron en el siglo xvi, Iñaki BAZÁN, «El modelo de criminalidad medieval y su modernización. Límites interpretativos y metodológicos», *Cuadernos del CEMYR*, n.º 27, 2019, pp. 11-54.

frecuente después de explicar este tipo de causas. Se trata de OBVIAR esa consecuencia tan grave y tan desnudamente reconocida: que queden muchos delitos impunes y se intensifique la tendencia a la comisión de cierto tipo de delitos, especialmente los derivados de la persistencia de bandos y pasiones, cometidos en lugares públicos al amparo de ser espacios de montaña o yermos. Se especifican los delitos a los que particularmente se quiere hacer frente: robo, o hurto; herida hecha con saeta⁸; muerte hecha en yermo o de noche alevosamente. En estos casos, será suficiente la existencia de «indicios y presunciones» para proceder contra quien quede afectado por tales señales: «en tal caso, habiendo indicios, é presumpciones tales que si el malhechor (no siendo Hijo-Dalgo) justa y devidamente se podia poner á qüestion de tormento».

Entre los privilegios de los vizcaínos, reconocidos en el Fuero, estaba el de no poder ser sometidos a tormento o tortura judicial⁹. Era una exención muy apreciada, como una de las manifestaciones de la condición de nobles hidalgos que amparaba a todos los vizcaínos, dentro y fuera del Señorío. Pero en esta ley IX, 10, se hace una alusión a que la inexistencia de tortura judicial podía favorecer la comisión de los tipos de delincuencia que se denuncian en este precepto, pues al no tener que soportar tormento probatorio en juicio, «quedan muchos delitos sin punición, y los malhechores son más atrevidos para delinquir».

El estar exentos de tortura judicial se ensalza, por una parte, pero a nuestro comentarista se le escapa una directa referencia al posible inconveniente de tal privilegio, que aparece en la ley comentada, pero también en la siguiente, la undécima del mismo título noveno, cuando se denuncia otro problema derivado de caracteres estructurales de la sociedad vizcaína:

«Por quanto en Vizcaya hay las dichas passiones, é opiniones, é no tormento para inquirir la verdad contra los Testigos, é á la causa hay muchos, que agora por odio, agora por interesse pecuniario, ó otras causas que les mueven, se mueven á testificar lo contrario de la verdad, é muy de ligero, é aun dan á esto ocasion.»

⁸ Además de esta referencia al arma utilizada, el Fuero dispone la aplicación de la pena capital al uso de disparo por pólvora: Tit. XXXIV, ley novena: «Que ningun Vizcayno en Vizcaya sea ossado de sacar, ni tirar con ningun tiro de polvora contra amigo, ni enemigo, en tregua, ni fuera de tregua, só pena, que qualquiera que tirare á otro con tiro de polvora, haya pena de muerte de alevoso, aunque no haya hecho daño con tal tiro; y que essa mesma pena haya el Señor, o pariente mayor, que lo mandare tirar».

⁹ BAZÁN, Iñaki, «La tortura judicial en la Corona de Castilla (siglos XIII-XVI)», en *Temas medievales*, Vol. 27, N.º 1, 2019; MERINO, Imanol, «Vizcaya atormentada. La interpretación del Señorío de Vizcaya sobre la exención de tormento en el siglo xvii, con una breve comparación con el reino de Escocia», *Clío & Crimen* 15: 143-174 (2018). Merino analiza este privilegio con detallada atención a excepciones y diferencias. Para la tortura como delito, DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El delito de tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1990.

Estamos, pues, ante un problema general y grave, pero que tiene la particularidad de ser explicado en el propio Fuero como una consecuencia de males arraigados en la sociedad y convivencia vizcaínos. Llegados a ese punto, en el que el propio Fuero es tan elocuente, resulta particularmente interesante pasar a conocer lo que los Comentarios que traemos a estas páginas nos aportan.

IV. EL COMENTARIO DE JUAN BARTOLOMÉ DE LASARTE A ESTA LEY IX, 10

Cabe volver a recordar que el comentarista, al que llamaré también por su apellido, Lasarte, aplica el método de la glosa o comentario de palabras, expresiones y pasajes cortos que selecciona tal como aparecen literalmente en el texto del Fuero, y lo hace para cada ley de los 36 títulos del mismo. Lasarte selecciona para la glosa de esta ley IX, 10 varios términos.

En primer lugar afronta al problema de la «muerte hecha en yermo»¹⁰. En este primer párrafo de la glosa ya se nos muestra la característica quizá más sobresaliente de estos *Commentaria*: el recurso a autoridades de toda condición y origen, siempre que sean útiles para la glosa más completa posible. El autor sigue esta norma en toda su obra, y la pone a disposición de los lectores. De ese modo, deja de ser un comentario ceñido a los aspectos más directos del texto glosado y se eleva a la altura de lo que aportan las autoridades traídas a colación. Lo vemos en esta primera selección de la expresión: *muerte [h]echa en yermo*. Problema sin duda muy general en toda Europa, al que se necesitaba «poner freno». Para esto último acude nuestro comentarista a una *Práctica criminal*, obra del catalán Luis de Peguera¹¹ (creo que incurre el autor o el copista en una errata, al escribir Herrera). Por lo demás, la «muerte en yermo» la afronta doctrinalmente un autor bastante citado en estos *Commentaria*: el siciliano, de Mesina, Mario Giurba¹². Se completa la base doctrinal con Juan Bautista Valenzuela, conocido también como el Obispo de Cuenca¹³.

A continuación se aborda la glosa de las palabras «robo o hurto», no en general, sino tan solo «*sobre si en estos delitos se puede imponer pena ordina-*

¹⁰ Señala Lasarte las siguientes citas: Peguera, in pract. crimin. lib. 2. cp. 3. §. 1. n. 1. vers. sirve de freno. Para las palabras o muerte echa en yermo, véase Giurba (Cons. 13. n. 4.) y Valenzuela (Cons. 28. n. 14.). Añade Gutierrez. dè delict. q. 154. n. 20. et seqq.

¹¹ PEGUERA, Luis, autor de una *Praxis criminalis et ciuilis*, Barcelona, 1603 y conocido también como decisionista: *Decisiones aureae*, Venecia 1608.

¹² GIURBA, Mario, *Consilia seu decisiones criminales*. Mesina, 1626.

¹³ VALENZUELA VELAZQUEZ, Joannes Baptista. *Consilia, sive juris responsa*. Coloniae Allobrogum: sumptibus M. M. Bousquet, 1727. [Ediciones anteriores, Madrid, 1653; Lyon, 1671].

ria por indicios». En este caso recurre a tres juristas castellanos: Juan Gutiérrez¹⁴, Luis Sánchez¹⁵ y el comentarista de las Leyes de Toro Antonio Gómez¹⁶. De este modo, de forma inmediata y parecida a lo largo de toda su obra, la interpretación de unas palabras del Fuero queda revestida de la autoridad de toda la doctrina, presentada y justificada para el caso.

La siguiente cuestión glosada es la que se refiere al pasaje que aborda si «los indicios indudables sean suficientes para la imposición de pena ordinaria». Aquí el autor vuelve a hacer gala de su conocimiento del derecho de otros territorios de la Monarquía de España, en este caso del reino de Aragón, pues señala que sobre este particular se extiende el aragonés José de Sessé¹⁷, en un pasaje en el que se demuestra que los Fueros de Aragón hacen un tratamiento similar al del Fuero vizcaíno.

Se pone el acento en el motivo que mueve a todos autores al comentar sus respectivos ordenamientos: «impedir que los delitos queden impunes». Si el ordenamiento castellano, el aragonés, el vizcaíno o el siciliano lo han tratado específicamente, nuestro comentarista redondea la importancia y generalidad del problema y de las soluciones acudiendo al *Ius Commune*, es decir al derecho romano-canónico extendido por toda Europa, pues cabe citar a autores diversos que han afrontado la cuestión, empezando por Bartolo de Sassoferrato¹⁸, seguido de la autoridad del milanés Julio Claro¹⁹, Alderano Mascardo²⁰ y Jacobo Menochio²¹.

En el resto del comentario se vuelva a la cuestión de la necesidad de castigar con severidad estos delitos, cometidos al amparo de la noche en terrenos yermos, para lo que Lasal recurre, como complemento de la amplia base de autoridades que avalan las sus afirmaciones, sarte, al siciliano García Mastrillo

¹⁴ GUTIÉRREZ, Juan. *Practicarum quaestionum ciuiliūm*. en *Opera Omnia*, Venetiis, apud Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciotum & Socios, 1609, 7 v. en 3 t. [primera edición de 1593, en *Opera omnia sex tomos divisa*. 1.^a ed. 1593 y varias más. Edición manejada: Francfort, 1735.

¹⁵ SÁNCHEZ, Tomás, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, tomi tres Nutius & Meursius, 1614. es la obra más conocida de este teólogo, jurista y moralista, del que Lasarte cita dos obras más: *Consilia seu opuscula moralia* [Sanchez consilior. lb. 6. cp. 3. dub. 13] y *Operis moralis in praecepta Decalogi*.

¹⁶ GÓMEZ, Antonio. *Opera Omnia*. 2 vols, Lugduni [Lyon], 1661.

¹⁷ SESSÉ, José de. *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum et Curiae Domini Iustitiae Aragonum*, 2 t., Francofurti, sumptibus Ioannis Berneri, 1619 [Caesaraugustae, 1611, 1615 (Deciss. 111. a n. 6.).

¹⁸ En su glosa a las leyes del Digesto «si quis mihi bona» [D. 29.2.25] y «si ventri» [D. 42.5.24].

¹⁹ CLARUS, Julius, (Giulio CLARO) *Liber Quintus... in quonum criminum... tractatur*, Turín, 1579; Julii Clari Alexandrini, *Opera omnia sive Practica civilis atque criminalis*, Venecia, 1640.

²⁰ MASCARDUS, Alderanus, *Conclusiones ad Generalem Quoruncumque Statutorum interpretationem accomodate*, Ferrariae, 1608.

²¹ MENOCHIO, Jacobo, *De Presumptionibus*, Venecia, 1587. Se toma la cita de la Praesumptio 97. n. 38.

y sus *Decisiones Regni Siciliae*, en las que este autor recorre textos del *Corpus Iuris Civilis* de Justiano²².

Con la intención de destacar un autor y un tratamiento de la materia que Lasarte considera de especial valor, Lasarte, quizá sin tener plena conciencia de ello, acude a un magistrado valenciano del siglo XVII, que formó parte de los altos tribunales de la Monarquía. Es autor de un tratado de doctrina de Derecho Penal y de otro dedicado al régimen jurídico del reino de Valencia. Matheu conocía bien la realidad valenciana y la de toda la Monarquía, pues fue Juez de Corte (de Madrid y su distrito) y del Consejo de Indias y del de los reinos de la Corona de Aragón. En este pasaje, que Lasarte ha escogido muy acertadamente, Matheu no deja de situarse en el mundo de los delitos y la necesidad de prueba de los mismos, que «*in criminalibus meridiana luce clariores esse debeant*», (en los asuntos criminales debe operarse con meridiana claridad) ... lo que no excluye, añade, la prueba por indicios violentos e indudables²³.

Vemos en este comentario de Matheu Sanz que, para el asunto de la prueba de los delitos acude en primer término al catalán Lluís de Peguera²⁴, pero añade al también valenciano Francisco Jerónimo de León²⁵, al igual que Matheu alto magistrado en su tiempo de un tribunal supremo como lo fue el de los reinos de la Corona de Aragón. Añade una larga lista de autores, entre los que no falta el siciliano Mario Giurba, así como uno de los penalistas más apreciados en toda Europa como lo fue Próspero Farinacci (castellanizado

²² Como muestra de la forma que da Lasarte a sus glosas, sirva la redacción de esta, traducida del latín: «En cuanto a cuándo se puede condenar al reo por indicios indudables a pena ordinaria y más para el caso en que tuviera algún privilegio que excluyera ser torturado, véase García Mastrillo (*Decisiones Regni Siciliae*. 216. n. 13. et. 14.) C. per textum in lege. si qui. C. ad leg. Yuliam. de adult. [Codex, 9.9.33(34)]: donde dice: «de ahí que los que fueran descubiertos en esa tesitura, mandamos que sean castigados severísimamente y al modo de un delincuente convicto y confeso, conforme al texto de C. la ley 2. C. quando appellat. no recip. ibi: argumentis convictus. Barbossa (Votis decisivis. lib. 2. voto 54. n. 64.) Ten en cuenta, además, que incluso en lo que el estatuto no exige prueba plena, sino que se contenta con simples conjeturas, se pueden recibir testigos sin citación de parte, como dice Mieres (Ad const. Cathalonae, collatione 9. cap. 25. n. 54.).

²³ Véase, recomienda Lasarte, Matheum. de regimine regni Valentiae. cap. 8. §. 8. n. 2. La remisión es correcta y la lectura del texto del valenciano demuestra que Lasarte conocía bien el fragmento: Ne de quocunque crimine, probatione aut poena specialiter agendum sit, colligere decrevi in hunc § plura specialiter inducta per nostros foros circa probationes, delicta et poenas. Et cum primum de speciale probatione a foro inducta in crimine furti agendum esset, inde operaepretium duxi for. 101 de Cur. et Baiul.... Quamvis probationes in criminalibus meridiana luce clariores esse debeant, ut concordi calamo omnes Doctores tradunt, ex lex l. ultim. C. de probat. et docet Berlichius *Practicab. conclus. part. 4. conclus. 14. num. 16.* et in for. 52. de crim. cavetur: non tamen per hoc excluditur probatio per indicia violenta, et indubitata, ad condemnandum etiam ad poenam ordinariam, in Senatu, caeterisque supremis Curis et Tribunalibus, ex l. fin C. de probat., ut pluribus relatis probat don Ludovic. Peguer. decis. 17 per tot.

²⁴ PEGUERA, Luis de, *Praxis criminalis et ciuillis*, Barcelona, 1649.

²⁵ LEÓN, Francisco Jerónimo de, *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae*, 1620, 1625, 1646.

como Farinacio, Roma 1544-1616), autor de inevitable mención en cualquier acercamiento a la doctrina penalística, a pesar de que fue objeto de acusación y persecución por presunta práctica de la sodomía, de lo que Lasarte probablemente no tenía noticia (o, si la tuvo, no le impidió citarlo).

He tomado esta glosa de Lasarte a los términos «yermo»; «robo o hurto»; «indicios indudables sean suficientes para la imposición de pena ordinaria», como muestra separada de la forma en que el autor de estos *Commentaria* los afrontaba uno por uno, al estilo de los glosadores clásicos del *Ius Commune*. La lectura de solo una de ellas, la dedicada a la ley IX, 10 del Fuero, puede darnos la talla de la obra, teniendo en cuenta que se acercan al millar las glosas acumuladas.

La atención conjunta al Fuero y a su Comentario resultan tan valiosa en este caso como lo era en toda la jurisprudencia doctrinal, cuya forma madura y completa exigía la complementación entre el texto normativo y su interpretación. En este caso, y este era el propósito de este artículo, podemos entender mejor cuál era el problema al que el Fuero pretendía poner remedio. En los delitos cometidos en yermo y en el de falso testimonio, podía darse, como de hecho ocurría, la concurrencia de los odios y pasiones de orden familiar. Este fondo estructural y de raíz histórica, es decir, originada en conflictos entre grupos y familias, late en esta conflictividad delictiva. De hecho, se proyecta a otra faceta regulada en el Fuero con atención destacada como era la receptación. A un crimen en yermo y con nocturnidad y alevosía, podía seguir el ocultamiento del autor en un domicilio particular en el que la familia del sospechoso guardaba al acusado. Es significativo el tratamiento de la receptación, en el Fuero (*Tit. 10.^o y Ley 1*). *De los receptadores*.) Los comentarios de Lasarte en este caso se centran en el aseguramiento de que el supuesto receptor fuera conocedor seguro, no solo probable, de que acogía a un autor efectivo de delito, perseguido como tal por la justicia. Pero la autoridad del muy citado a lo largo de toda la obres, Alderano Mascardo, le sirve para señalar la excepción que protege a los receptadores, cuando acogen a alguien con quien les une afinidad o parentela. Del comentario de Lasarte se puede deducir que la afinidad y parentela excusan de pena «por estatuto» (es decir, por el Fuero de Vizcaya en este caso), impuesta a los receptadores de bandidos²⁶. Pero lo que afirma Mascardo es que la ocultación de presuntos delincuentes por su afinidad o parentela, puede ser, en todo caso, un atenuante, siempre que así conste por estatuto, como sería el caso del Fuero vizcaíno.

²⁶ MASCARDUS, Alderanus, op. cit. nota 25. Lasarte toma la cita, muy fielmente, *De statutis. conclusiones*. 5. n. 88.

El Fuero se muestra directo y claro en el diagnóstico del mal que está presente en la realidad cotidiana: los delitos cometidos en terreno yermo a modo de robos y violencias. Se inclina por la persecución por meros indicios, pero no de la misma forma para cualquier sospechoso, sino con una clara excepción en virtud de la condición hidalga o de la «calidad» de la persona. De este modo, el Fuero hace frente al problema de los delitos que podrían quedar impunes, pero la forma expeditiva de actuación de oficio por meros indicios será realmente tal cuando se dirige a los no hidalgos y no vizcaínos, es decir, a los extranjeros y extraños. Efectivamente, en estos delitos perseguibles por meros indicios, debe tenerse, sin embargo, el debido «respeto y consideración a tales indicios, si los sospechosos fueran hidalgos o de alguna calidad, «pues de lo contrario el juez cometería injuria y sería sometido a investigación. El autor cuenta con un caso real para ilustrar el supuesto: *«Para la interpretación de esta ley y cuándo proceda, véase la alegación en derecho por el Maestre de Campo Dn. Juan Lopez de Echaburu con Joan Baptista Gomicio y consortes. n. 43.*». Así pues, la glosa de Lasarte a esta ley se completa con la aportación de una alegación en derecho elaborada por él mismo en su experiencia como abogado, lo que dota al comentario, sin duda, de un valor pleno.

He indicado líneas arriba que la aparición de estos *Comentaria* nos llevará a una labor de revisión y profundización proyectadas al futuro. Este podrá ser un caso, al ofrecernos la posibilidad, no solo de tener en cuenta el análisis interpretativo basado en la doctrina jurídica previa, sino también en un caso real que la ilustra y confirma. Lasarte aporta esta alegación en derecho pero algunas más también muy significativas.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

En 1526, hace 500 años, se hizo un esfuerzo para reconducir algunos de los problemas que arrastraba la sociedad vizcaína como herencia de las turbulentas décadas anteriores. El Fuero reconoce que aún están muy vivos los odios y pasiones, frecuentemente de carácter familiar. En las normas a las que me he acercado y en su tratamiento doctrinal, al que ahora tenemos acceso, late la fuerza de estas pasiones familiares heredadas. El Fuero pretende convertirlas en cuestiones reconducibles a la conciliación. Es así como creo que cabe entender el espacio dedicado al perdón del ofendido, también, por los motivos citados en los párrafos anteriores, en su forma de manifestación grupal, familiar. También en estos casos son interesantes los comentarios de Lasarte y resultan también significativa las autoridades alegadas, concretamente en el comentario a las le-

yes XI, 23 y 24. La primera de ellas aborda de forma directa la posibilidad de que el acusador pueda apartarse de la querella y suspenderla, dando fin a la causa y a la posible actuación del fiscal. Esta ley está unida a la siguiente, que trata del perdón del ofendido, en el caso más grave de las posibles ofensas: *En qué manera los Parientes del muerto pueden acusar, é perdonar la muerte*.

Al igual que en el caso de la receptación de sospechosos que pertenezcan a la parentela, en el supuesto de retirada de la querella Lasarte fija su atención en la implicación del orden familiar y, por extensión, social, y hace un recorrido completo de 15 glosas por diferentes matices de la cuestión. Para él, en cualquier caso, apartarse de la querella y propiciar el perdón forman parte de la «paz y concordia» que de fin a rencillas a veces viejas y enquistadas.

Tomado el Fuero en su vertiente de Derecho Penal, de orden público, de paz social y familiar, se nos ofrece un rico y significativo contenido de cómo se encontraba el Señorío en el momento de la redacción del texto por una nutrida comisión que se enfrentó a la labor de actualizar el Fuero anterior, de 1452. Hemos podido atender en este artículo a algunos delitos en los que el Fuero alude a los motivos para incluir disposiciones serias y tajantes para la evitación de los ilícitos cometidos en yermo o descampado, especialmente al amparo de la noche.

Se reconoce abiertamente el peso que aún tenían los bandos y pasiones, los odios enquistados, y su incidencia en la conflictividad en robos, hurtos y violencias que podían llegar a la muerte. La lectura del Fuero es por sí sola muy elocuente, pero se trataba de aportar a estas páginas la novedad de la existencia de unos Comentarios a la totalidad del Fuero que, ahora que los conocemos y podemos empezar a citarlos, proporcionan un panorama mucho más completo. Lo hemos visto con detalle para los casos ciertamente cruciales en el campo de los delitos y su persecución, por una parte, y en el de las penas y su lenificación en el ámbito familiar, por otra.

Se muestra en el texto el temor a que los odios y pasiones conduzcan a homicidios por arma de fuego (uso de pólvora) dado que el arma utilizada daba lugar de forma fácil y directa a un desenlace que no tenía vuelta atrás²⁷. Pues bien, incluso en ese caso se pretende que pueda intervenir un acto de conciliación entre las familias²⁸.

En los días de redacción de este artículo, se han cumplido treinta años de la muerte de Francisco Tomás y Valiente, asesinado por ETA. Fue presidente

²⁷ Véase la nota 13.

²⁸ FV, XI, 23, «Y sobre si puede decirse que la injuria quede perdonada por diálogo o encuentro familiar en convivencias Partidas, 7, 9, 22, con la glosa de Gregorio López a las palabras ‘comiesse’ y ‘respondiesse’. Gómez y Parladorio».

del Tribunal Constitucional, pero mantuvo siempre su vinculación a la Historia del Derecho, materia de la que fue catedrático en las universidades de Salamanca y en la Autónoma de Madrid. Finalizado su servicio en el Tribunal Constitucional, volvió a la universidad y a su despacho de profesor, donde fue asesinado. En la obra de Tomás y Valiente destaca su libro *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* (Editorial Tecnos. Madrid, 1969). Sigue siendo una monografía fundamental. El punto de partida de gran parte de los delitos analizados reside en la superación de los considerados «medievales», ligados a los bandos, pasiones y rivalidades familiares y grupales. En los años en que nos ha tocado vivir, décadas de los setenta, ochenta y noventa del siglo xx y primera del xxi, nos ha afectado vivamente el impacto de los odios y pasiones, los homicidios alevosos, detalladamente organizados, y traducidos en persecución y odio hacia las posibles víctimas, que han necesitado una atención mayor de la que tenían, gracias a la aportación de penalistas como el propio homenajeado o su maestro Antonio Beristain. No deja de ser todo ello un motivo de reflexión final, que podemos añadir, como «comentaristas» actuales, a estas páginas.

182. LOS INTENTOS DE «REFORMA PROVINCIAL» DEL GOBIERNO LIBERAL DE 1820-1821, Y LA RESPUESTA DE GUIPÚZCOA. NOTAS PARA SU ESTUDIO

MARÍA ROSA AYERBE IRIBAR

Profesora Titular de Historia del Derecho de la EHU. Jubilada

El Tít. II (*Del Territorio de las Españas, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles*), Cap. 1.º (*Del territorio de las Españas*), Art. 11 (*Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan*) de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 recogió la voluntad del Estado liberal de hacer una reforma territorial en España. Pero el poco tiempo de vigencia de la misma no pudo poner en práctica dicha disposición, y hubo de esperar hasta la constitución del Gobierno liberal del Trienio (1820-1823) para plantearse de nuevo y materializar esta disposición legal.

La Provincia es hoy una demarcación administrativa reconocida en la Constitución¹, y si bien su origen se remonta a la división territorial de España del 30 de noviembre de 1833 (que dio lugar a las 50 provincias actuales, junto con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), hecha por Javier de Burgos (bajo el Gobierno de Cea Bermúdez) sobre los límites de los antiguos reinos hispánicos, basándose en los ideales igualitarios y centralizadores del

¹ El artículo 141.1 de la Constitución española de 1978 define la provincia como la «entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado».

Nuevo Régimen surgido de la Revolución francesa², ésta siguió el acuerdo tomado en las Cortes Extraordinarias de 1821. Pero ¿cómo se gestó dicho acuerdo?

Constituido el Gobierno Liberal tras el pronunciamiento de Riego en 1820, y con él las Cortes Ordinarias, y puesta de nuevo en vigor la Constitución de 1812, debido a la cantidad de asuntos que debían tratar las Cortes se consiguió persuadir al Rey Fernando VII para que convocara Cortes Extraordinarias, cuya sesión de apertura se celebró el 24 de septiembre de 1821 (11.º aniversario de la proclamación por las Cortes de Cádiz de que en ellas residía la soberanía nacional), donde se aprobó la primera división provincial, que sirvió luego de base para la aprobada definitivamente en 1833³. Esta vez el proceso fue muy rápido, y dejó fiel reflejo en la documentación guipuzcoana, como veremos.

En Guipúzcoa, con el establecimiento del Trienio Liberal en 1820 se suprimieron las Juntas y Diputaciones Forales (al igual que en los demás Territorios Vascos y en Navarra) y se instauró la Diputación Provincial, presidida por el Conde de Villafuertes, Jefe Político de la Provincia.

Las noticias de una posible «*división geográfica del territorio español*» llegaron a Guipúzcoa a comienzos de 1820, y el 31 de mayo⁴ la Diputación remitió a su Diputado en Corte una instrucción, en cuyo punto 6 se decía que: «En el caso de que se trate de la división geográfica del territorio español» debería poner «cuantos medios sean más eficaces, sin perdonar diligencia ni fatiga alguna, para conseguir que la Guipúzcoa no quede desmenvrada; antes bien se incorpore a ella parte de otra provincia, siempre que sea indispensable que la Guipúzcoa abrace mayor territorio para considerársele en lo sucesivo con derecho de tener su Diputación Provincial y otros funcionarios señalados por la Constitución para cada provincia. Este punto es de la mayor importancia, y por lo mismo llama la representación del País la preferente atención y desvelos del señor Diputado en Corte para que no se haga novedad a Guipúzcoa en el derecho a tener, al menos, su Diputación Provincial».

Mientras se gestionaba en Madrid el tema, llegó la noticia de que el 25 de agosto Fuenterrabía había pedido a las Cortes su incorporación a Navarra. Esa agregación a Navarra ya la había planteado la ciudad en 1814, y ya entonces se

² Solo modificado por el decreto-ley promulgado por el directorio de Miguel Primo de Rivera el 21 de septiembre de 1927 por el que se dividen las Canarias en las dos provincias actuales.

³ BAHAMONDE, Ángel y MARTÍNEZ, Jesús Antonio, *Historia de España. Siglo XIX*, Madrid: Cátedra, 2011 (6.ª edición), p. 139.

⁴ AGG-GAO JDAM169, 2.ª sesión de la Diputación Provincial de Tolosa, fol. 14 r.º

ordenó que siguiese siendo, «como lo había sido desde su existencia política, parte integrante de Guipúzcoa».

«Sorprendida», por ello, la Diputación con la noticia del deseo de la ciudad (que formaba parte de Guipúzcoa desde 1200), y convencida «de los perjuicios que resultarían de accederse a la extraña solicitud de aquel pueblo, sin que se pudiese seguir ventaja alguna a la Nación», acordó el 5 de septiembre representar a las Cortes las razones convenientes para manifestar no solo los perjuicios indicados, sino también la irregularidad de semejante solicitud tan antiegeográfica, y que se enviase al Diputado a Cortes para su oportuna entrega⁵.

El 6 de septiembre se presentó en la Diputación, para su aprobación, la representación preparada por los comisionados, que decía:

«Representación contra la instancia de Fuenterravía de que se le incorpore a Navarra.

Señor. La Diputación Provincial de Guipúzcoa ha visto con sorpresa, en la sesión de Cortes del día 25 de agosto último, que la ciudad de Fuenterravía solicita su incorporación a Navarra. Esta pretensión es tan injusta como impolítica, y no menos antiegeográfica. La Diputación manifiesta estas verdades.

Desde tiempo inmemorial ha sido Fuenterravía, con su jurisdicción, parte integrante de Guipúzcoa, siguió siempre su suerte y contrajo a nombre de ella obligaciones respetables que ligan a la ciudad a su religiosa observancia. Consta así de escrituras solemnes otorgadas con los requisitos prevenidos por las leyes para su mayor estabilidad. Fuenterravía, y los demás pueblos de la Provincia, son responsables proindivisamente de los 19 millones y más de reales de capital que pesa sobre el País, igualmente que el pago de sus réditos. Esta imprescindible obligación, y otras no menos considerables cuyo origen y naturaleza no admiten su aplicación por partes a cada pueblo, y el incontrastable derecho de los censualistas y demás acreedores, claman con justicia para que no se les desmembre ni se disminuya ninguna de las hipotecas ofrecidas en los pactos recíprocos, cuyo cumplimiento está garantido en los principios consignados en nuestra sabia Constitución.

No recordará la Diputación a las Cortes el derecho que desde la más remota antigüedad ha poseído la Guipúzcoa de que no sea desmembrado su territorio. Monumentos que formaron la gloria del País proclaman esta verdad. Mas no debe ocultar que, a pesar de haber sido segregadas las villas de Pasages e Yrun de la jurisdicción de Fuenterravía y haber quedado pueblos independientes en el reinado del señor Carlos 3.º, suele hacer aquella ciudad gestiones que descubren su deseo de que vuelvan al estado en que se hallaban antiguamente. En la actualidad se extiende la jurisdicción de Fuenterravía a la universidad de Lezo, bien que, habiéndose establecido en ésta su Ayuntamiento constitucional, apenas faltará para su total separación sino la demarcación de alguna parte de sus límites.

Empero intentará quizá aquella ciudad arrastrar consigo a la villa de Yrun, y cuando menos aún a Lezo, en su ideada agregación a Navarra, contra la volun-

⁵ AGG-GAO JDAM169, 26.ª sesión de la Diputación Provincial de Tolosa, fol. 66 r.º

tad espresa y clamores de estos interesados, pues que existiendo la citada villa en el punto intermedio no podría quedar la parte agregada en un sitio aislado y sin contacto con la provincia a que perteneciese. Sería a la verdad bien irregular que, siendo la jurisdicción de Fuenterravía inferior en superficie, población y riqueza a la de Yrun, diese la ley a esta villa y precisase también a seguir su ejemplo a otros pueblos que igualmente comprenden más jurisdicción, casi igual número de almas y aún igual riqueza que Fuenterravía.

Con efecto en el estado de población no tiene esta ciudad más de 2.200 almas; y las rentas de su propiedad territorial se limitan a 90.034 rs., al paso que las de la villa de Yrun montan a 175.315 rs., sin contar los 55.100 de rentas de su industria, y aún su población sube a 2.671 almas.

Pasages y Lezo tienen 72.546 rs. de renta territorial, y 1.723 almas. Solo en aquella idea de superioridad de que se halla bien engreída, y que tiende al reprobadado deseo de subyugar a los que antes fueron de su jurisdicción, cabe la monstruosa mira de obligar un pueblo tan inferior en población y riqueza, a otros que son mayores por estos elementos, que forman la verdadera superioridad.

Felizmente en una época en la que preside la justicia en las resoluciones del Gobierno buelve a despertar Fuenterravía sus antipolíticas miras. No hallarán, no, la protección que experimentaron el año de 1805 en que, a influxo de personas que tenían valimiento en el favorito, de ominoso recuerdo, obtuvieron contra la Provincia un golpe propio del más alto despotismo mandando, sin habérsela oído, que se segregue de su distrito aquel pueblo. Yrun se opuso del modo más enérgico. Elevó reclamaciones nerviosas, fundadas en principios de conveniencia pública. Lezo y demás pueblos comarcanos acreditaron iguales sentimientos, y aún en la actualidad persisten en las mismas ideas. Tales gestiones obligaron doblemente a la representación del País a acreditar que semejantes medida no solo era injusta, sino perjudicial al público, y manifestó que Fuenterravía no es susceptible por su localidad de que proporcione los fines que aparentemente se pintaron a la superioridad. Se aseguró, sin duda, por los agentes que dirigieron este negociado que el puerto de aquella ciudad reunía las cualidades necesarias para ser havilitado, y que por él daría la Navarra fácil y ventajosa salida a sus frutos; más es bien constante que, siendo aquella costa de arena movediza y de barra no segura, jamás puede servir sino para lanchas de pesca, y quando más para el arribo y salida de cachamarines o barcos menores de poca cala. Contra esta verdad que garantiza la misma Naturaleza y evidencia una vista ocular de aquel puerto quebrado, no podrá prevalecer en adelante la adopción de ningún plano formado solo por impulsos de parcialidad.

Se demostraron así bien las causas físicas que se oponían a la plantificación del proyecto de que se pudiese navegable el Vidasoa hasta Santisteban y otros puntos demarcados por los agentes de este negociado, con el aparente pretexto de facilitar el comercio de Navarra por Fuenterravía. Se palpó esta verdad. Así es que, a pesar de haverse mantenido esta ciudad incorporada en años a aquel antiguo Reino, no pensó éste en la empresa de unas obras en que la inversión de sus capitales no hubiera producido sin duda la intentada mejora del mencionado puerto, ni dejar navegable el río.

Por tan poderosas razones, y conociendo al cabo el Gobierno la justicia de las reclamaciones de la Provincia, mandó el año de 1814 que la ciudad de Fuenterravía fuese, como lo había sido desde su existencia política, parte integrante de Guipúzcoa.

Al recapitular la Diputación estos antecedentes, se halla bien lexos de incurrir en la nota de provincialismo. Conoce bien que al examinar las Cortes los principios que fixarán la nueva división del territorio español, procurarán señalar por límites las cordilleras de las montañas, cursos de los ríos y demás elementos demarcados por la Naturaleza, conciliando con las particulares cualidades morales de los pueblos, por sus vínculos de unión, su carácter, costumbres, lengua y otras causas que se propenden a su felicidad.

En esta persuasión, los límites naturales de Guipúzcoa inspiran la justa confianza de que, cual fuere su suerte, quedará siempre íntegra, ora que se agregue a otro país o que se la incorpore el territorio conveniente para la extensión y población necesaria. A la verdad, consultando los puntos geográficos por la parte del Este se patentiza la conveniencia pública en que se extiendan hasta la línea compuesta de las cordilleras de la eminencia de Alduides, que desprenden de los Pirineos su cadena de montañas, formando de esta manera su frontera con Francia, marcada por la misma Naturaleza. El cabo de Higuer en la costa, y el origen de los Alduides por la parte del Este deben de ser necesariamente los términos diviseros, quedando por lo mismo dentro de este territorio todo el río Vidasoa desde Bastán. Tal es el encadenamiento de elevadas montañas, y tales podrían ser también los límites de una división militar. De esta manera presentaría a su espalda una masa de territorio respetable.

Las razones de conveniencia pública y las consideraciones morales exigen, sin duda, que las Provincias Bascongadas y el territorio de Navarra, en que se habla el vascuence, formen una sola, pues que sus costumbres, orden de gobierno interior observado hasta el presente, relaciones de sangre y sus vínculos que los identifica, presentan como impolítica cualquiera segregación de sus partes y contraría a lo que enseña la experiencia en esta clase de divisiones territoriales.

No debiéndose, pues, consultar en materia tan grave sino solo la Naturaleza, la conveniencia pública, la política, y acaso algunas pequeñas preocupaciones, mientras que éstas no perjudiquen al beneficio general ni a la comodidad de su superficie, y militando, además, con respecto al pueblo de Fuenterravía, obligaciones solemnes contraídas en mancomunidad con la Provincia, queda manifestado que la solicitud de esta ciudad no solo es injusta, sino también impolítica, por su reprobado intento de arrastrar consigo a otros pueblos de mayor extensión, faltando así a lo que dictan las consideraciones morales. Y, en fin, es igualmente antigeográfica por ser contraria a lo que demarcan los límites naturales y a lo que podría dictar una buena división militar. Motivos todos que claman imperiosamente para que se desprecie tan viciosa como perjudicial pretensión.

Así lo espera la Diputación Provincial de la alta saviduría e invariable rectitud del soberano congreso nacional. Tolosa, 4 de septiembre de 1820»⁶.

⁶ AGG-GAO JDAM169, 27.º sesión de la Diputación Provincial en Tolosa, fols. 67 r.º-69 vto.

No era, así pues, conveniente la segregación de Fuenterrabía de la Provincia de Guipúzcoa para unirse a la Navarra, y la lógica que imponía la propia Naturaleza física del territorio para limitar las Provincias de Navarra y Guipúzcoa hacían inconcebible la integración de la aquella a Navarra segregándola de una Provincia donde había estado desde hacía más de 6 siglos.

La Diputación, enterada de su contenido, la aprobó y determinó darle curso, enviándola de oficio al Diputado a Cortes, a Madrid.

Mientras avanzaba el proyecto en Madrid, llegaban noticias de que las Cortes pretendían hacer una única Provincia con las tres Provincias Vascongadas. El 31 de marzo de 1821⁷, a petición del Ayuntamiento constitucional de Vergara, solicitó la Diputación que «en atención a las comodidades que presta aquel pueblo, se declare capital de la Provincia que se formase con las tres Bascongadas en la nueva demarcación del territorio español», pidiendo que se diese curso a ella «haciendo una particular recomendación para su feliz éxito».

Vizcaya, por su parte, que seguía también de cerca el tema, solicitó la capitalidad de la nueva Provincia para Bilbao, por lo que, Guipúzcoa, «convencida de los perjuicios que con esta declaración resultarían al comercio e industria del País, y deseando evitarlos en cuanto se pueda», acordó elevar a las Cortes una nueva representación que decía:

«Preparándose para el examen y resolución de las Cortes el plan de división geográfica de la Península en provincias de la extensión conveniente para el mejor servicio público, y noticiosa esta Diputación de haberse presentado al augusto Congreso nacional una exposición de la Diputación Provincial de Vizcaya dirigida a solicitar que la villa de Bilbao sea designada para capital de la nueva Provincia Bascongada, toma la libertad de manifestar lo más conforme a los intereses y comodidad de los pueblos y havitantes de esta Provincia en el presente negocio a fin de que las Cortes, conuinándolo en su saviduría con los principios que en su resolución le dirijan, adopte lo que estime más conveniente.

La Diputación esponente no vacila en asegurar que sería lo más grato para los pueblos y havitantes de su comprensión que continuasen todos, y solos ellos, formando una Provincia si su corta extensión y el número de su población lo permitiese. Y está segura de que, en tal caso, el servicio público se desempeñaría pronta y expeditamente, a satisfacción del Gobierno superior y del Congreso Nacional.

Pero si la conveniencia pública exige indispensablemente que las provincias sean en lo sucesivo de mayor extensión y número de havitantes, se resignará ésta en reunirse con las otras dos de Vizcaya y Álava, que la son más análogas. Sin embargo, no podría llevar a bien que en tal caso se designase para residencia de las autoridades superiores la villa de Bilbao, situada en una extremidad de

⁷ AGG-GAO JDAM169, 72.º sesión de la Diputación Provincia en Tolosa, a fol. 150 r.º

difícil comunicación con la mayor parte de esta Provincia. Apartada, además, de la carretera general las órdenes del Gobierno que huvieren de comunicarse a los pueblos, sufrirían notable atraso igualmente, y los recursos de los pueblos y particulares. Agrégase a esto que, siendo esta Provincia fronteriza a la Francia, cuya relaciones obligan frecuentemente a que el objeto de las órdenes tienda a aquellas relaciones, se entorpecería notablemente la celeridad con que conviene que se cumplan si la capital estuviese tan lejana y extraviada.

Todos estos inconvenientes se atajarían ventajosamente fijándose la residencia de las autoridades superiores en un punto próximamente céntrico de la nueva Provincia, y situado en la carretera general, como lo están las villas de Vergara y Mondragón, que dirijen sus respectivas solicitudes a este fin. A ninguno de los dos pueblos puede oponerse esta falta que la de no ser tan populosas como Bilbao y Vitoria, pero abundan en grandes y hermosos edificios que se aumentarían fácilmente, lo mismo que la población, por la tendencia general de las gentes a establecerse donde son llamados por su interés y conveniencias, estímulos que la industriosa actividad de los habitantes de esta Provincia presiente muy oportunamente.

Por todas estas consideraciones la Diputación exponente suplica a las Cortes que, si es compatible con las reglas que el Congreso adopte para la formación de las nuevas provincias, declare que la de Guipúzcoa continúe en formar una, compuesta de los mismos pueblos que cuenta en el día en su recinto, o de los que parezca conveniente agregarla; y que si hubiese inconveniente en que subsista por sí sola, se reúna toda, sin desmembración de parte y pueblo alguno, a las de Vizcaya y Álava. En cuyo caso no se establezca por capital la villa de Bilbao, por su desventajosa situación para este objeto, sino en la de Mondragón o Vergara, cuya posición es más oportuna para el servicio nacional, e interior de la Provincia. Tolosa, 31 de marzo de 1821»⁸.

Para Guipúzcoa la propuesta ideal era la de conformar cada uno de los 3 territorios vascos su propia Provincia y con los pueblos que históricamente las conformaban, sin alteración alguna. Pero de no poder ser así, proponía la conformación de una única Provincia con las 3, pero con su capitalidad no en Bilbao, que quedaba en la periferia y mal comunicada, sino en su centro, es decir, en Mondragón o Vergara, «cuya posición es más oportuna para el servicio nacional, e interior de la Provincia».

La propuesta quedó planteada, pero hasta junio de 1821 no llegaron nuevas noticias a la Diputación guipuzcoana.

El 9 de junio, noticiosa la Diputación de que se iba adelantando en las Cortes los trabajos preparatorios para determinar la demarcación y extensión de las provincias en que se trataba de dividir el territorio español, y que entre

⁸ AGG-GAO JDAM169, 72.ª sesión de la Diputación Provincia en Tolosa de 1820, a fols. 151 r-152 r.

ellos se había indicado algún proyecto desventajoso a la Provincia, «si es cierto que se propone segregar de ella lo que divida una línea tirada desde Vera a Pasages de la vanda de Francia, quedando para Navarra su puerto», acordó que se consiguiesen los deseos que ya antes tenía expuestos a las Cortes «de que no se separe de la Provincia ninguno de sus pueblos, se represente nuevamente con la misma solicitud, añadiendo que, supuesto se propone en el plan de división la formación de provincias con población menos numerosa que la que contiene ésta, ya que es acreedora de la conservación de su nombre y consideraciones por su estendida costa, excelentes puertos, industria de sus habitantes y méritos antiguos y actuales realzados por la generosidad con que se ha adherido francamente al sistema constitucional, sosteniéndolo con distinguidos esfuerzos, continúe como hasta ahora formando una Provincia por sí sola, sin desmembración de pueblo alguno ni agregarla a otra». Y para promover y obtener éxito favorable a esta solicitud acordó la Diputación comisionar a Don José Fernando Romero y Don Joaquín María Ferrer «excitando el deseo de la prosperidad y gloria de esta Provincia de que tienen dadas muy repetidas pruebas», para que procurasen por todos los medios a su alcance la ejecución de esta solicitud⁹.

Hicieron los comisionados sus gestiones, y se comunicó a la Diputación en septiembre que uno de los asuntos señalados por el Rey para el examen y resolución en las próximas Cortes Extraordinarias, convocadas para el día 24 de septiembre, era el relativo a la división del territorio de España. La Diputación, siguiendo los deseos manifestados por los pueblos y habitantes de Guipúzcoa, y viendo que se mantenía la idea de agregar parte del territorio guipuzcoano a Navarra, vincular el resto a la de Álava y dejar a Vizcaya como Provincia independiente, acordó el 8 de septiembre representar los mismos, al Rey y a las Cortes de la Nación, en los términos siguientes¹⁰:

«El pueblo guipuzcoano no eleva su voz a las Cortes sino cuando lo exige así el interés general de la Nación, y cuando se concilia con él la conveniencia particular de esta Provincia.

Pronunciado ya con vehemencia el voto general de los habitantes sobre la suerte de Guipúzcoa en la división del territorio español, debe esta Diputación

⁹ AGG-GAO JDAM169, 4.º sesión de la Diputación Provincia en Tolosa de 1821, a fols. 183 vto.-184 r.

¹⁰ AGG-GAO JDAM 169, 21.º sesión de la Diputación Provincial en Tolosa de 1821, a fols. 221 r.º-223 vto. La entonces Diputación Provincial se hallaba compuesta por el Jefe Político de la Provincia, Conde de Villafuertes, presidente nato de la misma, y los Diputados Juan Cipriano de Andonaegui, José Joaquín de Garmendia, José Xavier de Ayerve, José de Sola, José María de Zavala, José Francisco de Saralegui y José Francisco de Belderrain, con el secretario Joaquín de Uzcanga.

Provincial, como su órgano, romper el silencio para manifestar las poderosas consideraciones que militan en este grave asunto.

Si el bien de la Nación exige con imperio que las tres Provincias Vascongadas formen una sola, en este caso hará la Guipúzcoa el nuevo obsequio de conformarse con esta medida sacrificando sus derechos, siempre que todos los pueblos de su distrito tengan una misma suerte. La venturosa hermandad de los que constituyen a esta Provincia desde la más remota antigüedad, ha estrechado en tanto grado sus vínculos de unión y enlazado de tal manera sus mutuas relaciones, que se debe considerar a todos como un solo pueblo indivisible en sus sentimientos, en sus costumbres, en sus intereses y en todos los elementos que forman una gran familia. El sistema mismo de gobernar, en que siempre han presidido los derechos del pueblo, se ha ejercitado constantemente con una fraternidad admirable. Baste decir que toda clase de habitantes se hallan acostumbrados a personarse con el Gefe de la Provincia relacionando las instancias en su idioma vulgar, y no se separan sin oír de la boca del mismo su resolución. La menor innovación a esta ventajosa práctica haría sentir a los dignos administrados, y cualquiera separación de una parte de este gran pueblo produciría consecuencias funestas.

Acordes los sentimientos patrióticos de la Diputación Provincial con los que manifestó la comisión facultativa nombrada por el Gobierno al presentar el plan de la división del territorio español, en que, exigiendo la prosperidad de la Monarquía la formación de una Provincia con las tres Vascongadas, se plantifique este proyecto, se opone únicamente a su informe en la parte que trata de la segregación de Irún y Fuenterravía para agregarlos a Navarra. Fúndase la comisión en que toda esta frontera debe ser mandada por un solo Comandante General; más, como las dos Provincias se comprenderán dentro de una sola División militar, queda desvanecido el único principio y causa que la movió a opinar en favor de la segregación de los citados dos pueblos.

Dócil la Provincia en desprenderse de todos sus derechos cuando lo pide el bien de la Monarquía, tiene un doble orgullo y bastante firmeza de carácter para reclamar vivamente cualquier proyecto contrario a la utilidad pública, y más si llegase a recelar que es arrancado por obstinadas importunaciones. Tal es el objeto que se propone en esta exposición.

La comisión del seno de las Cortes nombrada para el mismo asunto de la división del territorio, sin dispensar al respetable público la manifestación de los fundamentos en que apoya su idea, propone la agregación a Navarra de todo el territorio de Guipúzcoa desde la ría de Pasages, siguiendo al monte de Viandiz hasta buscar la confluencia de los dos brazos del Urumea. Semejante desmembración de una parte bien apreciable de la Provincia sería injusta, impolítica y anti-geográfica: un despojo en fin de un punto tantas veces regado de sangre de los guipuzcoanos en defensa de la Monarquía, sin que propenda esta innovación a la felicidad general, y tienda sí a resultados muy perjudiciales contra el servicio público.

Ningún elemento demarcado por la Naturaleza señala por límites de una Provincia a otra los que se proponen para separar de Guipúzcoa la citada porción. Así es que, según refiere la comisión, quedaría el pueblo de Pasages dividido por su canal en dos barrios, el uno para Guipúzcoa y el otro para Navarra, pudiendo

hallarse los buques surtos en aquel puerto con proa en una Provincia, y la popa en otra. No es fácil calcular cuáles y cuántas serían las discordias y encuentros reñidos que continuamente ocasionaría tal semillero de competencias. Además, la parte marítima formaría una faja muy estrecha desde Fuenterravía a Pasages, cuya distancia no llega a dos leguas, y presentaría un agregado el más irregular cortada en toda su extensión por elevados y escarpados montes, sin que ni las márgenes del Vidasoa permitan acceso a las comunicaciones. Por consecuencia necesaria, todas las de estos pueblos, con la capital de su Provincia, deberían cruzar primero por el territorio de Guipúzcoa en más de nueve leguas para volver a entrar en Navarra, y seguir su camino a Pamplona. Sería, pues, extraño que, tratándose de un arreglo más conveniente de la división territorial, se incurriese en un desarreglo tan palpable, que pugna con el servicio público, y perjudicaría también a los habitantes en su particular. ¿Es posible que, prescindiendo de la incomodidad de estos, no se tome en consideración a lo menos la notable circunstancia de que ni el Gobierno político de Navarra ni su Diputación Provincial podrían dar aquel impulso necesario a los asuntos, cuando sus órdenes dirigidas a los pueblos de la misma Provincia deberían pasar por el territorio de Guipúzcoa en tanta distancia? ¿Y se oculta por ventura la indispensable necesidad de que se vigile constantemente en esta frontera por una autoridad política superior para desvanecer las maquinaciones de los malos españoles, que todavía permanecen tan cerca?

Mas, el encadenamiento de montes que desde el interior de Guipúzcoa sigue sin interrupción hasta la frontera de Francia, no admite, sin violentar a los límites naturales, ninguna separación de parte alguna de su territorio para agregarlo a otra provincia; y si al mismo tiempo se consulta la forma y conveniencia de la división militar, no será atendible lo que en la materia propone la comisión. A nadie se oculta, pues, el interés de la Nación en que esta frontera presente a su espalda una masa de territorio respetable de una sola Provincia para todas las operaciones que conspiran a la defensa de la Monarquía, y al necesario auxilio de las tropas de operaciones en cualquier accidente, evitando así todo motivo de falta de inteligencia entre autoridades políticas de distintas provincias que, en un corto recinto inmediato a Francia, tendrían su territorio respectivo.

No alcanza la Diputación [a entender] cuáles pueden ser las ventajas que se intenta proporcionar a la Navarra con esta innovación, cuando es bien notorio que no solo el puerto de Pasages sino todos los demás del País están abiertos para el comercio de aquella Provincia lo mismo que para los guipuzcoanos, sin la menor preferencias ni distinción. Derogado sabiamente por los decretos de las Cortes cuanto propendía a oponer el menor obstáculo a esta igualdad, ninguna razón, ningún motivo fundado se presenta ahora para alucinarse de que la Navarra, con un puerto propio, daría impulso a su comercio. La respectiva situación geográfica de estas dos Provincias constituye a aquella en el caso de no poder establecer ni mantener comunicación comercial con Pasages ni otro puerto, sin que su correspondencia y efectos transiten precisamente por Guipúzcoa en el espacio de siete y más leguas.

Pasando ya a las demás partes que motivan esta exposición, debe la Diputación Provincial hacer presente que son inconcebibles ciertamente las razones

que la comisión de Cortes haya podido tener para que proponga, como lo ha hecho, no sin admiración pública, que, subsistiendo Provincia independiente el llamado antes «Señorío de Vizcaya», se amalgame la Guipúzcoa con Álava. Si se consultan sus respectivos límites se ve que no favorecen a Vizcaya: si se toman por base los productos agrícolas, paga en este concepto menos contribución que la Guipúzcoa; si se mira a la población, es muy corta la diferencia. Confundida con tales incertidumbres, sin que pueda descubrir el fundamento de esta injusta y odiosa distinción, invoca, con todo el interés que exige su gravedad, la alta atención de las Cortes para que no prevalezca tal proyecto nacido quizás de los amaños empleados para lograr una sorpresa fatal. Nada más justo que si se deja a Vizcaya Provincia independiente, se deje también en igual esfera a Guipúzcoa, mayormente cuando concurren en su favor razones más sólidas y poderosas, así en la parte topográfica, como en todos los demás elementos atendibles por base de la división del territorio. Y militando la justicia y la conveniencia pública en favor de esta solicitud ¿dudarán los guipuzcoanos que sus reclamaciones serán igualmente escuchadas? Lejos de la Diputación Provincial semejante recelo. Reclama sí vivamente que haya la misma igualdad en el examen y decisión de este negociado; único medio de evitar que en esta Provincia tan distinguida por su amor al sistema actual y por sus importantes servicios acreditados hasta un grado eminente con los rápidos movimientos de las columnas de su milicia nacional y sus marchas forzadas fuera de este territorio, contra una banda numerosa de facciosos, se enerve y se pague la muy conocida adhesión al Código sagrado.

La otra idea de la comisión de Cortes de que se forme una sola Provincia con el territorio de Guipúzcoa y el de Álava, comprendiendo hasta el Ebro, presenta todos los inconvenientes que ha querido evitar la misma comisión. Dice ésta que conviene atender, para el acierto desempeño de dicha operación, a varias consideraciones, y entre ellas a la uniformidad de la lengua, inclinaciones, modo de vivir, alimentarse y otras relaciones que pueden producir mayor analogía y uniformidad.

Estas mismas consideraciones son justamente las que contradicen la planificación del proyecto. En efecto, no hay uniformidad en la lengua de los respectivos habitantes, pues que los alaveses no hablan ni entienden el vascuence, y toda la gente labradora de Guipúzcoa, que forma la mayor parte de su población, no habla ni entiende la lengua castellana.

El modo de vivir de los guipuzcoanos, mucha parte en caseríos aislados y lejanos de cada pueblo, cuando se desconoce en Álava este sistema rural, se distingue hasta en los mismos confines de cada Provincia, pues que, a pesar de su contacto inmediato, nunca se han uniformado ni aún los mismos individuos que, por su proximidad respectiva de un territorio a otro, tienen relaciones tan inmediatas.

En fin, el vestido, y en particular el alimento, es tan diferente que en Álava escasamente se conoce el maíz y sus habitantes no consumen este artículo, al paso que en Guipúzcoa forma el mismo el principal alimento, no solo del labrador, sino también de otra clase de habitantes.

Si estas verdades necesitasen algún apoyo en su favor, recordaría la Diputación Provincial los efectos de la constante experiencia en estos veinte y más

años. En vano, pues, proporcionó durante este intervalo el antiguo Gobierno de Álava diferentes estímulos a la población sobrante de Guipúzcoa para que parte de sus familias, trasladando la residencia a aquella Provincia, permaneciesen en ella. Fueron sí, en algún número, más la diferencia en la lengua y en las costumbres obligaron a los guipuzcoanos a restituirse de Álava a sus anteriores pueblos. ¿Puede haber prueba más convincente de que no conviene al interés general de estos Países la reunión solo de estas dos Provincias?

Hay más. Montes elevados dividen una de otra en toda la longitud de sus confines, sin otro punto cómodo de comunicación sino solo por la carretera general de la eminencia de Arlabán. Esta deformidad obliga hasta a los ríos a dividirse enteramente en su curso. Así es que el Deva, que nace en el contacto de Guipúzcoa con Álava, desagua en el océano, cuando Zadorra, que recibe las vertientes del mismo confín y a distancia de muy pocos pasos, desagua en el Mediterráneo. Igual diferencia de curso se observa en los demás ríos de cada una de estas dos Provincias. Motivos todos que se oponen también a los principios adoptados para formar el proyecto de reunión.

Manifestado que no es justa ni conveniente al servicio público la segregación de la frontera de Guipúzcoa para agregarla a Navarra; evidenciado que si la Vizcaya ha de ser Provincia independiente militan motivos más poderosos para que a Guipúzcoa se le guarde el mismo rango; y acreditado, así bien, que es inasequible la reunión de este territorio con el de Álava, llama esta Diputación nuevamente la atención a las Cortes hacia la esposición que elevó a las mismas, con fecha de 9 de junio último, mencionando sólidas razones en apoyo de la solicitud de que no se alteren los términos que circunscriben a Guipúzcoa.

Si entonces creía la Diputación Provincial muy justa esta solicitud, y asequible por las consideraciones que comprendía su exposición, en la actualidad se corrobora más y más en este firme concepto al ver que la comisión propone por Provincias separadas a otras varias, que tienen menor población que Guipúzcoa. Tales son las de Soria con 105.108 almas; Calatayud con 105.947; Teruel con 105.191; Vierzo con 86.385, bien que concurren en aquel País motivos locales; Ávila con lo mismo que esta Provincia; y en fin, Vizcaya, con 119.835, comprendiendo en este número la población del territorio que se trata de agregarle de la de Santander.

Cada una de las citadas Provincias será ciertamente digna de esta particular consideración, como lo es la [de] Guipúzcoa, que siempre ha proporcionado ventajas al Estado. Despertaría sus propias glorias si recordase los pactos y treguas contratadas antiguamente, no solo con la Francia en tiempos de guerra con respecto a las tropas de tierra, sino también con la Gran Bretaña sobre la suspensión de hostilidades entre sus fuerzas navales. La calidad de estos actos y su esfera constituyen a Guipúzcoa en una independencia y nombradía célebre, y hasta los convoyes que lanzaban de sus puertos, principalmente los bageles armados en guerra en el afamado de Pasages, llevaban en nombre de esta Provincia.

Debió el Estado a los guipuzcoanos el descubrimiento de las islas de Terranova y otras tierras lejanas; la lucrosa pesca de ballenas y abadejo, de cuyo considerable beneficio se les privó por efecto de los tratados de paces de 1714; y se distinguieron de un modo admirable en el penoso arte de navegar hasta las regio-

nes desconocidas, no menos que en ordenar leyes para aquellos Países de que se apoderaban como primeros descubridores. La historia proclama éstas y mayores glorias en todos los ramos del servicio público, que para los guipuzcoanos son y serán eternamente de un honorífico y grato recuerdo. Si esta Provincia, con su territorio actual, ha sido tan célebre no hay necesidad de agregarla porción alguna para que lo sea en todo tiempo y bajo de cualquier sistema o régimen.

Reuniéndose, pues, en Guipúzcoa todos los elementos que constituyen una Provincia separada, y hallándose demarcados sus confines por la Naturaleza, en tales términos que sin irregularidad ni perjuicio público se la pueda desmembrar porción alguna a su territorio ni agregarla, según lo propone la comisión de las Cortes, claman con el mayor interés los pueblos y piden sin cesar los habitantes de Guipúzcoa quede como hasta la actualidad en su esfera de Provincia independiente, a lo menos siempre que con las tres Bascongadas no se forme una sola. Y aún en este último caso, sea este País la residencia de las autoridades superiores, no pudiendo menos de ser en todo extremo, a lo menos, la de un Geffe político subalterno, por las graves consideraciones que comprende esta exposición».

Como se alegaba por la Diputación, Guipúzcoa era un territorio cohesionado, tanto física como poblacionalmente, no era conveniente su partición, como se proponía, y no era menos importante para la Nación que Vizcaya, a la que se le reconocía su mérito para ser Provincia de por sí. Pedía, así pues, la Diputación guipuzcoana que se la mantuviese en su integridad y se la reconociese como Provincia propia, al igual que se reconocía en el proyecto al territorio de Vizcaya.

No debió caer «en saco roto» la propuesta guipuzcoana, por cuanto no parece que se aprobase la división provincial propuesta de los tres Territorios Vascos tal y como fue propuesta. Nada se ejecutó entonces, y el 7 de abril de 1823 empezaron a atravesar la frontera española los «Cien Mil Hijos de San Luis» (*l'Armée d'Espagne*, fue su nombre oficial), formado por 80.000 o 90.000 hombres (con 22.000 caballos y 108 cañones), acabando con el Trienio Liberal y todas las reformas impulsadas, entonces, por los liberales, al anular Fernando VII todos los decretos y leyes aprobados por las Cortes liberales.

183. ANALYSE D'UN DISPOSITIF DE GOUVERNANCE SÉCURITAIRE TRANSFRONTALIÈRE: LES CENTRES DE COOPÉRATION POLICIÈRE ET DOUANIÈRE

GÉRALDINE BACHOUÉ-PEDROUZO

Maître de conférences en Droit Public

Directrice du Centre de documentation et de recherches européennes (CDRE)

Université de Pau et des pays de l'Adour (UPPA), Bayonne

L'un des aspects les plus féconds et les plus singuliers du parcours académique de José Luis de la Cuesta réside dans sa capacité à penser, construire et faire vivre le Pays Basque au-delà des frontières administratives. Chercheur reconnu internationalement, profondément enraciné dans la culture et l'histoire basques, il a fait de la coopération entre les deux versants de la frontière non seulement un engagement personnel mais aussi un terrain d'étude. Son travail a contribué à rapprocher les acteurs, à clarifier les enjeux et à promouvoir une vision partagée de la justice et du droit pénal à l'échelle transfrontalière. Le présent article se propose d'explorer l'un des domaines où la possibilité de dépasser les limites administratives trouve une mise en œuvre concrète: la coopération policière et douanière. À travers elle, ce sont les centres de coopération policière et douanière (CCPD) qui seront analysés, pour leur capacité à construire des ponts, favoriser le dialogue et renforcer une identité partagée par-delà la *muga*.

Depuis la fin de la Guerre froide et l'accélération de la construction européenne, les politiques de sécurité intérieure ont connu un bouleversement profond, qui a transformé le rôle et les modalités de coopération entre les forces

de l'ordre nationales¹. La suppression progressive des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen², la mondialisation des flux et l'intensification des échanges économiques et humains ont créé de nouvelles opportunités de mobilité, tout en générant des défis sécuritaires accrus liés à l'émergence de nouvelles formes de criminalité et à sa complexification. Face à ces menaces, aucun État ne pouvait plus agir efficacement de manière isolée. Les modes d'action ont ainsi été repensés, faisant de l'Union européenne (UE) et du dispositif Schengen, désormais intégré au droit de l'UE, des cadres de référence incontournables pour la coopération policière et douanière. Avec l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)³, les mécanismes de coopération policière et douanière⁴ se sont imposés comme des outils essentiels pour concilier la libre circulation et la protection des populations⁵.

Parmi les multiples dispositifs développés par l'Union européenne⁶, les Centres de coopération policière et douanière (CCPD) occupent une place à part, sinon centrale. Créés pour assurer un échange d'information fluide, une coordination opérationnelle rapide et une capacité d'intervention conjointe, ils constituent des structures transfrontalières destinées à faciliter la coopération entre services de sécurité intérieure de pays voisins. Situés physiquement aux frontières intérieures, ils incarnent la dimension concrète de la coopération transfrontalière, ils matérialisent la coopération opérationnelle quotidienne. Grâce à leur implantation locale, la proximité fonctionnelle et humaine qu'ils permettent, et leur réactivité, ils répondent aux besoins opérationnels immédiats des services des deux côtés de la frontière. Leur logique est pragmatique: permettre une réaction rapide, une circulation fluide de l'information et une coordination concrète des actions transfrontalières. De ce fait, leur rôle ne ces-

¹ BIGO, D.: «Security and Surveillance in Europe. The (in)securitization practices of the three universes of EU border control», en *Security Dialogue*, vol. 45, No. 3, *Special issue on Border security as practice*, 2014, págs. 209-225.

² Il s'agit du véritable premier jalon de la coopération policière moderne en Europe: la suppression des contrôles s'est accompagnée d'un besoin d'approfondissement des échanges de données et de concertation entre services nationaux. La Convention d'application des Accords de Schengen (CAAS) prévoit ainsi la transmission réciproque d'informations pertinentes pour la prévention et la répression d'infractions pénales, tandis que le mécanisme du Système d'information Schengen (SIS) fournit une base technique à cette coopération.

³ Art. 87 et suivants du TFUE.

⁴ On pense aux agences spécialisées de l'UE, dont l'existence reflète la volonté de répondre à des défis transnationaux (Europol, Eurojust, Frontex, CEPOL); ces agences ne remplacent pas les polices nationales mais elles apportent coordination, analyse, expertise et centralisation de l'information. On pense aussi aux équipes communes d'enquête mises en place pour mener des investigations conjointes dans les affaires transnationales.

⁵ MAYEUR-CARPENTIER, C.: «La coopération policière, judiciaire et douanière dans l'Union européenne», en *Revue de l'Union européenne*, 2016, pp. 267-275.

⁶ SABATIER, M.: *La coopération policière européenne*, Harmattan, 2001, 510 pp.

se de croître dans la mise en réseau des institutions et agences européennes avec les services nationaux compétents.

Cette coopération transfrontalière entre services de police, de gendarmerie et de douanes apparaît désormais comme un élément constitutif de la souveraineté partagée européenne. Les CCPD sont essentiels à la sécurité intérieure en Europe: ils compensent l'absence de frontières physiques, permettent de lutter contre des réseaux criminels très mobiles, harmonisent les pratiques policières et douanières, et renforcent la confiance et la connaissance mutuelle des forces de l'ordre. Ils sont aujourd'hui un pilier de la sécurité transfrontalière en Europe occidentale. Dans ce cadre, ils incarnent une nouvelle forme de gouvernance transfrontalière, mêlant acteurs, institutions et systèmes juridiques hétérogènes. Leur analyse revêt ainsi un intérêt scientifique majeur: leur étude permet d'appréhender non seulement leur efficacité opérationnelle, mais aussi les mécanismes organisationnels, technologiques et politiques qui conditionnent leur fonctionnement. L'objectif de la présente contribution est donc de se demander dans quelle mesure l'examen de la genèse des CCPD, de leurs évolutions, de leurs activités et des tensions qui les traversent permet de nourrir une réflexion plus large sur l'intégration sécuritaire européenne. Les CCPD constituent-ils un instrument de coopération pleinement efficace ? Ne sont-ils au contraire que le résultat d'un compromis limité par les réticences souverainistes des États membres ? La question est légitime: le développement des CCPD s'inscrit dans une tension fondamentale entre deux impératifs: d'une part, l'efficacité, recherchée pour lutter efficacement contre des menaces transnationales; d'autre part, la préservation de la souveraineté, la police et les douanes représentant l'un des derniers bastions du pouvoir étatique traditionnel.

L'étude de leurs fondements juridiques et institutionnels montre que la valeur ajoutée opérationnelle des CCPD est réelle: ils sont un outil original essentiel au fonctionnement de l'ELSJ (I). La coopération à laquelle ils contribuent reste néanmoins limitée par la souveraineté des États. Une réflexion sur le modèle des CCPD s'impose alors, tant ceux-ci contribuent à une sorte de souverainisme coopératif souple et pragmatique (II). En tout état de cause, les CCPD constituent de véritables laboratoires de coopération locale. De ce point de vue, la coopération policière franco-espagnole et en particulier le CCPD d'Hendaye offrent de nombreux exemples de pratiques policières et douanières frontalières et transfrontalières venant illustrer la coopération entre États européens et permettant de mieux comprendre les mutations des dispositifs sécuritaires européens (III).

I. FONDEMENTS JURIDIQUES ET INSTITUTIONNELS DES CCPD: UN OUTIL ORIGINAL AU CŒUR DE L'ELSJ

1. **Organisation et missions des CCPD: l'apport opérationnel à la coopération policière et douanière européenne**

La Convention d'application des Accords de Schengen (CAAS) est le socle fondamental de la coopération policière transfrontalière. Son article 39 pose la base de l'échange d'informations et de l'assistance mutuelle entre autorités policières. Il prévoit la transmission directe d'informations utiles aux enquêtes, des contacts permanents entre services et la possibilité pour les agents étrangers d'être associés à certains actes non coercitifs. Les CCPD constituent une forme structurelle permanente à ces échanges, tandis qu'une légitimité européenne leur est fournie par les articles 40 et 41 (autorisation de la surveillance et de la poursuite transfrontalières), l'article 46 (possibilité de détacher des officiers de liaison) et l'article 47 (possibilité de créer des centres communs de coopération policière). Le dispositif Schengen encourage ainsi explicitement la mise en place d'unités mixtes de coopération.

Au-delà de la CAAS, les CCPD s'inscrivent dans une architecture européenne globale. Ainsi, même s'il porte sur les contrôles aux frontières, le Code frontières Schengen⁷ encadre les modalités de coopération entre États membres, considérant les CCPD comme des instruments compensatoires essentiels à la libre circulation. De même, si les décisions Prüm⁸ ne visent pas directement les CCPD mais l'échange automatisé de profils ADN, d'empreintes digitales et de données de véhicules, les CCPD servent souvent de points de relai opérationnels pour la coordination transfrontalière associée aux échanges automatisés. Enfin, les CCPD fonctionnent dans un cadre plus large où interviennent Europol⁹, les standards d'échange sécurisé SIENA¹⁰ ou la stratégie 2020–2025

⁷ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, pp. 1-52.

⁸ Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, pp. 1-11; Décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, pp. 12-61.

⁹ Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, JO L 135 du 24.5.2016, pp. 53-114.

¹⁰ Voir: <https://www.europol.europa.eu/how-we-work/services-support/information-exchange/security-information-exchange-network-application-siena>

de l'UE en matière de sécurité¹¹; ce cadre européen met l'accent sur l'échange de renseignements, l'interopérabilité des bases et la coordination opérationnelle en zones frontalières, faisant des CCPD le maillon territorial de cette architecture¹².

Les CCPD relèvent donc d'un empilement normatif où le niveau européen fixe les principes. En revanche, le dispositif concret et fonctionnel est établi au niveau bilatéral (parfois trilatéral). Chaque CCPD repose en effet sur un accord entre États voisins, qui définit précisément les missions, les personnels, les procédures et les limites de compétence des structures mises en place. Cela signifie que ces centres reposent sur un édifice juridique spécifique, plus détaillé que le cadre européen et propre à chaque frontière, qui s'articule généralement autour d'accords internationaux, de protocoles techniques et de décisions administratives conjointes¹³.

Les CCPD sont localisés près des frontières, afin de faciliter les contacts opérationnels, et implantés dans des zones caractérisées par des flux importants et des vulnérabilités identifiées. On trouve ainsi des CCPD à Hendaye, Tournai, Kehl, Modane, Genève... Même si la composition peut varier d'un pays à l'autre, tout CCPD est une structure mixte (bi ou trinationale) conçue comme une plate-forme partagée. Sont rassemblés, dans un même bâtiment, des policiers, des gendarmes, des douaniers, parfois des agents de police régionale (Belgique, Allemagne, Espagne) ou d'autorités administratives et entités spécialisées (gardes-frontières, services de renseignement). Cette pluralité reflète la diversité des organisations policières européennes. Un CCPD comprend généralement une direction binationale: chaque État délègue un chef de centre et les deux agissent conjointement. Il comprend également des équipes mixtes, organisées en cellules: opérationnelle (analyse, échanges quotidiens, coordination), renseignement (partage d'informations stratégiques et opérationnelles), douanière, et logistique et administrative. Les officiers de liaison y font le lien avec leurs administrations nationales et les services territoriaux. La proximité physique entre tous favorise la compréhension et la connaissance mutuelle des cultures professionnelles, la confiance et la continuité des échanges. Les relations interpersonnelles jouent clairement un rôle central dans le bon fonctionnement de la coopération policière et douanière.

¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la stratégie de l'UE pour l'Union de la sécurité, COM/2020/605 final.

¹² HERRAN, T.: «La coopération policière à l'épreuve de la politique pénale européenne», en *Archives de politique criminelle*, No. 41, 2019, págs. 47-60.

¹³ Voir *infra*.

Les CCPD remplissent plusieurs missions essentielles. La première est de procéder à un échange opérationnel d'informations entre autorités voisines, en en permettant une transmission directe, sécurisée, rapide, souvent en temps réel¹⁴, contournant ainsi les lourdeurs de l'entraide judiciaire classique¹⁵. Les CCPD jouent souvent le rôle de guichet unique pour les demandes internationales des services territoriaux. Ils apportent également un soutien aux opérations transfrontalières: ils peuvent être amenés à organiser et coordonner des patrouilles conjointes ou coordonnées (police/police, police/gendarmerie, police/douanes), des opérations de contrôle simultanées de part et d'autre de la frontière (filatures transfrontalières), des dispositifs de surveillance d'événements internationaux (sportifs, politiques, rassemblements) ou encore des actions communes contre des phénomènes récurrents (trafics de stupéfiants, vols et cambriolages, fraude documentaire, traite des êtres humains¹⁶). Les CCPD facilitent aussi l'application du principe de poursuite transfrontalière ainsi que les interventions d'urgence. Ils assurent une veille stratégique sur les phénomènes criminels transfrontaliers et tâchent de fournir des traductions et d'assurer l'interprétariat, d'expliquer les cadres juridiques nationaux pour éviter les malentendus opérationnels, de faciliter les demandes d'assistance ou de coopération, d'organiser des formations communes, d'accompagner les enquêtes dans les domaines où les législations diffèrent, ou encore de servir de lieu de concertation stratégique entre autorités partenaires. Cet appui technique, juridique et logistique est essentiel et fait des CCPD une interface efficace pour les services engagés sur le terrain.

¹⁴ Concrètement, les CCPD fonctionnent comme des cellules binationales permanentes, actives 7 jours sur 7 dans la plupart des cas. La transmission des informations repose sur un système d'échange continu via des messageries sécurisées, des réseaux police-douane, des bases interconnectées et un contact permanent entre officiers de liaison. Des demandes émanent quotidiennement des services locaux (commissariats, brigades, douanes); les CCPD leur apportent des réponses rapides, sinon immédiates. Les CCPD traitent plusieurs centaines de demandes par an, allant de la simple vérification administrative à des dossiers d'enquête complexes. L'information reçue par le CCPD est analysée par les agents concernés (police/gendarmerie/douanes), puis réorientée vers les services compétents (brigades, directions zonales, unités douanières). Selon les conventions, les CCPD peuvent accéder aux bases nationales (fichiers police, gendarmerie), aux fichiers douaniers, au SIS, et à certains fichiers partagés Prüm (données ADN, empreintes, immatriculations...), même si des limitations peuvent exister selon les législations: dans ce cas, le CCPD ne donne pas d'accès direct aux bases de données mais facilite l'accès aux services ou aux informations. Pour finir, le CCPD procède à un retour d'information auprès des partenaires étrangers. Ce rôle de nœud de communication fluidifie les relations transfrontalières. De manière générale, les CCPD contribuent à une véritable réduction des délais d'échange d'informations.

¹⁵ Dans certains cas, des informations cruciales sont transmises en quelques minutes, alors que la voie judiciaire traditionnelle prendrait des jours, voire des semaines.

¹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», en Richard González, M./Riaño Brun, I./Poelemans, M. (coords.): *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Pamplona: Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 23-75.

2. Domaines d'intervention des CCPD: l'observation des pratiques policières et douanières aux frontières

Les CCPD servent de plateforme permanente d'échanges opérationnels entre policiers, gendarmes et douaniers de pays frontaliers. Ils interviennent dans tous les domaines permettant de prévenir, détecter ou combattre la criminalité dans les zones transfrontalières, principalement en matière de police et en matière de renseignement grâce à l'identification de personnes recherchées, signalées ou suspectes, la vérification d'identités, documents et plaques, les recherches sur antécédents policiers ou associés à des actes délictueux, le suivi de véhicules volés ou suspects, les signalements d'événements sensibles en zone frontalière ou encore le partage d'informations sur des phénomènes criminels émergents. Les informations transitent dans un cadre sécurisé et conforme aux réglementations nationales. Dans le cadre des opérations transfrontalières, les CCPD facilitent la planification et la coordination de patrouilles conjointes, de contrôles de part et d'autre de la frontière, d'opérations coup de poing simultanées, ou en accompagnant des dispositifs événementiels et de surveillance renforcée lors de risques identifiés (flux touristiques massifs, trafic routier, franchissements clandestins). Les CCPD servent souvent de centre nerveux dans les opérations de grande ampleur. Par exemple, en matière de transports et de sécurité routière, les CCPD facilitent les actions liées à l'identification de véhicules dangereux ou suspects, à la lutte contre les transports criminels, au partage d'informations sur les infractions routières transfrontalières et au suivi de trafics via les axes routiers, ferroviaires et tunnels transfrontaliers. En matière migratoire, ils vérifient la validité des documents de séjour et en détectant les documents falsifiés ou usurpés, en portant appui aux procédures de réadmission, en collectant et transmettant des informations sur les modes opératoires des passeurs, ou encore en procédant au signalement de flux migratoires atypiques¹⁷.

Les CCPD intègrent toujours des agents douaniers, qui interviennent en matière de fraude douanière, de fraude fiscale transfrontalière, de trafic de tabacs, alcools et carburants, de contrôle des flux commerciaux à risques, de lutte contre les contrebandes et les contrefaçons et de surveillance des échanges sur les réseaux d'import-export illégaux. En pratique, les CCPD jouent même un rôle de mise en relation entre autorités judiciaires nationales en facilitant et accélérant la transmission des demandes d'entraide, en procédant aux

¹⁷ ATAK, I.: La coopération policière pour la lutte contre la migration irrégulière au sein de l'Union européenne, en *Revue générale de droit*, vol. 36, No. 3, 2006, pp. 433-481.

transmissions urgentes, en permettant la circulation de documents administratifs indispensables aux enquêtes... Ils aident les autorités judiciaires et policières à préparer et exécuter les mandats d'arrêt européen et accompagnent les magistrats dans leur compréhension des cadres législatifs étrangers. Ils apportent également un soutien aux enquêtes nécessitant des informations situées de part et d'autre de la frontière. Les CCPD fonctionnent donc comme un «guichet opérationnel» de la coopération judiciaire¹⁸.

II. RÉFLEXION SUR LE MODÈLE DES CCPD: UNE FORME DE SOUVERAINISME COOPÉRATIF SOUPLE ET PRAGMATIQUE

1. Défis et tensions de la coopération policière et douanière contemporaine

Les CCPD présentent plusieurs avantages déterminants: une réactivité accrue par l'échange d'informations instantané, une connaissance fine du terrain propre à chaque État frontalier, une fluidité administrative grâce au traitement direct des demandes, la construction d'une confiance interpersonnelle entre agents de différents pays et une capacité d'adaptation aux spécificités locales. Malgré leur efficacité, les CCPD doivent pourtant faire face à plusieurs limites, telle que la pluralité des systèmes juridiques nationaux (différences de compétences judiciaires entre corps, de règles d'accès aux fichiers, de niveaux de confidentialité, de conditions d'exercice des opérations). Les différences linguistiques et culturelles, les inégalités de ressources entre États, l'absence de statut européen harmonisé de ces centres et la dépendance aux relations bilatérales politiques ne facilitent pas leur tâche. Cette complexité juridique et organisationnelle, parfois exacerbée par des différences hiérarchiques entre corps, peut engendrer des tensions, que le manque d'interopérabilité technique peut accentuer. La fragmentation des systèmes nationaux limite en effet la fluidité des échanges: chaque pays utilise des systèmes différents, juridiquement protégés, parfois incompatibles ou non connectables. Les CCPD doivent pourtant jouer un rôle de « maison de traduction » des données, ce qui ralentit parfois le traitement opérationnel. Ces contraintes, juridiques, humaines, techniques, montrent qu'une coopération opérationnelle ne peut être pleinement efficace que si elle s'inscrit dans un cadre politique stable.

¹⁸ MÉGIE, A.: «Généalogie du champ de la coopération judiciaire européenne», en *Cultures et Conflits*, No. 62, 2006, pp. 1-38.

La tâche est d'autant moins aisée que les menaces auxquelles font face les territoires frontaliers évoluent. Ainsi, par exemple, l'explosion des flux transfrontaliers, liée à l'intensification des déplacements quotidiens (travailleurs, étudiants, touristes) et à la hausse des flux routiers et ferroviaires, exige un partage d'information plus rapide et plus fiable. De même, face à l'augmentation des flux migratoires irréguliers, les CCPD doivent concilier efficacité opérationnelle et strict respect des cadres juridiques européens, sans céder aux fortes pressions politiques, tout en se dépêtrant avec les divergences de doctrines nationales. La complexification de la criminalité transnationale se répercute également sur le travail des centres (structuration des réseaux criminels, domaines très divers). Les CCPD doivent intégrer des données toujours plus techniques et transnationales, comme la cybercriminalité¹⁹ et l'utilisation du Darknet: si ce type de délinquance n'est pas directement liée à la zone frontalière, pour autant elle nécessite une coopération judiciaire rapide, capable de contrer des réseaux opérant sur plusieurs pays simultanément²⁰, obligeant les CCPD à évoluer vers une coopération moins strictement liée à la frontière physique.

2. Maintien d'un modèle de CCPD hybride et pragmatique

Face à ces menaces évolutives, les CCPD sont en première ligne pour garantir, dans la limite de leurs compétences, un équilibre entre des tensions souvent opposées: recherche d'efficacité *versus* respect des libertés publiques²¹; développement de l'automatisation *versus* contrôle humain; besoin d'interopérabilité *versus* maintien de la souveraineté policière²². Se pose donc la question du modèle des CCPD. Ces derniers portent les stigmates de la coopération policière et douanière européenne: la recherche d'efficacité dans la lutte contre les menaces transnationales se fait toujours dans un cadre respectueux de la souveraineté des États membres de l'UE. Autrement dit, les CCPD

¹⁹ DE LA CUESTA, J. L./SAN JUAN GUILLÉN, C.: «La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (Dir.): *Derecho Penal Informático*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010, 345 pp.

²⁰ BOSSONG, R.: «Intelligence Support for EU Security Policy. Options for Enhancing the Flow of Information and Political Oversight», *SWP Comment*, No. 51, 2018, 8 pp.

²¹ Iglesias Sánchez, S./González Pascual, M. (ed.): *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2021, 470 pp.

²² CRAWFORD, G. S./CRÉMER, J./DINIELLI, D./FLETCHER, A./HEIDHUES, P./SCHNITZER, M./SCOTT MORTON, F. M./SEIM, K.: «Equitable Interoperability: The 'Super Tool' of Digital Platform Governance», en *40 Yale J. on Regul.*, 2023, pp. 101-143.

représentent un modèle hybride, où l'efficacité opérationnelle résulte moins d'un transfert de souveraineté et d'une intégration institutionnelle que d'une organisation pragmatique, fondée sur la proximité, l'échange direct d'informations et la confiance interpersonnelle. Les États conservent un contrôle total sur leurs forces de l'ordre, sur les procédures judiciaires, sur les techniques d'enquête et sur les fichiers nationaux. La coopération ne peut donc jamais aller jusqu'à déléguer un pouvoir coercitif. Les CCPD ne sont soumis à aucun commandement supranational ou intégré, ils ne disposent d'aucun pouvoir opérationnel direct et n'ont pas de capacité de prise de décision contraignante. La souveraineté opérationnelle est intacte: les CCPD se caractérisent par une forte informalité opérationnelle, facilitant les échanges rapides, tout en reposant sur des protocoles stricts de confidentialité, de traçabilité et d'habilitation, garantissant la conformité avec les législations nationales et européennes. D'ailleurs, plus l'intégration technique augmente, plus les États insistent sur la préservation de leur souveraineté opérationnelle. L'Europe se trouve ainsi dans une situation qu'on peut qualifier de fédération informatique mais de confédération policière.

À ce stade, afin d'enrichir la réflexion sur ces dispositifs hybrides, à la fois institutionnels, opérationnels et transnationaux, il peut être utile de mobiliser des cadres théoriques variés et de les articuler avec la science juridique. Ainsi, la théorie de la gouvernance multiniveaux permet d'appréhender les CCPD comme des structures situées au croisement de plusieurs niveaux décisionnels: européen, national, régional et local. Ces centres constituent des instruments de mise en œuvre des politiques de sécurité européennes dans un cadre bilatéral. Leur fonctionnement illustre un processus d'européanisation descendante (*top-down*): ils appliquent des normes, procédures et obligations issues du cadre Schengen et des décisions du Conseil de l'UE. Parallèlement, ils produisent également de l'européanisation ascendante (*bottom-up*), en nourrissant les réflexions européennes sur les dispositifs transfrontaliers. Les CCPD s'inscrivent par ailleurs dans une logique de mise en réseau des acteurs de la sécurité. Cette perspective s'appuie sur la sociologie des réseaux, qui insiste sur l'importance des interactions interpersonnelles et interinstitutionnelles dans la circulation de l'information. Les CCPD fonctionnent comme des *hubs* où se nouent des relations de confiance, essentielles pour dépasser les barrières organisationnelles et culturelles. Ils illustrent l'idée d'un capital relationnel sécuritaire, permettant de fluidifier les échanges et de réduire la fragmentation institutionnelle. En tant que structures composées d'agents issus de services distincts, les CCPD relèvent également de la théorie des organisations et de l'analyse des interfaces interinstitutionnelles. Ils constituent des espaces

où se confrontent des cultures professionnelles, des modes de décision et des chaînes hiérarchiques parfois divergentes. L'efficacité de ces centres dépend en grande partie de la capacité des acteurs à gérer ces interfaces, à stabiliser des routines de coopération et à institutionnaliser des pratiques communes. Pour leur part, les études critiques de sécurité invitent à interroger les implications politiques et sociales de la coopération transfrontalière. Les CCPD ne sont pas seulement des dispositifs techniques: ils participent à la construction d'un espace sécuritaire européen. Leur développement peut renforcer des logiques de surveillance accrue ou de contrôle migratoire intensifié. La notion de continuum sécurité intérieure/extérieure permet d'analyser comment les CCPD contribuent à reconfigurer la frontière non plus comme une ligne, mais comme un espace de gestion des mobilités. Enfin, une approche pragmatique des pratiques professionnelles permet d'observer comment les CCPD fonctionnent réellement au quotidien, au-delà des normes juridiques. Les interactions informelles, les ajustements pratiques, les compromis entre agents et la négociation permanente des règles jouent un rôle central dans l'efficacité des centres. Cette perspective permet de comprendre que la coopération transfrontalière repose autant sur des procédures que sur des micro-pratiques souvent invisibles dans les textes. Dans l'ensemble, ces cadres théoriques permettent d'aborder les CCPD non seulement comme une innovation institutionnelle, mais également, et peut-être avant tout, comme un objet complexe inscrit dans une dynamique multiscalaire, relationnelle et évolutive.

III. FOCUS SUR LA COOPÉRATION FRANCO-ESPAGNOLE: LE CCPD D'HENDAYE, MODÈLE AVANCÉ DE COOPÉRATION TRANSFRONTALIÈRE

La frontière franco-espagnole constitue un espace particulièrement significatif pour l'analyse des dynamiques de coopération policière et douanière. Longue de plus de 650 kilomètres et caractérisée par une grande diversité géographique, elle est marquée par une histoire récente où la lutte contre l'ETA a joué un rôle structurant dans la coopération bilatérale²³. Elle se situe par ai-

²³ La coopération franco-espagnole a commencé avant même l'existence de tout cadre juridique structuré, sous l'effet d'un besoin partagé: lutter contre la violence politique d'ETA, qui, dans les années 1970-1980, menait des actions violentes en Espagne mais trouvait régulièrement des zones de repli dans le Sud-Ouest de la France. Longtemps prudente pour des raisons diplomatiques, la France a progressivement renforcé ses engagements face à l'intensification des violences. Des contacts informels se sont alors multipliés entre la Guardia Civil, la Policía Nacional, la Gendarmerie et la Police nationale, avec des échanges ponctuels d'informations, parfois fondés sur des relations personnelles plutôt que sur des proto-

lleurs au croisement de réseaux criminels opérant à l'échelle européenne²⁴, qui oblige à des mises à jour régulières des dispositifs de coopération²⁵. Cette double dimension –historique et contemporaine– offre par conséquent un terrain privilégié pour saisir les enjeux de la coopération transfrontalière, avec, sur le fondement de l'Accord de Blois²⁶, quatre CCPD répartis tout le long de la chaîne des Pyrénées²⁷.

Parmi eux, celui d'Hendaye se trouve dans une situation unique, liée au contexte historique aussi bien qu'à sa position dans l'un des corridors criminels majeurs d'Europe (Portugal-Espagne-France-Belgique-Pays-Bas). Ainsi, même si l'organisation ETA n'est plus active, le CCPD continue de gérer un héritage antiterroriste et de traiter de dossiers sensibles; maintenir la culture de confiance franco-espagnole issue de quarante ans de lutte antiterroriste est

coles officiels. Malgré une coopération encore limitée par l'absence de cadre bilatéral structuré, cette période marque la première mise en réseau pragmatique des services des deux pays. Mais avec la fin de la Guerre froide et la montée de la criminalité transfrontalière, les deux États ont dû s'engager dans une institutionnalisation progressive de leur coopération. L'Espagne a intégré l'espace Schengen en 1991 et, pour compenser l'ouverture des frontières, les mécanismes de coopération avec la France ont été renforcés; le cadre Schengen aura ainsi servi de vecteur d'eupéanisation de la coopération sécuritaire.

²⁴ Si leur rôle initial était d'assurer un dépôt centralisé d'informations, une coordination d'opérations transfrontalières et un soutien à la lutte anti-ETA, les CCPD franco-espagnols ont fini par recentrer leurs missions, après la fin des activités armées de l'ETA en 2011, sur le trafic de stupéfiants, les vols de véhicules, la criminalité organisée, l'immigration irrégulière, la fraude douanière, la contrebande et le transport illicite. Les CCPD entre la France et l'Espagne sont ainsi devenus des plaques tournantes opérationnelles dans la lutte contre les menaces transnationales.

²⁵ Dès 2010, pour tenir compte des nouvelles menaces et se mettre en conformité avec l'eupéanisation progressive de la coopération, il a été procédé à plusieurs ajustements bilatéraux: procédures communes pour la lutte contre le terrorisme (voir: De la Cuesta, J. L./Muñagorri, I. (Dir.): *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Donostia: IVAC-KREI, 2009, 591 págs.), mise en conformité avec les mécanismes européens (Prüm, Europol), amélioration des protocoles de gestion de crise, actualisation des règles d'échanges de données personnelles (voir: Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1-88).

²⁶ À la suite d'accords bilatéraux sectoriels (qui ont permis d'harmoniser les procédures d'extradition, de développer le partage d'informations et de lancer les premières réflexions sur des structures permanentes d'échange), l'Accord de Blois est venu, en 1998, organiser de manière systématique l'échange d'informations, faciliter les opérations conjointes et permettre la mise en place de structures mixtes permanentes. Il constitue la pierre angulaire de la coopération contemporaine et le texte bilatéral pivot, qui ouvre la voie à la création des CCPD et leur donne une légitimité formelle en posant un dispositif inédit inspiré à la fois des policiers de liaison français, des puestos fronterizos espagnols et des expériences germano-néerlandaises. C'est le moment où la coopération a cessé d'être réactionnelle pour devenir institutionnalisée et proactive. Plusieurs protocoles techniques ont complété l'Accord de Blois, définissant l'organisation interne et le fonctionnement quotidien des CCPD, les catégories d'agents habilités à y travailler, les procédures d'échanges d'information et les domaines d'intervention opérationnelle.

²⁷ Les CCPD franco-espagnols sont: Hendaye/Irun (2002), Le Perthus/La Jonquera (2003), Canfranc (2004) et Melles/Bossost (2006). Chaque CCPD est fixé par une convention, qui fixe la localisation exacte, la composition, les règles communes de fonctionnement et le partage des charges logistiques et budgétaires.

alors essentiel. De même, la fréquentation très importante des passages frontaliers (réseau ferroviaire international TGV/Renfe, autoroute AP-8/A63, réseaux routiers secondaires, double centre urbain contigu Hendaye-Irun) oblige à gérer simultanément plusieurs postes frontières, à coordonner des patrouilles mixtes en zones aussi bien urbaines, rurales qu'autoroutières, et à maintenir une communication en temps réel. Or, du point de vue migratoire, le territoire basque est devenue l'un des principaux points d'entrée dans l'espace Schengen occidental, ainsi qu'un lieu stratégique pour les réadmissions de la France vers l'Espagne; le volume élevé de migrants, la variété de leurs profils et la multiplication des drames liés à la traversée du fleuve de la Bidasoa réclament une coordination étroite entre la Police aux Frontières et la Policía Nacional. De même, s'agissant du trafic de stupéfiants, l'axe Atlantique (Portugal-Galice-Euskadi-France) est désormais un axe majeur du trafic de cocaïne vers le nord de l'Europe; il s'agit donc de permettre des échanges de données sensibles, de repérer les véhicules suspects, de surveiller les gares, ports, autoroutes, et surtout de garantir, dans ce cadre complexe, la cohérence des procédures franco-espagnoles. Il en va ainsi aussi du point de vue douanier, puisque cette portion de frontière est un lieu crucial pour la contrebande de tabacs (Navarre, Andorre) et le trafic d'alcools et de carburants, faisant de l'harmonisation des pratiques douanières et de la réaction rapide aux changements de législation²⁸ de véritables enjeux sur le terrain.

Bien sûr, le CCPD d'Hendaye présente des atouts indéniables. Sa situation géographique, à la frontière, facilite la réactivité. La présence permanente des forces de sécurité des deux pays (Police nationale, Gendarmerie nationale, Douanes pour la France; Policía Nacional, Guardia Civil, Aduanas pour l'Espagne) renforce la cohérence et la coordination de leur action, faisant du CCPD un véritable espace de coopération interservices, avec une disponibilité permanente (ouvert 24h/24, le CCPD peut traiter des demandes urgentes, notamment la nuit ou les jours fériés) et un partage d'informations avancé (l'accès à des fichiers croisés améliore la qualité de l'analyse des dossiers frontaliers). Enfin, sa capacité à orchestrer des interventions transfrontalières (mandats d'arrêt, patrouilles mixtes, opérations de contrôle) témoigne de sa réactivité opérationnelle.

Pour autant, le CCPD d'Hendaye a un pouvoir d'enquête limité: il ne peut procéder à des enquêtes judiciaires autonomes et dépend donc des services nationaux. La sécurisation des échanges d'informations demeure un point de vigilance entre les autorités voisines. Le coût et la gestion des ressources

²⁸ Quotas pour les tabacs, accises, taxes sur les carburants...

humaines restent un enjeu dès lors que l'effectif est permanent et multinational. D'ailleurs, malgré l'habitude de coopération, le CCPD d'Hendaye doit continuellement gérer trois langues opérationnelles (français, castillan, euskara), des doctrines d'emploi différentes et des habitudes administratives distinctes. Il joue clairement un rôle de médiateur linguistique et culturel, ce qui est relativement rare à cette échelle. Enfin, la complexité juridique qui entoure la coopération policière et douanière franco-espagnole est indéniable et oblige à naviguer d'une législation nationale à l'autre, dans un cadre général pré-établi par divers traités bilatéraux, certains très récents²⁹, venant eux-mêmes appliquer à la frontière les impératifs imposés par l'UE. Il n'en demeure pas moins que la coopération franco-espagnole est aujourd'hui un modèle de référence en Europe, constituant l'une des coopérations transfrontalières les plus avancées de l'UE, un modèle pour d'autres frontières et un laboratoire pour la gestion commune des risques transfrontaliers.

CONCLUSION

En devenant l'instrument central de la coopération policière et douanière, les CCPD incarnent une gouvernance sécuritaire multiniveaux, à la fois locale, nationale et européenne. Ils offrent un modèle d'intégration souple, fonctionnant sans transfert de souveraineté, ce qui les rend acceptable d'un point de vue politique et contribue à une certaine légitimation de l'intégration policière européenne. L'approfondissement de la coopération policière et douanière pourrait renforcer encore leur rôle de nœuds de l'architecture sécuritaire européenne.

²⁹ Le Traité d'amitié franco-espagnol adopté à Barcelone en janvier 2023 renforce le cadre politique et institutionnel de la coopération franco-espagnole en incluant un chapitre « Justice et affaires intérieures » qui couvre la coopération policière et judiciaire entre les deux pays. Il fait de la coopération en matière de sécurité intérieure un pilier des relations bilatérales, prévoyant des consultations régulières entre les deux gouvernements centraux sur les questions de politique étrangère, de défense et de sécurité, et instituant des organes de dialogue bilatéral, comme le Conseil franco-espagnol de défense et de sécurité, qu'il présente comme des plateformes institutionnelles pour coordonner des politiques de sécurité communes. Le Traité consacre par ailleurs un chapitre à la coopération transfrontalière (Art. 30 et 31) susceptible de pousser les échanges entre autorités policières dans les zones frontalières. Mais le Traité de Barcelone n'est pas un « traité CCPD » au sens d'un accord strictement policier: il ne crée pas de nouveaux centres ni ne redéfinit leurs missions principales. Il s'agit simplement d'un traité d'amitié et de coopération très large, qui inclut la sécurité parmi l'un de nombreux domaines qu'il couvre. Au mieux consolide-t-il le soutien politique à la coopération policière sur le plan de la formation, du dialogue et du besoin d'une stratégie transfrontalière. Le texte du Traité est disponible sur: <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/14/20828fdc7c713dc88e993c917c97dc1377f50a08.pdf>

184. CULTURAL TURNS IN CRIMINAL LAW

JOXERRAMON BENGOTXEA
(EHU)

«drei berichtende Worte des Gesetzgebers und ganze
Bibliotheken werden zu Makulatur»

(Von Kirchmann, 1848)

Von Kirchmann's provoking quote¹ had many jurists concerned about their worth: could it possibly be that three amending words of the law-giver sent full Libraries to the bin? Most jurists and legal scholars, and not only historians of law consider that even if the legislator provides the three corrective words, *Act x «is hereby derogated»*, the works written about the Act will not lose their value and interest, they are very relevant contributions reflecting legal culture, knowledge about the law, shared normative understandings, expectations and values reflected in inter-personal legal consciousness. If this is so, this contribution is a call for a new approach to understanding the question whether there can be a legal science, whether there can be any such thing including, of course the science of criminal law in dialogue with the social sciences. My learned and admired colleague José Luis de la Cuesta, whom I dedicate this incursion of mine into Criminal legal theory, perfectly exemplifies the affirmative answer: yes, there can be a science of criminal law in dialogue with the social sciences and with criminology. José Luis captures and synthesizes the attempt to couple Criminal law dogmatics with criminology.

¹ VON KIRCHMANN (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848). This is a relativist view of law.

To discuss whether law and criminal law are scientific, it is worth taking a look at the scientific scene. It is fair to say it is presently characterized by diversification and fragmentation. It has been for some time for all sciences. Not that it has become relativist nor that anything goes. There are severe ideological and governmental attacks on science on the other side of the Atlantic: Climate change is questioned at the highest level; universities see their research funding cut; a Health Minister question the value of vaccination; Diversity, Equity and Inclusion courses are dismantled; Technology and AI are not to be regulated to protect persons and their dignity, ... These are, of course, worrying trends where European union should be pushing back stronger.

But this is not the only worrying symptom concerning the scientific scene. The development of scientific knowledge is expanding, like the Universe,. The science of the micro and the science of the macro have challenged the science of our personal experience of the lifeworld. Man is not longer the measure of things, the producer of knowledge and reason. AI is now producing knowledge on its own, whether it is *aware* of this or not. But along with this expanding knowledge to the minute and to the galaxy questioning standard science, there are much more problematic negationist and populist attacks on science.

For legal science, the scene has also been one of contestation. This counts as an important warning to those who seek straight, definitive answers, and indirectly, if this is a call for relativity following one of our key European thinkers, Montaigne, so be it². But this relativistic proposal does not involve doing away with law. The attacks on a rules-based world are coming from those leaders that ought to be upholding it, from the superpowers. John Austin understood the law as the commands of the sovereign backed up by sanctions (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

It was always difficult for academics, jurists and legal practitioners to explain Public International Law, and International Criminal Law away from the dominant paradigm of state law, a fortiori, to explain Humanitarian International Law³. But now the new geopolitical lawscape created by the Presidency of the USA and the so-called *Donroe* doctrine, based on the Monroe

² On Montaigne's legal relativism, see Jung JZ 2022, 577–583, where he highlights fragments 56: «Rien suivant la seule raison n' est juste de soi, tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue» and 41: «Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà». See also Jung, in: Matsuzawa/Nuotio (eds.), *Methodology of Criminal Law Theory: Art, Politics or Science?*, Nomos, Baden-Baden 2021, pp. 157–170.

³ The report, *War Watch. IHL in Focus (1 July 2024 to 31 December 2025)* led by Stuart Casey-Maslen for the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights report concludes that International Humanitarian Law (Hague Law and Geneva Law) is at a critical breaking point. More than 100 000 persons were unlawfully killed during that period in Ukraine, Palestine, the Sudans, DRC, CAR,

manifest and the trumpian motto *America First*, have completely overturned an international system based on some form of law, even if sometimes only soft law, but also the legal system following from multilateral and bilateral international treaties and the UNO.

The new relativism and realism in the geopolitical scope and in international relations has not yet impregnated legal science, still dominated by positivism⁴, but it may soon takes us back to the Hobbesian world conception, that we considered completely overcome and outdated. The paradigm of the sovereign was found wanting from the perspective of a system based on the rule of law, and on the democratic *Rechtsstaat* but where is the defence of the system built after WWII? How to face the dystopian scenarios following the decline of the rules based International System.

One can thus add another problematizing feature, perspectivism, regarding legal scholarship, or legal science, if you prefer. As a result, complexity and uncertainty are the new normal. And yet, all science attempts at reducing complexity: *Reduktion von Komplexität*; in Luhmann's words, sorting out relevant information from noise⁵; which is never a neutral enterprise. The challenge is therefore to systematize, clarify, order the fragments, in line perhaps, with von Jhering's project to systematize the legal order in the light of historical and philosophical insight, and today we could add comparative, sociological, economic insights, and for the criminal law, also the psychological, criminological, and, not least, cultural insights⁶.

From a Kelsenian point of view, this cultural turn only complicates the formal analysis. Hans Kelsen was concerned with isolating juristic knowledge from all other forms of non-juristic knowledge: Legal knowledge, in order to be scientific, has to be based on norms, and nothing but norms, with their relations of validity and their ordering into a legal system. But the knowledge thus obtained would be very limited and mechanic, ideal only for the development of expert systems and automated logarithms. We can imagine Kelsen becoming obsessed with the opening quote by von Kirchman, and trying to prove

⁴ Thomas Vesting in *State Theory and the Law: an Introduction*, Edward Elgar, 2022 explains how for Georg Jellinek «[a] scientific approach generates a different object of knowledge than does an aesthetic perspective. Hence, there is no stable, self-identical object that precedes scientific observation. Rather, different approaches yield different objects» (Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892). Positivism, on the other hand, tends to stabilize the object of knowledge, the *what*, as something independent from the observer, the *who* and the *how* of observation. More on this at the end of this contribution.

⁵ Niklas Luhmann, *Sozialer Systeme*, 1984.

⁶ Heike Jung has put it eloquently: „Das Recht und damit auch das Strafrecht sind kulturgeprägt und sie prägen ihrerseits die Kultur«. *StV* 1990, 510 (515); «law, and therefore also criminal law are impregnated with culture and at the same time shape and imprint culture» (my translation).

him wrong, trying to show that legal science, *Jurisprudenz*, is not worthless as a scientific discipline. Kelsen would strive to make it scientific. It would not be interested in how law was applied in practice, or why it came about, or how it should be changed: only in what norms would be identified as valid norms and how they relate in a hierarchical, pyramidal system, the validity of which would be transcendently supported by a *Grundnorm*. Sociological, utilitarian, pragmatic, ethical, political and criminological questions would be left to other domains of knowledge.

Kelsen was seeking a scientific knowledge of law, devoid of any factual question. The Kantian transcendental foundation of a normative science on pure values, and not facts, reminds us of Hume's law to keep IS and OUGHT separated⁷. For Kant, every doctrine aiming at a systematic account of knowledge is scientific as long as this systematization is carried out on the basis of principles that structure the knowledge of a whole, an identifiable object of study, *ein geordnetes Ganzes*, an ordered whole, and as long as it is subject to *Kritik*, that is critical and reflexive: Dogma has no place in Science! Perhaps this is as far as we can agree, although scientific method can sometimes itself become dogmatic and, as it comes to no surprise that legal science is sometimes referred to as legal dogmatics, we are aware this dogmatic approach can stymie the formulation of paradoxes and other apparently counterfactual hypotheses, avoiding perspectivism.

We ought to take some distance from positive law and legal dogmatics. We are looking for a metalevel for reflection on positive criminal law, for the *gesamtes Strafrecht*, covering criminal law, criminal procedure and criminal policy in a comprehensive manner. Whether we call this intellectual endeavor «scientific», *gesamte Strafrechtswissenschaft*, as Roxin would do, is a different question, a question which made more sense when «science» was a respectable label, and *Rechtswissenschaft* was a respectable legitimation for the symbolic power of jurists. The outlook was more naive and innocent than we would acknowledge nowadays, when scholars have to struggle to get heard amidst the noise and information-overload available in the internet. Populist movements have been engaged for some time in a fake news and negationism campaign to discredit scientific methods, nourishing scepticism and disbelief, undermining science and scientists.

⁷ I have developed these ideas in Bengoetxea, «Legal Theory and Sociology of Law», Jiří Přibáň (ed), *Research Handbook in Sociology of Law*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, p. 7–18. See also Bengoetxea, *The Dual Spectrum of Law*, Newcastle 2026.

Three socially meaningful stages are involved in science. First and foremost, science is about discovery and understanding (interpretation) of data and phenomena and testing/experimenting, under transparency conditions, explaining how and why such phenomena take place. This would be the kernel of scientific praxis or action. But secondly, science is also a speech act, a discourse; science is also about the rational reconstruction of such findings within the requirements of epistemology (logical cogency, non contradiction, completeness, universalizability, coherence). And thirdly, science is also an act of prediction, predicting and measuring the probability of the explained events and phenomena occurring in the future, with reproducible conditions and subject to scrutiny, verification/non falsification, control and criticism by peers. This prediction, like the other two stages of science, is a collective enterprise and involves cumulative knowledge and its constant revision in light of new data.

The first act of science is thus *discovery*; the second is a discourse of *justification*. The context or process of discovery (involving psychological and sociological features, amongst others) and the context or process of justification (involving rational discourse) as theorized by Hans Reichenbach in his *Experience and Prediction* (1938) are equally important in science and in legal and judicial decision-making. They apply to *Rechtswissenschaft* as much as they apply to all *Wissenschaften*.

But these processes or contexts of discovery and justification can operate, based on preconceived ideas and starting points within given paradigms, and cultural backgrounds. It can also be the case that the object of study is determined by the theory or by the perspective of the observer (scientist). While there is nothing fatal in these connections, it is important to be aware of their influence, and factor in such «noise» when analysing the object of enquiry. In other words, there is an intricate and complex tension between the object (the what) and its understanding (the how). This is clearer in the social sciences, the humanities and the arts (aesthetics), given their hermeneutic nature, but it also concerns hard and experimental sciences.

Carrying out hard science and building on scientific knowledge already assumes a given organization of knowledge in society: different types of institution are engaged in the production, verification and transmission (tradition) of such knowledge. Scientists and administrators, research personnel, research funding (money/capital) providers and institutions are equally instrumental in the activity. The question who is carrying out the observation or the reconstruction thus becomes crucial as well.

Science as a human pragmatic, social activity, carried out with a purpose. Even if that purpose is sheer knowledge, we are well aware, since Foucault,

that knowledge is power and prestige, or capital as Bourdieu would suggest. And when the object of such knowledge are the laws contained in authoritative texts, «dogma», then such knowledge will probably be inserted in a tradition of power, religious power, state power, bureaucracy or governance. These authors have taught us to interrogate the cultural and social conditions of the processes by which knowledge is produced.

The versions and interpretations of knowledge need not be incompatible; each will build on different cultural ingredients, brought from local and global traditions, and from the scientific communities where the knowledge is produced and reproduced. Often there is no single author and sometimes the knowledge is part of the public domain. Meaning is given and reconstructed by the participants in the scientific community.

Law is also interpretative in this sense and pretending to turn law into a science free of cultural traits runs the risk of missing these hermeneutic points brought from the interpretation of cultures. I am not claiming it is futile nor suspect of any *mauvaise foi*. It can be perfectly legitimate to adopt a scientific outlook on the law, to understand it in a different light, to make better laws and to attempt to apply it systematically, or to develop an AI that can try to avoid and neutralise personal bias and prejudice.

My main preoccupation and concern is that we are not as aware as we should be concerning law's kaleidoscopic, interpretive and discursive character, and that we might need to give up the aim of fixing a definite and final pre-interpretive meaning of the law, free of its practical philosophy implications and devoid of a cultural *Vorverständnis*. Legal norms are indissociable from the cultural components, the values, they represent. As Pierre Legrand explains: «In fact, the law-text is in the world, and the world is in the law-text also. Not unlike a law-text, then, a comparatist-at-law stands as a cultural formation, an encultured entity: comparatists have inherited, through education and interaction, schemes of understanding, judgement, and performance that structure their lives-in-the-law, that delineate the thinkable and pre-dispose the thought, these configurations being neither strictly individualistic nor completely deterministic.»⁸

We therefore need to look at the key questions that apply to science: what is to be studied, how to study and why, with what purpose, and also the where and when? This can be achieved by drawing conceptual and interdisciplinary maps that show the richness of interpretations in Criminal Law, Criminology, Penology, Criminal Procedure and the political process around criminal and

⁸ Legrand *Negative Comparative Law*, 2022, p. 8.

sentencing policy. Sociology, philosophy, geography and history are all relevant before the particular jurisdiction we are examining and the historical period in question. They add to the perspectivism and relativism we highlighted above.

As regards the criminal law we could perhaps already jump into our conclusion straight away: a Rechtsstaat and the principles of legality we uphold require a clear foreseeable, coherent and unambiguous definition of crime (statutory typification) and a strict basis for criminal liability of the actor (communicating blameworthiness), and for the humane enforcement of punishment, avoiding arbitrariness, securing resocialization, but also attending the needs of the victim and the interest of society in social peace, due process and the rule of law.

As we can see, we strive to create a science of criminal law in order to uphold the basic principles and norms we hold dear in our liberal, open and democratic societies, ie Human Rights. The social fact of crime, a conflict provoked by the breach of a social and legal norm by a perpetrator who harms a victim is the sociological object in the criminal matter. This object (the *what*) calls for a normative answer from society, from the different values a society aspires to uphold and this leads to further norms that need to be studied (still, the *what*). A rational and scientific approach to the knowledge of all these objects determines the *how*, the method, but also the *why*, the interest in studying it. The *why* determines the *how* and to a large extent, the *what* as well.

In our current context, the *where* and *when*, this requires articulating several legal systems operating in the same jurisdiction (all sorts of norms following from European sources, member state sources, regional sources and international sources). All disciplines interested in understanding and improving these processes make up the field of the criminal justice system studies. There are also consequences following from this debate concerning the teaching of law and how we organise Law Schools and Law Faculties in Universities. Rather than the approach adopted by legal positivism and Hans Kelsen, the call that this contribution makes for legal realism, for a cultural approach to law, to recover practical philosophy, with a dose of cultural relativism, is also a call to rethink the way we train jurists and the way we train practising lawyers.

185. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *LUDES Y OTROS C. FRANCIA*: UN RECIENTE NUEVO CASO DE TENSION ENTRE DERECHO PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor emérito de la UPV/EHU
orcid.org/0000-0001-9760-596X
Grupo de Investigación IT 1699-22

I. LA REACCIÓN PUNITIVA CONTRA UNAS PROTESTAS ECOLOGISTAS LLEVADAS A CABO EN DIVERSOS AYUNTAMIENTOS FRANCESES

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo que ahora interesa² se produce como consecuencia de tres demandas presentadas por diez ciudadanos france-

¹ Trabajo realizado específicamente en homenaje al Prof. José Luis de la Cuesta Arzamendi, reconocido penalista y compañero de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU desde hace muchos años, tiempo en el que he podido apreciar su valía, tanto intelectual como personal, y su generosa dedicación a la gestión de lo público en nuestra universidad.

² STEDH de 3 de julio de 2025, *Ludes y otros c. Francia*, números 40899/22, 41621/22 y 42956/22, ECLI: CE: ECHR:2025:0703JUD004089922; versión original en francés. Este pronunciamiento, al ser tan reciente, en el momento de finalizar este trabajo no ha tenido repercusión entre nosotros y, en la doctrina francesa, solo se han localizado algunos comentarios de alcance. Así, BERLAUD, C., «CEDH: militantisme et limite de la liberté d'expression», en *Actualité Juridique*, sección Droit Européene/UE, de 1 de agosto de 2025; DEJEAN DE LA BÂTIE, A., «Ludes v. France: The imperative of a strong necessity test to counter the criminalisation of protests», en *Strasbourg Observers*, de 12 de septiembre de 2025; CAPPELLO, A., en la entrevista titulada «Le «décrochage» de portraits présidentiels, entre militantisme légitime et infraction pénale», publicada en *Le Quotidien du 23 septembre 2025*, sección Penal; y MARGUÉNEAUD, J-P., «Les décrochages du portrait du présidente de la République», en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, núm. 3, 2025, págs. 671-674.

ses y uno belga, militantes ecologistas condenados en diversos tribunales galos por el delito de robo en grupo (*vol en réunion*). El hecho penado consistió en haber descolgado y no restituido –este segundo aspecto será decisivo para la resolución del asunto– el retrato del Presidente de la República en diversos ayuntamientos franceses (al parecer, unas 150 veces en total). Acción que se llevó a cabo con la finalidad de denunciar la insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado francés para cumplir con los compromisos de la Conferencia Internacional sobre el Clima (COP21) y combatir el cambio climático. Todo ello en el marco de una campaña titulada «#DécrochonsMacron», lanzada por el movimiento ciudadano «Acción no violenta COP21».

El vacío simbólico ocasionado por la retirada de los retratos pretendía representar el vacío político en la lucha contra el cambio climático. Estas acciones se documentaron con profusión de fotos, vídeos y declaraciones. Los retratos retirados los consideraron unas requisas temporales, que se conservarían como medio de presión, anunciando que se devolverían cuando el Gobierno cambiara su política climática y adoptara medidas significativas al respecto.

A los activistas se les acusó de robo en grupo, como ya se ha indicado, y la consecuencia fue que la vía judicial penal en Francia –sometida ahora a revisión por el Tribunal de Estrasburgo– terminó con condenas del Tribunal de Casación de París a penas de multa de entre 200 y 600 euros. Para ello, este tribunal interpretó que, aunque la acción de los acusados formaba parte de una actitud activista y podría considerarse una «expresión» (en el sentido de la libertad a la que se refiere el art. 10 CEDH), la condena no había sido desproporcionada a la vista del valor simbólico del retrato del Presidente de la República y de la negativa a devolverlo hasta que se atendiesen las demandas, además del hecho de que el robo se cometiese en grupo³.

II. EL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SE FUNDAMENTA EN QUE LA CONDENA PENAL FUE UNA INJERENCIA DESPROPORCIONADA EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Diversos ecologistas sancionados por estos hechos plantearon tres demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, por su similitud,

³ Véanse los apdos. 20, 30 y 39. Asimismo, para otros pronunciamientos del Tribunal de Casación francés sobre la misma cuestión, pero que no acabaron sometidos a la jurisdicción de Estrasburgo, pueden verse los apdos. 43 a 49.

fueron acumuladas en un solo proceso y se resolvieron en la sentencia que ahora nos ocupa.

Entre los hechos a considerar está el relativo al significado del retrato del Presidente de la República. Probablemente porque se estuviera enjuiciando una actuación *metasimbólica*⁴, esta sentencia considera pertinente precisar que: a) ninguna ley prevé la presencia de símbolos republicanos, como la bandera nacional, el busto de Marianne, el retrato del Presidente de la República o el lema de la República, en edificios públicos; b) el artículo 2 de la Constitución únicamente especifica que el emblema nacional es la bandera tricolor y el lema de la República es «Libertad, Igualdad, Fraternidad»; y c) el uso de estos símbolos se basa en una costumbre inspirada en la tradición republicana⁵.

Muy sintéticamente dicho, los recurrentes argumentaban⁶ que sus condenas por robo en grupo constituyeron una injerencia desproporcionada en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, garantizado en el art. 10 (CEDH)⁷. En las demandas también se hacía referencia al «efecto disuasorio» de la acción penal entablada⁸.

Por su parte, el Gobierno francés consideraba que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión estaba prevista en la ley (concretamente, en el Código Penal) y perseguía el fin legítimo de defender el orden y de proteger los derechos de los demás (el derecho de propiedad de los municipios, precisamente). Además, entendía que las decisiones penales sopesaron correctamente los intereses en juego, al tener en cuenta, por un lado, lo actos cometi-

⁴ Esto es, unos hechos de marcada manifestación simbólica que, a su vez, se focalizaron en un símbolo de la cultura política francesa.

⁵ A lo que se añade que, en mayo de 2023, la Asamblea Nacional aprobó una proposición para la obligatoriedad de la presencia del retrato oficial del Presidente de la República en los ayuntamientos, si bien el Senado no se ha pronunciado sobre esta propuesta hasta la fecha (apdo. 50). Este elemento de la no «oficialidad» del retrato presidencial –en el sentido de no estar legalmente establecida su obligatoriedad– será enfatizado por el voto particular.

⁶ Pueden verse con detalle y pormenor los argumentos utilizados, respectivamente, por cada una de las tres demandas en los apdos. 63 a 72, 73 a 78 y 79-80.

⁷ Que lo hace en unos términos que conviene reproducir ahora, dado el *iter* argumentativo seguido por la sentencia y que a continuación se verá:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

⁸ Apdos. 72, 75 y 80, respectivamente.

dos y las consecuencias de la criminalización y su sanción y, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión de los afectados⁹. En fin, la representación de la República francesa argumentó que las penas efectivamente impuestas por robo en grupo fueron particularmente leves («mesurées»)¹⁰.

III. LA MOTIVACIÓN QUE FUNDAMENTA LA DESESTIMACIÓN DE LOS RECURSOS¹¹

1. No se discute que esté en juego la libertad de expresión

En primer lugar y recordando jurisprudencia previa, el Tribunal de Estrasburgo enmarca, sin titubeo alguno, la actuación de los recurrentes en el ámbito de la libertad de expresión, lo que constituía lógicamente un *prius* para el enjuiciamiento del caso. Y, para ello, comienza por precisar que, en tal contexto, «expresión» no se limita a las palabras habladas o escritas, ya que las ideas o las opiniones pueden expresarse también a través de conductas o comportamientos. Y eso aunque, según la sentencia, los recurrentes cometiesen deliberadamente un delito común para expresar opiniones y convicciones sobre la lucha contra el cambio climático (apdo. 88, *in fine*).

En tales circunstancias, las condenas penales fueron, efectivamente, una injerencia en el derecho protegido por el Convenio de Roma. Injerencia que, como sabemos, solo podía justificarse *ex art. 10.2 CEDH* si: a) estaba prevista por la ley, b) perseguía uno o varios objetivos legítimos y c) resultaba necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros requisitos no le exigen al Tribunal Europeo mayor esfuerzo de razonamiento, ya que estamos hablando de una previsión contenida en el Código Penal y cuya finalidad encaja en la defensa del orden y la prevención del delito. Pero, lógicamente, mayor detenimiento le requiere justificar su necesidad en una sociedad democrática.

A estos efectos, la sentencia se remite a los principios generales establecidos en una reciente sentencia¹², recordando que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que se aplica no solo a la «información» o a las «ideas» aceptadas o admitidas o que se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que

⁹ Apdos. 81 a 83.

¹⁰ Véanse los apdos. 81 a 86.

¹¹ Véanse los apdos. 87 a 119.

¹² La STEDH de la Gran Sala de 15 de mayo de 2023, *Sánchez c. Francia*, núm. 45581/15, ECLI: CE: ECHR:2023:0515JUD004558115.

ofenden, impactan o perturban, pues ese es el requisito del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de amplitud de miras, sin lo que no existe una «sociedad democrática». A lo que añade que las excepciones a la misma deben ser objeto de una interpretación estricta y que la necesidad de restringirla debe establecerse de manera convincente.

En este sentido, el adjetivo «necesaria» –como requisito de la injerencia permitida por el art. 10.2 CEDH (en el caso, la condena penal)– implica una apremiante necesidad social¹³. Los Estados gozan de cierto margen de apreciación al respecto, pero el Tribunal de Estrasburgo puede controlar tanto la ley nacional como sus aplicaciones por parte de los tribunales nacionales¹⁴.

Por lo que aquí más interesa, en esta aproximación principal a las injerencias sobre el derecho protegido por el Convenio de Roma que nos ocupa, el Tribunal de Estrasburgo destaca que, en lo referido a la imposición de una condena penal, esta constituye uno de los modos más graves de intromisión y que, en tales casos, los tribunales nacionales deben actuar con moderación; especialmente al imponer una pena de prisión, que tiene un efecto particularmente disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión. Es más, incluso el carácter relativamente moderado de una multa no basta, por sí solo, para eliminar el riesgo de un efecto desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión.

En relación al ámbito del debate político (que es donde se situaba la actuación de los activistas) y a su protección, la sentencia reitera que el art. 10.2 CEDH deja poco sitio a las restricciones a la libertad de expresión en el discurso político, ya que en una sociedad democrática es fundamental defender la libre circulación del debate y el margen de apreciación del que disponen las autoridades para evaluar la necesidad de una medida restrictiva es particularmente estrecho. Con relación al caso concreto, el Tribunal Europeo también señala que la protección del medio ambiente es una cuestión de interés gene-

¹³ «Un besoin social impérieux» (apdo. 93, ii).

¹⁴ A lo que agrega, para mayor precisión, que tal control supranacional no tiene la función de sustituir a los tribunales nacionales, sino que revisa, desde la perspectiva de este artículo convencional, las decisiones que se hayan adoptado. Y, en tal función, no debe limitarse a determinar si el Estado actuó de buena fe, con cuidado y de manera razonable, sino que debe analizar si la injerencia denunciada, a la luz del caso en su conjunto, fue proporcionada al fin legítimo perseguido y las razones aducidas para justificarla resultaban pertinentes y suficientes; asegurándose el Tribunal de Estrasburgo de que las autoridades nacionales aplicaron normas coherentes con los principios consagrados en el art. 10 CEDH y, además, se basaron en una admisible apreciación de los hechos pertinentes.

Para evaluar la pertinencia y la suficiencia de la actuación seguida por los tribunales nacionales, el Tribunal de Estrasburgo –de conformidad con el principio de subsidiariedad– ha de considerar la forma en la que aquellos ponderaron los intereses en conflicto. Y, aquí, la calidad del control judicial de la medida adoptada reviste especial importancia en el contexto de la evaluación de la proporcionalidad, con arreglo al art. 10 CEDH. De tal manera que la ausencia de un control judicial efectivo de la medida impugnada puede justificar la constatación de una violación del mencionado precepto.

ral, objeto de un alto nivel de protección¹⁵ y que la cuestión del cambio climático constituye «una de las más preocupantes de nuestro tiempo»¹⁶.

Con este bagaje argumental –aquí, inevitablemente resumido–, la sentencia acomete la labor de aplicarlo al caso de los militantes que se llevaron los cuadros del Presidente de la República de algunos ayuntamientos y que, por ello, fueron condenados en la jurisdicción penal francesa.

Así, la sentencia considera que tal actuación, mediante la comisión deliberada de delitos comunes, pretendía despertar a la opinión pública, sensibilizar a la población sobre las consecuencias perjudiciales del cambio climático, denunciando las supuestas deficiencias de la actuación estatal, e incitar a los poderes públicos a adoptar nuevas medidas (apdo. 100). En consecuencia, aunque se ejerciese mediante la comisión de un delito, tanto por el contenido del mensaje, que era de interés general, como por el carácter no violento de las actuaciones que lo transmitían, la libertad de expresión debería haberse beneficiado de un «nivel suficiente de protección», correlativo a un margen de apreciación particularmente limitado de las autoridades nacionales (apdo. 101).

Tras explicitar la necesaria circunspección que debe mantener el Tribunal de Estrasburgo¹⁷, analiza las diversas sentencias condenatorias previas (y algunas absolutorias, para una mejor comprensión de los hechos) y llega a la conclusión de que los tribunales franceses sí tuvieron en cuenta todos los elementos en juego relacionados con el contexto en el que se produjeron los hechos y su motivación. En este punto, el Tribunal destaca el dato de que los cuadros, una vez aprehendidos, no fueran devueltos; pues su sola retirada habría bastado, por sí misma, para expresar claramente el mensaje que querían transmitir los activistas y, solo con eso (esto es, sin su posterior retención), no podía haber estado sujeta a sanción penal, so pena de lesionar el art. 10 CEDH¹⁸.

¹⁵ Remitiéndose a este respecto, en el apdo. 98, además de a una relación de sentencias anteriores, con más detenimiento a su Opinión Consultiva de 13 de julio de 2022, núm. P16-2021-002, solicitada por el Consejo de Estado francés.

¹⁶ Tomado de la famosa STEDH de la Gran Sala *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* de 9 de abril de 2024, núm. 53600/20, ECLI: CE: ECHR:2024:0409JUD005360020, apdo. 410.

¹⁷ Recordando su jurisprudencia consistente en que si a) se han examinado cuidadosamente los hechos, b) las normas para la protección de los derechos humanos se han aplicado de conformidad con el Convenio y su jurisprudencia y c) se ha logrado un equilibrio justo entre los intereses en conflicto, entonces solo razones serias (*raisons sérieuses*) justifican que el Tribunal pueda sustituir el criterio de los tribunales nacionales por el suyo propio (apdo. 104).

¹⁸ Ya que, al distinguir entre, por un lado, la retirada de los retratos –que bastaba por sí sola para expresar claramente el mensaje transmitido por los demandantes y que no podía, en sí misma, estar sujeta a sanción penal sin incumplir los requisitos de cumplimiento del artículo 10– y, por otro lado, su posterior apropiación –que conformaba el delito de hurto–, los tribunales franceses se basaron en motivos «relevantes» y «suficientes» para fundamentar la condena de los demandantes (apdo. 113).

2. La específica consideración del posible efecto desaliento

Como ya hemos adelantado, los demandantes denunciaron *l'effet dissuasif*¹⁹ de las medidas adoptadas por las autoridades francesas a raíz de las actuaciones iniciadas contra ellos –como interrogatorios, registros o toma de huellas– e instaban al Tribunal de Estrasburgo a que extendiese la protección del art. 10 CEDH hasta el punto de que la libertad de expresión, en las circunstancias del caso, debía impedir la tipificación del robo o, al menos, la incoación de un procedimiento por este motivo y la realización de actos posteriores.

Sin embargo, el Tribunal no apreciará la concurrencia de tal efecto desaliento o disuasorio porque la actuación de los activistas se basó en la comisión deliberada de una infracción de derecho común y, en consecuencia, las medidas subsecuentes debían considerarse no como un efecto disuasorio sobre la expresión de su mensaje, sino como parte integrante de su estrategia de comunicación.

En fin, vista la atención desplegada por los tribunales penales franceses al evaluar la proporcionalidad –siempre desde la perspectiva del art. 10 CEDH, lógicamente–, el Tribunal Europeo no consideró que existiera razón seria alguna para no compartir la apreciación de aquellos, que no resultaba ni arbitraria ni manifestamente irrazonable.

3. La proporcionalidad de las medidas penales adoptadas por los tribunales franceses

En último lugar, la sentencia aborda la proporcionalidad de las medidas de las autoridades judiciales francesas²⁰ y, así, lo primero que recuerda es que los activistas no fueron condenados a penas privativas de libertad, sino a multas de 200, 400 y 500 euros, con suspensión de la pena²¹; para lo que los tribunales franceses tuvieron en cuenta tanto el contexto del delito como las

¹⁹ Véanse los apdos. 114 a 116.

²⁰ Apdos. 117 y 118.

²¹ Esta levedad de las sanciones penales es lo que llevará al Tribunal a diferenciarlo del caso enjuiciado en la inmediatamente posterior STEDH *Mortensen c. Dinamarca*, de 21 de octubre de 2025, núm. 16756/24, ECLI: CE: ECHR:2025:1021JUD001675624, apdo. 48 (donde menciona expresamente esta STEDH *Ludes c. Francia*). En esta cercana sentencia, también referida a la libertad de expresión del art. 10 CEDH –pero con un ejercicio fáctico de este derecho muy diferente–, compara la sanción y la indemnización decretadas por el tribunal danés con las que estamos viendo que dispusieron los tribunales franceses, saliendo peor parada la reacción danesa y finalizando, en consecuencia, con la estimación del recurso contra Dinamarca.

motivaciones de sus autores, que actuaron sin ningún interés personal o económico.

Tras reiterar que las instancias nacionales deben mostrar moderación en el uso de la vía penal cuando está en juego la libertad de expresión, el Tribunal considera que las jurisdicciones internas, en atención a la naturaleza y al contexto de las actuaciones, optaron por penas particularmente moderadas. En este sentido, teniendo en cuenta tanto el escaso importe de las multas impuestas como la suspensión de dichas penas, el Tribunal estima que las condenas dictadas contra los demandantes, que figuran entre las sanciones más leves posibles, «no fueron desproporcionadas con respecto al fin legítimo perseguido».

4. La conclusión es el rechazo de la violación de la libertad de expresión garantizada por el art. 10 CEDH

A la vista de todas las consideraciones anteriores, el Tribunal Europeo considerará que las autoridades francesas no sobrepasaron el margen de apreciación del que disponía el Estado galo demandado –que ya hemos visto que debía ser estrecho o limitado– y, por lo tanto, no se produjo lesión del derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, este «fallo» no fue unánime, sino que, frente a los cinco votos favorables a la desestimación, se formularon otros dos radicalmente discrepantes, que referiremos a continuación.

IV. EL VOTO PARTICULAR CONJUNTO DE LOS JUECES ZÜND Y ŠIMÁČKOVÁ

Tanto el juez suizo Andreas Zünd como la jueza checa Kateřina Šimáčková manifestaron su disconformidad con la decisión mayoritaria, al estimar que sí se había producido una violación del art. 10 CEDH.

Su argumentación partía de la base de que, cuando está en juego la protección de la libertad de expresión –en particular la de los activistas políticos, que pueden considerarse los guardianes de la democracia–, las sanciones penales son medidas de último recurso. Además, en el caso enjuiciado, ningún objetivo legítimo justificaba tal medida, excepto la protección del orden público, pues nadie sufrió daños, los activistas no atacaron ningún símbolo explíci-

tamente protegido por la ley y sus autores no pretendieron incitar al odio en la población ni provocar miedo real (apdo. 3).

Estos jueces no compartían el parecer mayoritario consistente en que los demandantes habían cometido deliberadamente un delito común, sino que lo consideraban una irónica actuación política²². En su opinión, era imposible considerar tal conducta como delictiva porque sus autores dijeron que la retirada de los retratos era una requisa temporal y prometieron devolverlos tan pronto como el Estado implementara las medidas que consideraban necesarias para la protección del clima²³.

A su juicio, los tribunales franceses optaron por imponer penas que, incluso suspendidas, cuando está en juego la libertad de expresión, no podían considerarse –habida cuenta del importe de las multas impuestas y de su *effet dissuasif*– como compatibles con las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal²⁴. En este ámbito, la vía penal solo debe adoptarse con moderación por las instancias nacionales y, en el caso enjuiciado, aunque moderadas, las penas impuestas fueron condenas penales que revestían un carácter disuasorio para algunos demandantes y no excluían la inscripción en el registro penal.

Las injerencias en el ejercicio del derecho de los demandantes a la libertad de expresión –concluyen ambos jueces, discrepando abiertamente de la opinión mayoritaria– no fueron «necesarias en una sociedad democrática», razón por la que, en su opinión, las autoridades nacionales sí sobrepasaron el margen de apreciación del que disponía el Estado francés demandado.

V. ALGUNAS REFLEXIONES MÁS GENERALES AL HILO DE ESTA SENTENCIA

Este asunto tensionaba las costuras del Derecho Penal ante el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una actuación reivindicativa de tipo simbólico; ejercicio excesivo y sin justificación suficiente de tal demasía –es lo que viene a interpretar el Tribunal de Estrasburgo–, que finalizó con una

²² Se trató «*simplement d'une performance politique de nature ironique*» (apdo. 5).

²³ Añadiendo el argumento de que el hecho de que los tribunales nacionales concluyeran que efectivamente hubo robo equivalía, de *facto*, a confirmar que el Estado no iba a adoptar las medidas necesarias que, sin embargo, está obligado a adoptar (STEDH *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* citada, apdos. 538-554).

²⁴ Véase el apdo. 7 de la opinión disidente, que apoyan con las SSTEDH *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, núm. 29369/10, ECLI: CE: ECHR:2015:0423JUD002936910, y *Reichman c. Francia*, de 12 de julio de 2016, núm. 50147/11, ECLI: CE: ECHR:2016:0712JUD005014711.

sentencia europea desestimatoria, deferente para con la jurisdicción penal francesa²⁵.

La indebida restricción del derecho fundamental, como expresamente ha señalado el Tribunal Europeo, puede venir originada tanto por el legislador, al regular una materia sin preservar alguno de sus rasgos esenciales, como por sus aplicadores (sobre todo jueces, pero también administraciones), destacadamente al ejercer el *ius puniendi* estatal. Esto es, puede tratarse de un exceso de represión en la previsión legal (establecimiento de penas innecesarias o excesivamente severas)²⁶ o puede deberse a que no se haya tenido suficientemente en cuenta (en forma de modulación o adaptación) la sanción a imponer, de conformidad con la importancia que debe otorgársele a su repercusión en el derecho fundamental²⁷.

Si partimos de que la legislación penal no es, por sí misma, contraria al ejercicio del derecho fundamental (como era el caso), la atención se centra en la aplicación de los tipos penales «ordinarios» a las actuaciones llevadas a cabo con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental. A estos efectos, con las ventajas que nos proporciona la distancia, en esta sentencia *Ludes* quizá se echa en falta un tratamiento más incisivo de la proporcionalidad de la medida estatal objeto de la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo. El tercer nivel en la aplicación de este tan reiterado principio —esto es, el que, tras su «adecuación» y «necesidad» (cuya aceptación viene facilitada en este caso por la existencia de una previsión penal no arbitraria), se ha convenido en denominar «proporcionalidad en sentido estricto» (que es el que calibra las consecuencias en uno y otro de los elementos en juego)— no es, ciertamente, de unívoca aplicación porque conlleva un (aún mayor) componente valorativo; pero, reconocida esta dificultad, la parte positiva de este mecanismo de ponderación en

²⁵ Lo que ha originado alguna temprana opinión muy crítica con la misma, como es, destacadamente, la de DEJEAN DE LA BÂTIE, A., en su trabajo «Ludes v. France: The imperative of a strong necessity test to counter the criminalisation of protest», cit., que concluye calificándola de «una oportunidad perdida para adaptar las protecciones jurídicas a las realidades del activismo contemporáneo. En un momento de emergencia climática y decadencia democrática, el Tribunal podría haber reforzado la idea de que la desobediencia civil pacífica, especialmente cuando busca sensibilizar sobre cuestiones de preocupación pública existencial, merece una protección sólida en lugar de formalismo procesal. Sin embargo, al respaldar sanciones penales simbólicas por la protesta pacífica, el Tribunal corre el riesgo de volverse cómplice de una forma de represión sutil pero eficaz. El derecho a protestar no es un lujo, es una necesidad. El Tribunal no debería limitarse a tolerarlo. Debería protegerlo activamente».

²⁶ «[P]atente derroche inútil de coacción» es la expresiva formulación que apareció por primera vez en nuestra jurisprudencia constitucional (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8, ECLI: ES: TC:1996:55), reiterada posteriormente en numerosas ocasiones hasta nuestros días.

²⁷ Y ya hemos visto que el Tribunal Europeo se considera competente para enjuiciar tanto lo uno como lo otro, esto es, tanto las disposiciones de los legisladores estatales como la aplicación por sus tribunales.

cada caso concreto de los bienes afectados es que requiere inexcusablemente una motivación de la decisión que se adopte, en favor de la preponderancia de uno u otro en liza; motivación que debe de ser completa, siempre ajustada a los hechos relevantes y con precisa consideración de lo ganado y lo perdido por cada uno de ellos. Aquí es donde podría reprochársele a la sentencia no haber hilado suficientemente fino en el análisis del acto de protesta enjuiciado, pues es verdad que hubo una desapropiación de un bien mueble, en una acción concertada por varios sujetos y efectuada en estancias públicas; pero también es cierto que no había ánimo de lucro, que lo «robado en grupo» era de un valor muy menor y fácilmente sustituible (además de sin elevado costo), que no hubo particulares perjudicados por tal acción (solo el Estado *lato sensu*) y que la actuación se desarrolló sin riesgo alguno para nadie de los presentes. Obviamente perturbaría la normalidad, seguro que molestó a algunos y, siendo su pública exposición una costumbre muy arraigada (aunque sin imperatividad legal), requeriría la reposición del retrato del Presidente de la República con algún pequeño desembolso a cargo del patrimonio público. La pregunta entonces es si, tratándose del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión en favor de una actuación política pública contra el cambio climático, los perjuicios o inconvenientes concretamente ocasionados pueden prevalecer en relación con la relevancia de la iniciación de un proceso criminal contra sus autores, que finalizó con una condena, ciertamente leve, pero de carácter penal –no se olvide–, con las consecuencias a ello aparejadas.

La sola formulación de la interrogante corrobora el carácter valorativo de la ponderación en cuestión, que acabamos de afirmar. Así, reconociendo su inevitabilidad (teniendo en cuenta de lo que se ocupan las normas jurídicas), tal componente valorativo comporta una dificultad interpretativa (y aplicativa) y su consecuencia debe ser –como acabamos de decir– una elevada exigencia de justificación pública en favor de una u otra opción. Es ahí, entonces, en las razones explicitadas *coram populo* –nuevamente, en la motivación de la sentencia–, donde podremos encontrar el terreno para la justificación y el entendimiento de la decisión o para su crítica. Así planteado, el desarrollo argumental de esta sentencia es el que podría no resultar del todo convincente.

Si trascendemos del caso concreto, podemos destacar algunos aspectos y extraer algunas otras lecciones más generales, también para nuestro propio ordenamiento. Así –en mi opinión–, esta sentencia y, en definitiva, la solución construida para esta intersección del Derecho Penal con el ejercicio de un derecho fundamental, ponen en evidencia que la aplicación del ordenamiento en su conjunto debe de estar presidida por el principio de interpretación más favorable al reconocimiento y al ejercicio efectivo del derecho fundamental en

juego²⁸. O, dicho de otra manera, la presencia de un derecho fundamental lo condiciona todo en la interpretación y aplicación del ordenamiento entero, de tal manera que, no se puede aplicar ninguna norma (máxime, si es restrictiva) sin considerar expresamente y tener en cuenta el derecho fundamental que puede verse afectado y sin valorar las consecuencias sobre el mismo. Se insiste, un mismo hecho o manifestación externa de lo actuado por un sujeto puede tener relevancia distinta, según las circunstancias, para el Derecho Penal. En este sentido, no creo acertado enfrentarse con unos hechos a partir de la consideración de que «si tal hecho es delito no puede ser ejercicio de un derecho fundamental», sin más miramientos; pues que encaje (o no) en el tipo delictivo previsto requiere de una consideración que tenga también en cuenta los derechos fundamentales. En toda actuación en la que esté en juego un derecho fundamental –actuación que puede ser correcta o incorrecta (incluyendo en esta la posible comisión de un delito)– tal circunstancia debe de ser tenida en cuenta, en el sentido de que debe formar parte del contexto interpretativo y aplicativo del Código Penal. Eso no significa «patente de corso»²⁹, sino más simplemente que al interpretar el tipo penal y al aplicar sus consecuencias este debe de ser un elemento a considerar, de tal manera que no es lo mismo –tampoco para el Derecho Penal– un hecho en el que no esté en juego un derecho fundamental que, el mismo, cuando sí lo está. Esto último siempre ha de considerarse y luego decidir si ha constituido un delito y, en su caso, qué pena le corresponderá. O si, su calificación como delito y la pena a imponer injustificadamente lesionan (y en qué grado) el derecho fundamental en juego.

Se insiste, una visión muy focalizada y formalista argumentará que, si la acción (o, en su caso, la omisión) descrita en el tipo penal se cumple, tiene que desplegarse ineluctablemente la punición estatal, pues no es algo que esté a la libre disposición del Estado. Pero es esta una visión muy limitada –y, por tanto, desacertada– porque el Código Penal no es territorio exento del respeto a los derechos fundamentales y estos también ocupan una posición preferente en relación con la interpretación y aplicación de tal ordenamiento sectorial. La incidencia de los derechos fundamentales, también en la potestad punitiva, no es una ocurrencia extravagante de parte, sino una exigencia de la efectividad

²⁸ Como viene proclamando con absoluta seguridad nuestro Tribunal Constitucional desde sus más iniciales pronunciamientos; así, por ejemplo, en su STC 14/1982, de 21 de abril FJ 3, ECLI: ES: TC:1982:14.

²⁹ Por decirlo de una manera más gráfica y para que no haya equivocadas interpretaciones, el hecho de estar manifestándose por una justa reivindicación (laboral, política, etc.) no le exime de que, si uno de los manifestantes agrede a un policía o a un tercero y le causa lesiones, eso sea un delito.

de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella proclamados y amparados.

Además, desde otra perspectiva, el aspecto o elemento objetivo de los derechos fundamentales se proyecta más allá de quien lo materializa en un momento dado, de tal manera que la eventual represión de su ejercicio (por considerarse inadecuado o abusivo) debe tener en cuenta que no ha de causar el efecto de atemorizar a terceros para futuras actuaciones. Pierden —y mucho— los derechos fundamentales si, por haberse adoptado medidas gravosas ante su ejercicio, en otros ciudadanos se produce retraimiento o autolimitación para actuarlos en el futuro, ante las hipotéticas consecuencias negativas que podrían derivarse, a la vista de lo ya sucedido. Este es un aspecto también importante que, en la motivación de la sentencia aquí analizada, posiblemente no haya sido considerado de manera suficiente.

El Tribunal de Estrasburgo se erige como garantía convencional de tales derechos, tal como vienen recogidos en el Convenio de Roma. Garantía materializada en la acción que pueden ejercitar los particulares contra los Estados que la han asumido, pero que no está exenta de dificultades, como es bien sabido, y que quizá en este supuesto ha podido ser excesivamente deferente con la parte demandada.

186. RETHINKING DIGITAL JUSTICE

ELS DE BUSSER

Institute for Information Law, University of Amsterdam

Digital technology redefines the way that justice is delivered and received¹. This observation led to a number of insights on how to describe this still developing field of what is often referred to as digital justice. But what exactly is digital justice? What is included and what is not? Academic literature and policy documents have dealt with digital justice in both civil and criminal justice by roughly using two approaches: a more restrictive approach using technology and the focal point and a wider approach using technology as the starting point for a further analysis of its impact on human rights. Both approaches have their merits. Yet, since the topic of digitalisation and justice is an ever-evolving theme, it is necessary to study what both approaches consist of and whether they stand the test of time.

For that reason, this paper first unpacks how academia and policy have defined digital justice thus far and second, how digital justice could be defined. The goal is to conclude in a comprehensive definition of digital justice.

I. THE STATUS QUO: HOW WE HAVE DEFINED DIGITAL JUSTICE

1. Restrictive approach: technology as the focal point

On 20 November 2025 the European Commission presented the so-called Digital Justice @2030 Strategy². Already in the first lines of the document

¹ KARIKKANDATHIL, S.: *How Digital Justice is Transforming the Justice System*, Microsoft, 2016: <https://news.microsoft.com/en-xm/2016/10/30/how-digital-justice-is-transforming-the-justice-system/>

² European Commission, DigitalJustice@2030, COM(2025) 802 final.

it is clear that the word justice in the title is meant to refer to the justice apparatus or the judges, courts, prosecution, law enforcement and the systems they use to do their jobs rather than to the substantive content of justice, i.e. human rights and the rule of law. The Commission's strategy sets out efforts of digitalisation and the deployment of digital technologies in the justice sector with the aim to «increase the efficiency of public services by making them digital by default, stimulating productivity»³.

Such approach to the concept of digital justice has been embraced by academia and policy documents before. It is an approach that zooms in on the more procedural and practical side of digitalisation, covering applications, infrastructure and ways in which digital technology can make existing processes in the justice apparatus more efficient or more accessible, or both. The effect on human rights is left out or at best sporadically mentioned and in the latter case that mention is limited to those rights that are immediately affected such as access to justice, the right to data protection and privacy and non-discrimination.

I will refer to this more restrictive and narrow approach as the formal or institutional part of digital justice due to the focus on the technology itself and how the institution applies it. As virtuous and necessary as this narrow view is, it leaves out the depth and width of the impact of digital technologies on human rights and the rule of law. The European Commission's strategy only refers to the effect of digitalisation on human rights briefly as it is clearly not its main focus. Obviously, the reason for such limited view on the part of the European Commission is also related to the nature of the document and the division in policy areas within the EU institutions. Nevertheless, when including other policy documents –such as from the Council of Europe– as well as academic articles, we see similar views surface. They mostly zoom in on using digital technology in several processes related to the justice system –recognizing the undeniable effect of the covid-19 pandemic– and acknowledge the effects on access to justice.

The above-mentioned Digital Justice @2030 Strategy had predecessors in the shape of the 2030 Digital Compass⁴ setting out a vision for digitalisation in different policy areas, but also a Eurojust initiative called the Digital Criminal Justice Programme. Considering the tasks of Eurojust in facilitating cross-border cooperation in criminal matters, the Digital Criminal Justice Pro-

³ *Ibid.*, p. 1 and COM(2021)118 final - 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade, p. 10.

⁴ European Commission, 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade, COM(2021) 118 final, 9.3.2021.

gramme⁵ is focused on making several of these processes digital such as the exchange of information from the Counter-Terrorism Register and Eurojust's own Case Management System. Logically the implementation of such innovative mechanisms required appropriate amendments to the Eurojust Regulation followed by the establishment of secure IT infrastructure⁶. It is not surprising that the mentioned documents, even though the focus is largely on the technology itself, often make a reference to the right to access to justice. The Council of the EU set the tone for this with its 2020 conclusions on «access to justice – seizing the opportunities of digitalisation»⁷. As one of the key aspects of the rule of law and the prerequisite for exercising other human rights, it is also access to justice that is impacted first and foremost by the introduction of digital tools. Online information sources, cross-border exchange of data over a secured IT system or videoconferencing in trials allowing for the testimony of a witness or victim abroad, allow for a better access to the justice system.

Similarly, in their 2016 Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice⁸, the Council of Europe's Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) does not analyse in depth the effect of digital tools on human rights and the rule of law. Nevertheless, the elaborate overview starts with access to justice and further also touches upon several aspects of the fair trial rights. In that sense –also considering the fact that 2016 was a relatively early point in time to introduce such guidelines– technology may have been a focal point, it was recognized as opening the door for more people to find their way to justice. In 2021, the CEPEJ followed up with an Action Plan that clearly has an underlining goal of improving fair trial rights but stops at the level of general orientations rather than a thorough study of what digitalisation means for human rights⁹.

In 2020, Scott Fraley published a critical opinion on digital justice and defines it as «the use of digital technologies to implement the practice of law and the work of the police, lawyers, and the courts»¹⁰. There is no doubt that his rather negative account of digital justice –even leaning into the argument that it may be a threat to the rule of law– is firmly placed in the more restricti-

⁵ European Commission, Digitalisation of justice in the European Union, COM(2020) 710 final, 2.12.2020.

⁶ Regulation (EU) 2023/2131 amending Regulation (EU) 2018/1727 of the European Parliament and of the Council and Council Decision 2005/671/JHA, as regards digital information exchange in terrorism cases, O. J. L 2131, 11.10.2023.

⁷ Council Conclusions Access to justice – seizing the opportunities of digitalisation, C 342 I, 14.10.2020.

⁸ CEPEJ, Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice, CEPEJ (2016)13.

⁹ CEPEJ, 2022-2025 Action Plan Digitalisation for a Better Justice, CEPEJ (2021)12Final.

¹⁰ FRALEY, S.: «Digital Justice: Shining Future or Illusory Chimera?», Polemos 2020, p. 47.

ve approach. Even if we would make abstraction of his strong criticism on the use of digital technology in the justice system, he only briefly touches upon human rights like the right to a fair trial or cross examination. He does not mention any human rights that may be offered more protection by digital justice. Jane Donoghue wrote in 2017 how public participation and access to justice can be enhanced by means of courtroom technology¹¹. The paper is clearly concentrated on the infrastructural or institutional part of digital justice, covering videoconferencing for defendants and witnesses and other digital services such as making information accessible to the public. She makes a clear case for how digital justice can bring access to justice forward but also recognizes that policy frameworks need to be working in correspondence to ensure appropriate access to legal aid. Donoghue therefore builds the bridge to a wider view on digital justice –broader than merely introducing IT tools– but does not unpack what that should look like.

2. Wider approach: technology as the starting point

Where the European Commission in its aforementioned Digital Justice @2030 Strategy limited digital justice to the applications of digital technology by the justice sector, the 2025 report from the EU's Fundamental Rights Agency (FRA): Digitalising Justice – A Fundamental Rights Based Approach takes a much wider perspective¹². The report walks us through an in-depth fundamental rights analysis of 31 digital tools and systems applied in Austria, Estonia, France, Italy, Latvia, Poland and Portugal. The analysis includes elaborate use cases and is based on a combination of desk research and interviews with 208 professionals working in the justice field¹³. In this way, the technologies are not the focal point but the starting point of an examination into their effects on fundamental rights such as the right to privacy and data protection, the right to non-discrimination, defence rights, the right to a fair trial and the right to an effective remedy.

I will refer to this wider approach as the substantial or contextual part of digital justice as it leans on the content of justice, meaning human rights and the rule of law, and it considers the socio-technical context as well by looking

¹¹ DONOGHUE, J.: «The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice», *Modern Law Review*, 2017, pp. 996-1025.

¹² EU Agency for Fundamental Rights, Digitalising Justice – A Fundamental Rights-based Approach, Report, November 2025.

¹³ *Ibid.*, p. 3.

at the impact of digital technologies on citizens and their rights. The FRA report is quite unique in taking this contextual point of view on how digital technologies affect human rights and how this concerns more human rights than are commonly included in academic literature and policy documents.

In academia, Corien Prins¹⁴ and Natali Helberger¹⁵ expand their view on digital justice to also include the effect of technology on human rights and the rule of law. Where Prins' key argument is that «the conditions for the functioning of the constitutional state contain an inherent obligation for all state powers to make use of digitisation»¹⁶, she recognizes the negative as well as the positive effect that the use of digital technology could have in courts. Highlighting a number of beneficial uses of technology, such as more efficient case law management and thus shortening the duration of cases or data analysis into similarities between cases, she advocates for a responsible and balanced introduction of technology. Even if Helberger's article carries the title «The rise of technology courts, or: How technology companies re-invent adjudication for a digital world», it is not solely focused on the formal and institutional part of digital justice. On the contrary, the article first zooms in on the different values that are introduced into the courtroom with the advent of digital technology developed and delivered by companies. Those company values, such as efficiency and scalability, become bridges for moving the lens to human rights when Helberger expands the meaning of digital justice to include the court-like power and the set-up of oversight boards with platform providers like Meta, openly questioning how they interpret human rights and adjudicate, but also openly questioning whether our traditional views of the justice system are still equipped for protecting human rights in today's digital world?¹⁷

Using digital technology as a focal –and only– point as opposed to a starting point to discuss digital justice, changes the direction of the debate. The first will stop at studying the use of digital technology, the second will expand into a range of human rights that are potentially impacted by that use. In this paper I advocate for joining both views on digital justice. This means that digital justice should be described as a goal that can be reached by studying digital technology applications, processes and infrastructure within the (civil and criminal) justice system as well as their impact on human rights and the rule of law. The rationale behind this broader definition of digital justice is the

¹⁴ PRINS, C.: «Digital Justice», *Computer Law and Security Review*, 2018, pp. 920-923.

¹⁵ HELBERGER, N.: «The rise of technology courts, or: How technology companies re-invent adjudication for a digital world», *Computer Law and Security Review*, 2025, p. 106118.

¹⁶ PRINS, C.: «Digital Justice», p. 922.

¹⁷ HELBERGER, N.: «The rise of technology courts», p. 9.

deep and wide impact that digital technologies can have on individuals' lives. By only studying the processes and infrastructure used in and by the justice system, we miss a substantial opportunity to protect human rights and the rule of law as it is only by assessing the potential impact of a technology *before* using it that harm to human rights and the rule of law can be prevented. Waiting until harm manifests, makes it often technically difficult to go back and fix the technology in question. In addition, the financial cost of repairing the technology can go hand in hand with a human cost¹⁸. Ideally, this attention to human rights and the rule of law is moved to the earliest point in time, i.e. before the design and development of a technology, also known as «by-design thinking»¹⁹. The latter requires close cooperation with the developers, different perspectives on the matter and follow-up throughout the process of developing and deploying technology. This means that at the start of this process a thorough assessment should be made of the potential impact of digital technology on humans, on society and on the justice system.

II. A NORMATIVE ANALYSIS ON HOW DIGITAL JUSTICE SHOULD BE DEFINED

Which human rights should we take into account when embracing the wider definition of digital justice? In the existing literature and policy documents we often see the same rights surfacing in combination with digital technology, the so-called usual suspects of human rights. These will be the subject of subsection 1. In subsection 2 I will widen the view and touch upon those human rights that are not always front and centre but should be included to achieve a full picture.

1. The usual suspects of human rights

The human rights that are typically included in academic articles and policy documents covering digital technologies and civil or criminal justice are those that we perceive as immediately affected by such technologies, even though several other human rights can be touched in a more indirect or even insidious way.

¹⁸ See for example the Dutch Child Benefits scandal explained in section I.3. See also Amnesty International, *Xenophobic Machines: Discrimination Through Unregulated Use of Algorithms in the Dutch Childcare Benefits Scandal*, AI Index EUR 35/4686/2021, Report 2021.

¹⁹ DE BUSSE, E.: «Human Rights in Technology -- A Need for a New Norm», *Case W. Res. J. Int'l L.* 2025, pp. 133-134.

First, above I distinguished a restrictive approach to digital justice from a wider approach and in spite of the restriction of the formal or institutional definition of the concept, one part of the rule of law that was not overlooked was access to justice. This can be explained by the immediate effect of good-working digital infrastructure on how citizens find their way to the administration of justice, for example by finding information on laws and case law, by physically or virtually accessing their files or a courtroom, etc. Access to justice is a fundamental part of the rule of law as without it, exercising any other human rights becomes nearly impossible²⁰.

Second, the right to privacy and data protection are quickly mentioned whenever digital technologies and their impact are explained. We can distinguish two main reasons for this observation. On the one hand, data –whether personal data or non-personal data– are mostly collected, processed and stored by using digital technologies. This does not mean that non-digital ways of collecting, processing and storing data –for example a paper catalogue or file containing evidence– do not touch upon these rights. It means that digital technologies make it easier, more efficient and more cost-effective to do that. Even when the identification of an individual –the prerequisite to speak of personal data– is not possible, the use of digital technologies such as facial recognition or listening devices can still infringe the right to privacy when individuals are filmed or recorded in a private setting. On the other hand, databases of digital data can be combined²¹ leading to a number of data points on one individual such as a risk profile on whether someone is likely to commit a criminal act in the future. By combining a certain amount of non-personal data from such databases, it is also possible to conclude on the identification of an individual, making the combination effectively personal data and activating the right to data protection. The latter is a relevant method for police and prosecution authorities to find and identify a suspect²².

Due to the increase in the use of AI driven technologies and research revealing that a non-representative set of training data can lead to a discriminatory outcome²³, the right to non-discrimination and the related equality principle can also be considered among the usual suspects of human rights affected

²⁰ World Justice Project (n.d.), What is the rule of law? <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>

²¹ See for an overview of interoperability in criminal matters: European Commission, Report on the evaluation of the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-LISA), COM(2026) 32 final, 26.1.2026.

²² Regulation 2019/818 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration, O. J. L 135, 22.5.2019.

²³ See inter alia BUOLAMWINI, J./GEBRU, T.: Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. Proceedings of Machine Learning Research 81, 2018, pp. 1-15 and Autoriteit Persoonsgegevens, Belastingdienst/Toeslagen De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag (z2018-22445), Report 2020.

by digital technologies. In the field of border control and surveillance, where facial recognition technologies are often used, the adverse effects and biases around ethnicity and race are particularly alarming²⁴. However, discriminatory outcomes can also be the result of skewed data collection or even algorithms that were structured in a way that they do not measure what they were intended to measure. The latter can happen when poorly selected quantifiable factors are used or numerical proxies are used for relevant but not-quantifiable factors²⁵.

A more foundational aspect of digital technologies and their discriminatory effect is their use, excluding those individuals or groups of individuals who are unable –for any reason imaginable– to work with them. Forcing citizens to use particular apps or websites without offering help or an analogue alternative, leaves out those who live in areas where the necessary digital infrastructure is lacking and those who have the infrastructure but not the means or the intellectual capabilities to use digital solutions. This techno-solutionism²⁶ or techno-fixes²⁷ as a way to solve or mitigate societal problems by using technology, was criticized from several angles²⁸. Even though inequality and discrimination are mentioned among the issues to solve, the argument that over-indexing on technological solutions could in itself create more inequality and discrimination could receive more attention, especially in practice.

2. The unusual suspects of human rights

Besides the aforementioned human rights that are typically referred to when the impact of digital technology is studied, three other rights tend to be overlooked because how they are affected is less direct and less visible: the right to asylum and migration, the right to a fair trial and freedom of peaceful

²⁴ See inter alia ACHIUME, E. T.: *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance: Racial and Xenophobic discrimination and the use of digital technologies in border and immigration enforcement*, A/HRC/48/76, 2021, p. 5.

²⁵ OBERMEYER, Z./POWERS, C./VOGELI, C./MULLAINATHAN, S.: «Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations», *Science*, 2019, pp. 447-453.

²⁶ MOROZOV, E.: «To save everything, click here: The folly of technological solutionism», Public Affairs, 2013 and SÆTRA H. S./SELINGER, E.: «Technological Remedies for Social Problems: Defining and Demarcating Techno-Fixes and Techno-Solutionism», *Sci Eng Ethics* 30, 2024, p. 60.

²⁷ WEINBERG, A.: «Can technology replace social engineering?», *Bulletin of the Atomic Scientists*, 22(10) 1966, pp. 4–8.

²⁸ For an overview, see SÆTRA, H. S./SELINGER, E.: «Technological Remedies for Social Problems», p. 60; ALLEN, H. J.: *Fintech and Techno-Solutionism*, 98 *Southern California Law Review*, 2025, p. 761 and PERKINS, H.: «Beyond techno-solutionism: Towards critical perspectives in environmental education and digital technology. A critical-hermeneutic review», *International Journal of Child-Computer Interaction*, 2024, p. 100705.

assembly and association. I zoom in on these three rights due to their link to criminal justice.

Closely related to the use of digital technologies for the purpose of border control and surveillance, is their effect on asylum and migration. A concept called «digital borders» coined by Dennis Broeders, explains this well as it also taps into the power of combining the content of databases, often containing biometric data, with each other²⁹. The practice of interoperability of databases and their use for the purpose of proactive risk profiling –not just in the context of asylum and migration but for traveling in general– will effectively grow in the near future with the operationalization of new systems such as the European Travel Information and Authorization System (ETIAS) and the Entry and Exit System (EES).³⁰ By the end of 2026, both should be fully operational.

Yet the concept of digital borders could also describe a similar situation but at an earlier moment in time. Where Broeders refers mostly to the gathering and combining of data on irregular migrants who have already entered an EU member state, UN Special Rapporteur E. T. Achume is effectively widening the scope of the question of digitalisation in the context of migration to the gathering of data before and at the point of entry into a country³¹. She offers examples from countries where data carriers of undocumented asylum seekers are confiscated at the border or drones are used to surveille border areas and seas. Data are used for the purpose of identification, risk profiling or border control management. The link with criminal justice lies in how the aforementioned practices –often using military-grade technologies and equipment– show a growing trend towards a criminalisation of migration³².

The right to a fair trial as laid down in article 6 of the European Convention on Human Rights (further: ECHR) and articles 47 to 50 of the Charter of

²⁹ BROEDERS, B.: «The New Digital Borders of Europe: EU Databases and the Surveillance of Irregular Migrants», *International Sociology*, 22 /1, pp. 71-92.

³⁰ See Meijers Committee, Comments on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council and establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS), COM(2016) 731 final, Opinion CM1708, 2017; Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011 (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226, O. J. L 236, 19.9.2018, p. 1 and Regulation, (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011, O. J. L 327, 9.12.2017, p. 20.

³¹ ACHUME, E. T., 2021, pp. 4-5.

³² *Ibid.*, pp. 6 and 11.

Fundamental Rights and Freedoms (further: the Charter), is known to have a civil and a criminal limb. Whereas the ECHR joins both in one article, article 47 of the Charter covers the fair trial rights in civil cases and articles 48 to 50 cover criminal trials. Referring back to the earlier mentioned practice of risk profiling and the algorithmic prediction that someone is likely to commit a crime, the presumption of innocence is at stake³³. When individuals' lives and those of the people around them, expressed in data points, are analysed in order to score the probability of them committing a criminal act, the subsequent treatment of these individuals can have a significantly adverse impact on their lives and that of their families. The use of algorithmic scoring combined with human selection by the Dutch tax authorities in an attempt to fight fraud with childcare benefits³⁴, resulted in a financial cost that is estimated at fourteen billion euros³⁵ and an immeasurable human cost that includes forced evictions, mental health problems, divorces, etc.³⁶

Besides the presumption of innocence, digital technology affects more rights included in the package of fair trial rights, such as the right to information and translation. The impact on these rights looks more like a facilitation by digital means than a genuine negative effect. Nevertheless, the negative effect may be indirect, it is not absent. The right to information refers to the right to know which criminal charge is made against you and to receive such information in a language you understand. Considering existing technological applications, especially the most recent AI and GenAI applications that allow for direct translation, it is not unthinkable to introduce such technologies in the courtroom for translation purposes. Several countries have already taken steps in that direction³⁷. Additional incentives can be the increasing workload of many court systems and strained budgets which could tip the scales in favour

³³ VAN BRAKEL, R./DE HERT, P.: «Policing, Surveillance and Law in a Pre-Crime Society: Understanding the Consequences of Technology Based Strategies», in De Pauw, E./Ponsaers, P./van der Vijver, K./Bruggeman, W./Deelman, P. (eds): *Technology-led Policing, Journal of Police Studies*, 2011-3, p. 179. See also ZEDNER, L./ASHWORTH, A.: «The Rise and Restraint of the Preventive State», *Ann. Rev. Crim.* 2019, p. 443 and FERZAN, K.: «Preventive justice and the presumption of innocence», *Crim. Law Philos.*, 2012, pp. 505-525.

³⁴ Autoriteit Persoonsgegevens, Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag, Report, 2020, pp. 26–29.

³⁵ DE ROOY, M./JONKER, J.: Herstel toeslagenaffaire dreigt ongekende strop te worden: nog 5 miljard extra, NOS, 13.05.2024: <https://nos.nl/artikel/2520340-herstel-toeslagenaffaire-dreigt-ongekende-strop-te-worden-nog-5-miljard-extra>

³⁶ Amnesty International, Xenophobic Machines: Discrimination Through Unregulated Use of Algorithms in the Dutch Childcare Benefits Scandal, AI Index EUR 35/4686/2021, Report 2021, p. 13.

³⁷ For an overview, see PANEZI, A./O'SHEA, J.: «Artificially Translating the Law: Risks of Decentering the Human Expert», 1.10.2025. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5816664>

of using automated translation over human translation³⁸. Simultaneously, companies advertise AI tools the legal profession can outsource some of their work to³⁹. The unseen costs of these practices are considerable. First, the reliability of automated translations is doubtful due to the lack of context and nuance which can make a substantial difference in criminal investigations and prosecutions. Moreover, spoken dialects and accents can make it difficult for automated translations to work properly. From a broader perspective, any questions around the reliability of translations can cause a discouraging effect on citizens seeking justice. This means that indirectly, access to justice can also be negatively impacted by automated translations⁴⁰. Second, uploading legal briefs into an AI translation tool raises important questions around data protection, confidentiality and even copyright⁴¹. Third, just like AI and GenAI applications in general, translation tools can contain –gender, racial, etc.– bias and risk perpetuating such bias in the translated texts they produce⁴².

Lastly, the fair trial rights also include the right to defence. Besides the earlier mentioned questions around the impact of digital technology, the use of GenAI for fabricating legal arguments and legal precedents should be included here. Worldwide, over 700 cases are known in which a decision was made by a court or a judge after a party was found to rely on content or citations hallucinated by a GenAI tool⁴³. 27 cases are known in which legal arguments were fabricated by GenAI⁴⁴. The majority of the cases where citations were fake originate from predominantly common law systems such as the US, UK, Australia and Canada. Using fake citations in jurisdictions that are based on the power of legal precedent signifies a larger –legal and societal– problem. Every fake citation that was not detected and sanctioned will live on in the legal archive, potentially becoming a precedent itself. This undermining of legal precedents is an academically underdeveloped concern, yet its consequences could be vast.

³⁸ WRIGHT, S.: «Artificial Intelligence and the Language of Law», *International Journal of Language and Law*, 14, 2025, p. 124.

³⁹ For example: Thomson Reuters, How to write a legal brief – better and faster with AI, 2025: <https://legal.thomsonreuters.com/blog/how-to-write-a-legal-brief-better-and-faster-with-ai/>

⁴⁰ PANEZI, A./O'SHEA, J.: «Artificially Translating the Law», pp. 22-25 and WRIGHT, S.: «Artificial Intelligence and the Language of Law», pp. 133-134.

⁴¹ PANEZI, A./O'SHEA, J.: «Artificially Translating the Law», pp. 19-21.

⁴² *Ibid.* and SAVOLDI, B./GAIDO, M./BENTIVOGLI, B./NEGRI, M./TURCHI, M.: «Gender Bias in Machine Translation», *Transactions of the Association for Computational Linguistics* 2021, pp. 845–874.

⁴³ Database AI Hallucinations Cases created by CHARLOTIN, D.: www.damiencharlotin.com/hallucinations/ (accessed 02.01.2026)

⁴⁴ Database AI Evidence Cases created by CHARLOTIN, D.: www.damiencharlotin.com/ai-evidence/ (accessed 02.01.2026)

Freedom of peaceful assembly and freedom of association are not frequently mentioned when discussing digital technologies. This changed significantly with the increased use of facial recognition technology, especially when combined with other means of data collection such as social media monitoring. In 2024 the UN special rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Clément Voule, published the Model Protocol for Law Enforcement Officials to Promote and Protect Human Rights in the Context of Peaceful Protests.⁴⁵ Even if the protocol aims to facilitate peaceful protests in general, it contains a substantial part laying down principles and best practices around the use of digital technologies. Especially in countries where forms of dissent and protest are met with harsh consequences, the use of digital technologies intensifies the possibilities for authorities to identify, intimidate and potentially prosecute individuals. The use of surveillance tools in combination with AI and its effects on assembly and association rights, including the chilling effects of it, will be the subject of a future report by the current UN special rapporteur Gina Romero.

III. WIDENING THE APERTURE

Studying the use of digital technologies in the justice system from the perspective of technology as the focal point – and therefore, the only point – misses a substantial part of the picture, namely its effect on human rights. It is a different way of thinking to use technology as the starting point in order to study their effect on human rights and the rule of law. Widening the aperture and also moving our lens onto the consequences of the use of digital technology in the justice system, both positive and negative consequences, invites a different approach. An approach that allows for introducing and applying digital technology in a way that supports human rights and the rule of law, facilitates their exercise and protects them.

The use of digital technologies can lead to injustice. This realization is missed when we solely focus on the technology as such and not on what it causes. Especially in the justice system, where human rights and the rule of law should be safeguarded, it is essential that our concentration and our efforts are not consumed by a purely utilitarian view on technology since this could

⁴⁵ VOULE, C. N.: *Model Protocol for Law Enforcement Officials to Promote and Protect Human Rights in the Context of Peaceful Protests, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association*, A/HRC/55/60, 31.01.2024.

cause harm. That harm could be caused to other human rights than those we typically have on our minds when discussing digital justice. The right to a fair trial, the right to asylum and migration and the freedom of peaceful assembly and association should enter the discussions on digital justice.

187. LA EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA INSTRUMENTALIDAD: ENTRE LA EFICACIA PUNITIVA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS¹

ENEKO ETXEBERRIA BEREZIARTUA²
Profesor Agregado de Derecho Procesal, EHU/UPV

Este trabajo se dedica con afecto al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, cuya jubilación marca el final de una extraordinaria trayectoria académica. Entre sus líneas de investigación, debemos remarcar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la que siempre ha aportado análisis y soluciones con su indiscutible rigor científico. Eskerrik asko, José Luis, erakutsi diguzun guztiarengatik.

*«Nere errira juaten banaiz, Naiz andiak,
Naiz txikiak, Jauna esango didate».*

[Xabier Munibe]

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas representó una novedad impulsada por la presión internacional y fue un paso

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación PID2024-156089NB-100, financiado por MICIN/AEI/10.13039/501100011033, del Ministerio de Ciencia e Innovación, y en el Grupo Consolidado del Gobierno Vasco IT 1593-22.

² Orcid: 0000-0001-6829-8171.

más en la tendencia hacia la armonización global del derecho, en general, y del Derecho Penal, en particular. En este contexto, el legislador español se vio obligado a romper con la tradición que negaba la posibilidad de que las sociedades cometieran delitos, aprobando un sistema en el que estas pudieran ser penalmente responsables por determinadas infracciones.

Este nuevo régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas tenía como objetivo garantizar una persecución más eficaz de los delitos cometidos en el ámbito empresarial. Tras superar los problemas iniciales y después de una reforma sustancial en 2015, los tribunales afinaron el esquema legislativo y, bajo la interpretación del Tribunal Supremo, se establecieron requisitos específicos para permitir la condena de una persona jurídica. Uno de los requisitos clave es que la acusación debe demostrar la culpabilidad de la entidad, lo cual implica acreditar la omisión de su deber de control sobre su personal que integra su organización, permitiendo así la comisión de un delito a través de la empresa, del que la sociedad obtiene un beneficio, ya sea directo o indirecto.

La interpretación jurisprudencial de esta responsabilidad penal ha generado un sistema riguroso que dificulta el trabajo de la acusación en los procesos penales. En la práctica, las empresas que implementen programas de compliance eficaces, de acuerdo con los requisitos del art. 31.5 bis CP, quedan protegidas de responsabilidad penal, al entenderse que el delito se cometió mediante una elusión fraudulenta de dichos protocolos.

Esta posibilidad configura un régimen garantista para las personas jurídicas que, en la práctica, permite eludir la responsabilidad penal, incentivando así la inversión en mecanismos preventivos dentro del sector económico-empresarial. Sin embargo, esta interpretación ha planteado importantes dificultades en los supuestos más complejos, especialmente en aquellos tramitados ante la Audiencia Nacional, órgano que tradicionalmente ha mantenido una postura severa en la persecución de la criminalidad organizada.

Para solventar este problema, el Tribunal Supremo abrió una puerta paralela para seguir combatiendo de forma contundente a la criminalidad organizada, creando un atajo procesal que no se encontraba previsto legalmente. Esta doctrina es conocida como la instrumentalidad y se formuló inicialmente en el ámbito de la Audiencia Nacional, pero con el tiempo se ha extendido a otros ámbitos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, generando preocupación en la doctrina.

En definitiva, nos encontramos ante un marco jurídico distinto de las previsiones y garantías legales habituales, con una fuerte base jurisprudencial que genera incertidumbre debido a la falta de regulación expresa y cuya aplicación es contundente. En las próximas líneas, exploraremos este régimen especial y

desgranaremos sus características para obtener una visión completa de sus fundamentos.

II. LA DOCTRINA DE LA INSTRUMENTALIDAD COMO UN ATAJO PROCESAL PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Antes de adentrarnos en la doctrina judicial que estamos analizando, resulta imprescindible recordar que el pilar sobre el que se erige el sistema vigente desde la reforma de 2015 se basa en la necesidad de acreditar la culpabilidad específica de la persona jurídica, demostrando la omisión de su deber de control y la ausencia de protocolos preventivos adecuados³. Esta exigencia, concebida para garantizar un régimen garantista, pronto reveló su complejidad en la persecución de estructuras criminales altamente organizadas, dedicadas al narcotráfico o al terrorismo, que operaban bajo el amparo formal de entidades jurídicas.

La Audiencia Nacional, históricamente encargada de luchar contra la delincuencia organizada y el terrorismo, se vio especialmente afectada por este nuevo marco garantista⁴. En muchos casos, las organizaciones criminales utilizaban sociedades instrumentales creadas expresamente para facilitar sus actividades ilícitas, sin estructura empresarial real ni finalidad lícita alguna. Aplicar a estas entidades el régimen general de responsabilidad penal suponía

³ Recientemente, en la STS 289/2021, de 8 de abril, se ha matizado este deber procesal de la acusación, bajo este argumento: «Se trata de un elemento negativo, lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe *ad hoc*, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto. No podrá quejarse por haberse burlado su derecho a ser informado de la acusación en tanto en los escritos de acusación se omitía cualquier mención a su imputabilidad. Esta forma de razonar no supone invertir la carga de la prueba: las dudas sobre la imputabilidad habrán de ser resueltas también con arreglo al principio *in dubio*. Es un problema, más bien, de máximas de experiencia y contexto procesal. No es en absoluto descabellado –sí lo sería la actitud contraria– estimar probado que una persona es imputable cuando nadie ha insinuado otra cosa, ni siquiera el interesado en ello, y no existe el más mínimo indicio de padecimiento alguno».

⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares: el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8368, 2014, pp. 3-5.

entrar en debates técnicos sobre protocolos de compliance en organizaciones que carecían de cualquier vocación de cumplimiento normativo.

En este contexto, la jurisprudencia desarrolló una solución pragmática⁵ que posibilitaba aplicar un régimen distinto a las personas jurídicas en el marco del proceso penal. Esta construcción permitía identificar aquellas personas jurídicas que no eran más que un instrumento o pantalla para la comisión de delitos, excluyéndolas del régimen de responsabilidad penal propio y autónomo⁶. De esta forma, se evitaba entrar en la complejidad probatoria del sistema de compliance, pudiendo erradicar directamente a la entidad de la esfera jurídica.

En lo que respecta a las bases sustanciales, esta doctrina jurisprudencial se basa en una interpretación que se apoya en el fraude de ley y el abuso de la personalidad⁷, regulados genéricamente en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil⁸.

Para complementar estos fundamentos teóricos, se hace referencia a la letra b) de la circunstancia 2.^a del art. 66 bis CP, perteneciente a las normas específicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Curiosamente, aunque se trata de un criterio para la graduación de las penas a imponer a las entidades, esta disposición permite ampliar el plazo temporal de las penas previstas para la persona jurídica. La norma establece literalmente que cuando

⁵ Los argumentos que avalan esta doctrina provienen de la Fiscalía General del Estado que, desde su primera circular sobre la materia, la Circular 1/2011, sostenía que existían entidades sin responsabilidad penal, circunscribiéndolo a «los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación». En esta línea, la segunda Circular 1/2016 vuelve a hacer suya esta propuesta, remarcando que: «junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos». En este sentido, se reitera que «el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...)». Para la Fiscalía, desde la perspectiva del procedimiento penal, no tiene ningún sentido dirigirse contra la persona jurídica, que simplemente debe eliminarse del mundo jurídico a través del «decomiso o las medidas cautelares reales». En su lugar, la acción penal se debe centrar exclusivamente en «los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta».

⁶ No está de más recordar que el debate se articuló predominantemente en torno a delitos de máxima gravedad con incidencia directa en la seguridad del Estado, como reacción a la recepción –impulsada por presiones internacionales y acompañada de una intensa polémica doctrinal– de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En ese contexto, la cuestión se concibió en términos excepcionales y halló un punto de inflexión en el Auto de 19 de mayo de 2014 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó, con matizaciones, el criterio de los Juzgados Centrales de Instrucción.

⁷ BOLDÓ RODA, C.: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 268 y ss.

⁸ Incluso podría traerse a colación el art. 1911 del Código Civil, en cuanto consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, y, en paralelo, el art. 9.3 de la Constitución, en particular, el principio de legalidad. MONTERO DOMÍNGUEZ, A.: «La responsabilidad tributaria y la doctrina del levantamiento del velo», *Tribuna Fiscal*, núm. 198, CISS, 2007, pp.4-19.

la entidad «se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Es decir, en principio, esta disposición no está directamente relacionada con la exclusión de una sociedad del régimen de responsabilidad penal por su naturaleza simulada.

Esta doctrina representaba, en esencia, un atajo procesal que permitía mantener la eficacia represiva frente a la criminalidad organizada sin verse atrapado en las complejidades del nuevo sistema garantista. Se trataba de recuperar, para estos casos específicos, la lógica del antiguo sistema vicarial donde bastaba con constatar la utilización de la entidad para la comisión del delito para poder sancionarla contundentemente, sin necesidad de adentrarse en el análisis de la organización interna de la empresa.

III. EL TRIBUNAL SUPREMO PROCLAMA LA DOCTRINA DE LA INSTRUMENTALIDAD EN LA HISTÓRICA SENTENCIA NÚM. 154/2016

Llegados a este punto, resulta inevitable detener la mirada en la sentencia que transformó el rumbo de la interpretación judicial y abrió una senda inédita en nuestro sistema. La STS núm. 154/2016, de 29 de febrero, no solo constituye un auténtico punto de inflexión en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que introduce por primera vez la doctrina de la instrumentalidad, al plantear un debate crucial sobre la naturaleza de ciertas entidades y su papel en la estructura delictiva. En lo que a nosotros interesa, la cuestión central era determinar si debían asumir responsabilidad penal como personas jurídicas o si, por el contrario, su función como meros instrumentos al servicio de la organización criminal las excluía de dicho ámbito.

La sentencia distingue, por tanto, entre las personas jurídicas legales (aquellas con estructura real y vocación de cumplimiento normativo), las sociedades fronterizas (que operan en zonas grises), y las sociedades instrumentales o fraudulentas (creadas específicamente para delinquir). Solo las primeras merecerían la aplicación del régimen de responsabilidad penal, mientras que las últimas debían simplemente ser erradicadas del ordenamiento jurídico⁹.

⁹ Con respecto al tratamiento de estas personas jurídicas, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 154/2016, sostiene que, dada la evidencia de su carácter instrumental, «quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante «consecuencia accesoria» a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos

Esta doctrina, aunque formulada en el contexto específico de la delincuencia organizada, estableció las bases conceptuales para un nuevo tratamiento procesal de las personas jurídicas instrumentales. A pesar de anunciar sus propias dificultades, siendo la más importante que la clasificación, aunque proporciona un marco conceptual útil, plantea importantes desafíos en su aplicación práctica, especialmente en la delimitación entre las sociedades fronterizas y las instrumentales, donde los criterios de distinción no siempre resultan nítidos.

Sin embargo, el impacto de esta sentencia trascendería ampliamente su ámbito inicial de aplicación, expandiéndose posteriormente a otros delitos y generando un intenso debate doctrinal sobre sus fundamentos y consecuencias.

IV. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DOCTRINA DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES

La declaración de una persona jurídica como instrumental genera consecuencias jurídicas de gran trascendencia tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo. El principal efecto es la exclusión de la entidad del régimen de responsabilidad penal propio y autónomo previsto en los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal. Esta exclusión implica que no será necesario acreditar la culpabilidad específica de la persona jurídica, ni entrar a analizar la existencia o adecuación de sus protocolos de compliance.

En el plano procesal, la doctrina de la instrumentalidad permite una simplificación notable del procedimiento. La entidad instrumental puede ser apartada rápidamente del proceso principal, evitando dilaciones relacionadas con la prueba de su culpabilidad autónoma. Esto permite concentrar el esfuerzo procesal en la persecución de las personas físicas responsables, consideradas los verdaderos autores del delito.

No obstante, la exclusión del régimen de responsabilidad penal propio no significa que la persona jurídica instrumental quede exenta de toda consecuencia. Sobre ella se aplica la medida más contundente que supone la disolución

de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento». Este planteamiento, además de ratificar la distinción entre personas jurídicas imputables y no imputables, parece orientar la acción penal hacia las previsiones del régimen de medidas accesorias del art. 129 CP o, incluso, abrir la vía para extinguir simplemente la personalidad jurídica anulando su inscripción en el registro correspondiente. En este sentido, aunque la entidad es excluida del ámbito de la responsabilidad penal, se le imponen graves consecuencias societarias en el marco del procedimiento penal.

de la entidad. Además, la declaración de instrumentalidad facilita la aplicación de otros instrumentos jurídicos como el decomiso ampliado o las medidas cautelares sobre los bienes y activos de la entidad, al quedar claro su carácter instrumental respecto de la actividad delictiva.

En definitiva, la doctrina de la instrumentalidad reconfigura el tratamiento jurídico-penal de determinadas personas jurídicas, sustituyendo el complejo sistema de responsabilidad autónoma por un régimen más expeditivo que supone volver a la teoría del levantamiento del velo jurídico.

Esta teoría, basada en la prohibición general del fraude de ley y del abuso de derecho, consagrada en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, fue construida por la jurisprudencia con la finalidad de frenar el uso abusivo de la personalidad jurídica y responsabilizar a la persona real que se oculta tras el manto societario. En este sentido, es una doctrina de origen¹⁰ civil-mercantil cuyo objetivo principal es evitar que la personalidad jurídica sirva como un escudo para personas físicas que buscan eludir sus responsabilidades. Esto ocurre porque las formas usuales de la personalidad jurídica permiten evitar la regulación clave del art. 1911 del Código Civil, que establece una responsabilidad patrimonial universal y extendida para todo deudor físico¹¹. Ante la intención de cometer un fraude, como señala Rescigno, no es válido oponer la personalidad jurídica «cuando a la persona jurídica se le haya de aplicar una norma referente a cualidades, situaciones o planteamientos típicamente humanos; y cuando el instrumento de la persona jurídica sirva de medio para violar deberes impuestos por la ley o por un contrato»¹².

La doctrina del levantamiento del velo jurídico¹³ fue establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1196/1984, de 28 de mayo, sobre la base del siguiente argumento: «desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (artículos 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código

¹⁰ Su origen se remonta al derecho anglosajón y al conocido caso como Salomón. HURTADO COBLES, J.: *La doctrina del levantamiento del velo societario: Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier, 2000, p. 15.

¹¹ NIÑO ESTEBANEZ, R.: «La responsabilidad de los administradores sociales en la esfera contractual y la doctrina del levantamiento del velo», *Revista consumo y empresa*, núm. 10, 2019, pp.80 y ss.

¹² La referencia se incluye en LACRUZ BERDEJO, J. L. (director): *Parte General del Derecho Civil*, vol.2.º, Barcelona, J. M. Bosch, 1990, p. 256.

¹³ El autor de referencia en la materia es el recientemente fallecido DE ANGEL YAGUEZ, R.: *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 5.ª edición, 2006.

Civil), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (artículo 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho». En definitiva, se prohíbe que la personalidad jurídica prevalezca cuando su creación tiene como objetivo cometer fraude o perjudicar los derechos de terceros.

Frente a la doctrina del levantamiento del velo societario, no cabe alegar la separación de patrimonios que otorga la personalidad jurídica, ya que se entiende que existe un uso fraudulento de esta para eludir obligaciones contractuales o extracontractuales¹⁴. En esa línea, la STS núm. 630/2010, de 14 de octubre, afirma que «la doctrina del levantamiento del velo es un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían terceros –los socios o la sociedad– en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados».

No obstante, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico se ha realizado con cautela. Debido a que un uso generalizado podría vaciar por completo el significado de las instituciones societarias basadas en la personalidad jurídica¹⁵, y no debemos olvidar que el tráfico mercantil se sustenta en el derecho societario¹⁶. Por tanto, ante la falta de regulación específi-

¹⁴ Se trata de la eterna discusión entre los principios de seguridad jurídica y de la equidad. CALVO VERGEZ, J.: *La responsabilidad tributaria subsidiaria*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 324.

¹⁵ En ese sentido, en caso contrario, una reflexión profunda nos podría llevar a anular la eficacia de ciertas clases de personas jurídicas, a modo de ejemplo, podemos citar a las sociedades unipersonales.

¹⁶ Como señala SIFUENTES DOMENACK, H., «la regla general en el Derecho de las Personas Jurídicas es la de separación de patrimonios, a la cual incluimos además, la de separación legal entre los miembros que la conforman y la persona jurídica en sí, como ente diferenciado –este último– de atribución de derechos e imputación de obligaciones», en: «Algo sobre la nueva ley de la empresa: el levantamiento del velo jurídico», *Thermis: Revista de Derecho*, núm. 38, 1998, p. 359.

ca, el Tribunal Supremo ha destacado en numerosas ocasiones¹⁷ el carácter excepcional de esta doctrina¹⁸.

V. LA EXTENSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA INSTRUMENTALIDAD

Tras la STS núm. 154/2016, la doctrina de la instrumentalidad ha experimentado una notable expansión tanto en su vigencia como en su ámbito de aplicación. La jurisprudencia posterior ha confirmado la plena vigencia de esta construcción y ha extendido su aplicación más allá del contexto inicial de la delincuencia organizada.

La STS núm. 310/2018, de 26 de junio, y la STS núm. 108/2019, de 5 de marzo, ratificaron la doctrina, confirmando que no se trataba de una construcción excepcional. Especialmente relevante resulta la STS núm. 534/2020, de 20 de octubre, que extendió expresamente la doctrina a todos los supuestos delictivos, no solo a los de criminalidad organizada¹⁹. Esta sentencia estableció que cualquier persona jurídica, con independencia del tipo de delito, puede ser calificada como instrumental si concurren las circunstancias que la caracterizan²⁰.

¹⁷ En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo núm. 326/2012, de 30 de mayo, y núm. 796/2012, de 3 de enero, proclaman el uso restrictivo de la doctrina del levantamiento del velo jurídico y, subrayan, su excepcionalidad. «Siendo la norma general la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley, conllevando dicho carácter excepcional que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad».

¹⁸ Un ejemplo de ello es la sentencia TS núm. 324/2008, de 12 de mayo, donde se señala que. «la personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como centro de imputación o sujeto de derechos y obligaciones».

¹⁹ Aunque, existían resoluciones de los tribunales menores aplicando la doctrina fuera del ámbito de la Audiencia Nacional, a modo de ejemplo podemos citar, la sentencia núm. 63/2017, de 13 de febrero, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid, la sentencia núm. 162/2019, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de León o la sentencia núm. 58/2020, de 27 de febrero, de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

²⁰ Con la particularidad de que en este supuesto se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona relativa a un delito de estafa mediante el uso de personas jurídicas, por lo que, ni los delitos ni la sentencia recurrida provienen del marco de la Audiencia Nacional. Además, curiosamente, la inimputabilidad penal es demandada por la persona jurídica condenada. En ese sentido, el razonamiento judicial avala la ausencia de sustrato real, patrimonio o actividad y constata su utilización como instrumentos del delito «en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal». Por lo que, se llega a la conclusión de que se trata de «sociedades instrumentales lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo». Lo que significa que no puede plantearse la responsabilidad penal sobre la misma.

Por su parte, la STS núm. 264/2022, de 18 de marzo, abordó la cuestión de las sociedades unipersonales, aclarando que además de la ausencia de un mínimo desarrollo organizativo para poder imputar a una persona jurídica formal, se podría aplicar la doctrina de la instrumentalidad por la imposibilidad de diferenciar la sociedad de la persona física²¹. Para el tribunal, «no es que se haya levantado el velo societario, sino que este era traslúcido y transparente; de forma que no cabía ponderar la existencia de la SLU con personalidad independiente de su socio y administrador único».

Finalmente, la STS núm. 833/2023, de 15 de noviembre, reafirmó la plena vigencia de la doctrina y su consolidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, descartando cualquier intento de limitación o matización de sus efectos. Por lo que esta evolución jurisprudencial demuestra que la doctrina de la instrumentalidad, lejos de constituir una excepción puntual, se ha convertido en un elemento estructural del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicable con carácter general a cualquier tipo delictivo.

VI. EL TRÁMITE PROCESAL DE LA DECLARACIÓN DE LA INSTRUMENTALIDAD COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LA PERSONA JURÍDICA

En este punto, resulta imprescindible reflexionar sobre el alcance del trámite procesal que acompaña a la declaración de instrumentalidad. No estamos ante una mera formalidad, sino frente a una decisión que redefine la posición jurídica de la entidad y exige la máxima observancia de las garantías que protegen su derecho de defensa²².

Este derecho exige que se le conceda la oportunidad de contradecir la calificación de instrumental antes de que esta sea declarada. En este sentido,

²¹ Se trata de una cuestión que ya introdujo la Fiscalía en la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio: «Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos –piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias–, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in ídem».

²² DE LA FUENTE HONRUBIA, F, «Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentarios a la Sentencia del caso EKIN (Sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)», *Diario La Ley*, núm. 6888, 2008, La Ley, pp. 4-5.

resulta fundamental que la decisión sobre la instrumentalidad se adopte mediante resolución judicial motivada, en la que se expongan de forma clara y precisa los elementos fácticos y jurídicos que sustentan la calificación. No basta con afirmaciones genéricas sobre la ausencia de estructura real o la creación con fines delictivos; es necesario acreditar mediante prueba específica las circunstancias que caracterizan a la entidad como instrumental²³.

El momento procesal adecuado para adoptar esta decisión ha generado debate. Aunque la jurisprudencia no ha establecido un criterio unívoco, parece razonable que la declaración de instrumentalidad se produzca en la fase de instrucción, una vez practicadas las diligencias necesarias para constatar las características de la entidad, pero permitiendo que la persona jurídica pueda ejercer su derecho a la defensa mediante la proposición de prueba y la formulación de alegaciones.

La práctica judicial ha mostrado que en ocasiones la calificación de instrumentalidad se produce de forma implícita o sin un trámite contradictorio específico, lo que plantea serias dudas desde la perspectiva del derecho a la defensa. Sin embargo, en nuestra opinión, es imprescindible que se establezca un procedimiento claro que garantice la audiencia de la persona jurídica antes de adoptar una decisión que, en la práctica, puede resultar más gravosa que la propia condena por responsabilidad penal autónoma, pues impide ejercer las defensas previstas en el sistema de *compliance*.

Además, la decisión sobre la instrumentalidad debe ser susceptible de recurso, permitiendo que la persona jurídica pueda cuestionar ante la instancia superior los fundamentos de su exclusión del régimen de responsabilidad penal propio. Solo mediante el establecimiento de estas garantías procesales puede asegurarse que la doctrina de la instrumentalidad no se convierta en un instrumento de elusión de las garantías que el legislador estableció para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES

La doctrina de la instrumentalidad representa una de las construcciones jurisprudenciales más relevantes y controvertidas en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Surgida inicialmente como respuesta

²³ Como señala el autor es difícil establecer criterios objetivos en la aplicación de esta técnica. LÓPEZ BUSTABAD, I.: «La doctrina del levantamiento del velo societario: análisis comparativo de la jurisprudencia española y anglosajona», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 295, 2015, pp. 498 y ss.

pragmática a las dificultades que el nuevo sistema garantista planteaba en la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, esta doctrina ha experimentado una expansión notable que la ha convertido en un elemento estructural del sistema, aplicable a cualquier tipo delictivo.

Desde una perspectiva de política criminal, la doctrina de la instrumentalidad puede valorarse positivamente en la medida en que evita aplicar un sistema pensado para empresas legítimas a estructuras criminales que nunca tuvieron vocación de cumplimiento normativo. Resulta razonable que las entidades creadas específicamente para delinquir no puedan beneficiarse de las garantías y mecanismos de exoneración previstos en el régimen de compliance.

Sin embargo, la doctrina no está exenta de problemas significativos. En primer lugar, su base normativa es cuestionable, pues se trata de una construcción puramente jurisprudencial que introduce una exclusión no prevista expresamente por el legislador. En segundo lugar, los criterios para determinar cuándo una entidad es instrumental no siempre resultan claros, generando incertidumbre jurídica y riesgo de aplicaciones arbitrarias. En tercer lugar, las garantías procesales en la declaración de instrumentalidad no están suficientemente definidas, pudiendo afectar al derecho a la defensa de las personas jurídicas.

La práctica judicial deberá ir perfilando los contornos de esta doctrina, estableciendo criterios más precisos sobre qué caracteriza a una sociedad instrumental y asegurando que su aplicación se realice con las debidas garantías procesales. Sería deseable, además, una intervención legislativa que clarifique el régimen aplicable a estas entidades, proporcionando seguridad jurídica y evitando que una construcción de origen jurisprudencial termine configurando de manera tan determinante el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En todo caso, la doctrina de la instrumentalidad constituye un ejemplo paradigmático de cómo la jurisprudencia puede moldear significativamente el alcance de una regulación legal, creando en la práctica un régimen paralelo que, aunque no esté previsto expresamente por el legislador, responde a necesidades reales del sistema de justicia penal. El reto consiste en asegurar que esta construcción jurisprudencial se desarrolle respetando los principios básicos del Estado de Derecho y las garantías inherentes al proceso penal, evitando que la búsqueda de eficacia en la persecución criminal termine erosionando los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

188. LA JUSTICIA RESTAURATIVA HOY (TRAS LA LO 1/2025) CON LA MIRADA PUESTA EN EL MAÑANA (ANTEPROYECTO DE LO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2025)¹

JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI

Catedrático de Derecho Procesal Euskal Herriko Unibertsitatea

I. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2025, de 2 de enero, ha reformado la LECrim incorporando a la misma una Disposición Adicional (DA) novena que lleva por título «Justicia restaurativa». Lo primero en llamar la atención es la ubicación sistemática del tratamiento normativo de esta institución. No parece un lugar idóneo para ello, tampoco el modo, pero la opción del legislador tiene su razón de ser. A nuestro parecer, la incorporación de la justicia restaurativa debería hacerse en el articulado de la norma procesal penal por excelencia. El abuso en el empleo de las disposiciones adicionales ha hecho perder con frecuencia el sentido de éstas y la transversalidad de la justicia restaurativa como proceso reparador se expresa por regla general vinculado con otras instituciones procesales o fases del proceso.

La justicia restaurativa tiene una presencia importante en las distintas iniciativas de reforma integral de nuestra vieja y remendada LECrim. Y adquiere pleno sentido en el marco de dichas propuestas de reforma procesal. Por limitarnos al, limitado a su vez, ámbito de este estudio, podemos destacar que las líneas directrices sobre las que se asientan todas las propuestas de reforma

¹ Realizado en el marco del Proyecto Prometeo CIPROM 2023-64 GVA «Justicia sostenible en estado de mudanza global».

serían la atribución de la dirección de la fase de investigación o instrucción al Ministerio Fiscal, el reconocimiento con cierta amplitud del principio de oportunidad y la incorporación del estatuto de la víctima al marco normativo del proceso penal, extramuros del mismo en la actualidad. La justicia restaurativa se representa vinculada con los mencionados ejes fundamentales. Pero las reformas integrales no terminan de ver la luz, y en vista de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español al respecto y porque la realidad y la práctica procesal se estrellan contra una falta de regulación generadora de inseguridad jurídica y de desigualdad al encomendarse la implementación de la justicia restaurativa a la voluntad y la sensibilidad de los operadores jurídicos, el legislador ha aprovechado la coyuntura de una reforma procesal de calado para incorporar en dicha DA la regulación de la justicia restaurativa.

Sólo en ese contexto se puede entender la incorporación mutilada y aislada de la novedosa regulación sobre la justicia restaurativa. Con tales adjetivos queremos resaltar que, tal y como sí acontece en las distintas propuestas de reforma integral de la LECrim, la justicia restaurativa halla mejor encaje en un modelo procesal en el que tiene reconocido cierto protagonismo el principio de oportunidad y ello va unido a su vez, con frecuencia, a un modelo procesal en el que el Ministerio Fiscal concentra en sus manos la instrucción o investigación de las causas y el ejercicio de la acusación. Ni una cosa ni la otra se dan en esta súbita incorporación de la justicia restaurativa a la LECrim y mediante una disposición adicional.

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL Y PROPUESTAS DE FUTURO

Hasta el momento de su aprobación, la única previsión normativa de apoyo a la justicia restaurativa era la contemplada en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, en particular su art. 15 que reconoce el derecho de las víctimas de acceso a los servicios de justicia restaurativa y el RD 1109/2015 que desarrolla dicha Ley. Esta regulación es, a su vez, deudora de dos instrumentos normativos concretos adoptados en el seno de la UE, la Decisión Marco 2001/220/JAI y la Directiva 2012/29/UE también sobre las víctimas de los delitos y que sustituye a la anterior Decisión Marco. El corpus jurídico mencionado no abordaba, sin embargo, la dimensión procesal de la justicia restaurativa o de la mediación, en su caso. Ello no ha impedido que, en ausencia de tal sustento normativo, salvo en el supuesto de la justicia de menores con la LO 5/2000 que lo contempla expresamente, se hayan llevado a cabo prácticas restaurativas y de mediación en nuestros tribunales, auspiciadas por

el propio CGPJ². Estas prácticas, inspiradas en el voluntarismo y en la buena fe, se mantienen temporalmente en exceso y generan inseguridad jurídica y desigualdad entre los ciudadanos al no estar generalizados³. Traducido a la posición de las víctimas, estas últimas no disponen del mismo derecho a los servicios de justicia restaurativa.

Esta situación podía haberse aclarado si hubiera visto la luz alguno de los varios proyectos y propuestas de reforma integral del proceso penal. Pues todos ellos, algunos con más acierto que otros, abordaban la cuestión. Así, el Anteproyecto de LECrim de 2011, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 y el Anteproyecto de LOECrim de 2020. A todos ellos ha de sumarse el más reciente Anteproyecto de LOECrim de 2025 aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de octubre.

La DA novena procura adaptar la institución de la justicia restaurativa a las consecuencias procesales disponibles con el ordenamiento procesal en vigor, a la espera de que en un futuro próximo la reforma procesal a la expectativa se materialice y permita expandir todas las potencialidades de aquélla. Con ello no queremos sostener que la justicia restaurativa haya de estar orientada exclusivamente a la evitación del proceso penal o de la aplicación de la pena, esto es, que se plantee desde una perspectiva únicamente *diversionaria* como se ha criticado con razón. Admitiendo, pues, que la justicia restaurativa presenta una dimensión más amplia, no podemos sustraernos al hecho de que nuestro análisis, breve, se centra en el contorno fijado por el Derecho procesal. Por ese motivo, no queda otra que limitarnos al estudio de la derivación a la justicia restaurativa y al reflejo que en el proceso ha de tener el resultado de la misma.

Sobre las diversas potencialidades que ofrece el principio de oportunidad, el ALOECrim de 2020 contemplaba varias alternativas a través de las cuales vehiculizar los acuerdos reparatorios (arts. 183-184): el archivo por razones de oportunidad (art. 175); la suspensión del procedimiento por oportu-

² Existe una «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial» del CGPJ presentada por primera vez en 2016 y que ha tenido versiones más recientes (la última fechada en 18 de septiembre de 2024). En la misma se incorporan criterios para las distintas manifestaciones de la mediación en todos los órdenes jurisdiccionales. Mucho antes de esa fecha ya se desarrollaban en distintos tribunales y en determinadas Comunidades Autónomas experiencias que se calificaban como piloto, dando lugar a un verdadero fenómeno de «creación judicial del Derecho».

³ Tal y como se ha puesto en evidencia, se producen desigualdades territoriales inadmisibles, de modo que en algunas Comunidades Autónomas (País Vasco, Navarra, Cataluña) no resulta excepcional la derivación de causas penales a mediación (del orden de 700 al año) mientras que en otras esa práctica es inexistente. Esta situación se ha dado con frecuencia en los albores de la práctica de tales servicios. Fue el caso de Francia, donde con exclusivo fundamento normativo en el principio de oportunidad sí reconocido expresamente se sucedieron de forma desigual experiencias no uniformes, lo que fue objeto de crítica.

nidad (art. 176); el sobreseimiento de la causa por razones de oportunidad (art. 177); la conformidad (arts. 164 y ss.) o la atenuante de reparación en la sentencia como consecuencia del acuerdo, ya que iniciado el juicio oral no cabía la conformidad, pero sí la remisión al procedimiento de justicia restaurativa (art. 184). Sin perjuicio de la posibilidad de las consecuencias que pudieran darse en la fase de ejecución –sustitución de penas de prisión, fraccionamiento de la multa, ejecución de responsabilidades pecuniarias, o cualquier otra cuestión– (art. 896).

El ALOECrim de 2025 presenta importantes novedades que afectan directamente al procedimiento de justicia restaurativa. Por un lado, la justicia restaurativa deja de estar vinculada a las formas especiales de terminación del procedimiento de las que formaba parte junto a la conformidad y a la terminación por razones de oportunidad (Título IV, Libro I ALOECrim 2020). En la nueva propuesta la justicia restaurativa sale de dicho Título y pasa a formar parte de uno nuevo dedicado exclusivamente a la misma (Título V). Esta consciente alteración sistemática responde a los motivos antes indicados, esto es, a que el modelo de justicia restaurativa que impera en la actualidad en los países de nuestro entorno (también el derivado de la Directiva 2012/29) no se limita a una perspectiva exclusiva de diversión –alternativa– al ejercicio de la acción penal. En el nuevo Anteproyecto, y al hilo de lo anterior, la justicia restaurativa se configura como «una institución con finalidades específicas no necesariamente conducentes a la finalización del proceso» (Exposición de Motivos, XXVIII), aunque no deja de ser, al igual que en anteriores propuestas– «un complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad ligado a la adecuada satisfacción de las víctimas».

Otra importante divergencia con el ALOECrim de 2020, y por supuesto con la DA novena que no la contempla en absoluto, es que ya no se prevé en el de 2025 la posibilidad de encauzar los resultados del acuerdo restaurativo a través del archivo por razones de oportunidad, que desaparece. Esta posibilidad sí se preveía en el ALOECrim de 2020. El archivo por razones de oportunidad facultaba al Fiscal a poner término al proceso de investigación si se daban una serie de condiciones –insignificante incidencia en los bienes protegidos, mínima responsabilidad del autor que ya ha padecido las consecuencias de la infracción, etc.– (art. 175). La decisión del Fiscal estaba exenta de control judicial y no contemplaba la participación de la víctima. Esta última deficiencia –que fue puesta de manifiesto por el Informe del CGPJ, de 18 de diciembre de 2024– se solventaba en el caso de la justicia restaurativa con la intervención de aquélla.

El acuerdo restaurativo sí puede reconducirse en el ALOECrim de 2025 a través de la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. En este caso la continuidad del procedimiento queda condicionada a que se cumpla lo acordado en el procedimiento restaurativo, además de otras obligaciones que el Fiscal estime convenientes para la rehabilitación, y a que no vuelva a delinquir en el plazo de dos años (arts. 172 y 164 y 165 a los que se remite). La suspensión del procedimiento por razones de oportunidad está limitada en el Anteproyecto mencionado a los delitos castigados con pena de prisión de hasta 3 años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza. La reducción responderá, quizás, a las objeciones planteadas por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de 2020 que admitía la suspensión por razones de oportunidad en delitos con pena de prisión de hasta 5 años, límite penológico que el Consejo estimaba excesivo. La cuestión a dilucidar gira en torno a si el indicado límite penológico de 3 años es de aplicación cuando de hacer derivar las consecuencias del acuerdo restaurativo se trata. Parece ser que sí, pues para estos supuestos el prelegislador indica que no serán de aplicación los requisitos del art. 164.1 letras a) y b), pero no se extiende la exclusión a los restantes requisitos (art. 172.2.a).

Las limitaciones impuestas por el ALOECrim de 2025 a la suspensión del procedimiento desde el punto de vista penológico como consecuencia del proceso restaurativo no tienen mucho sentido si consideramos la amplitud con la se concibe en aquél el instituto de la conformidad. Nos referimos a que este Anteproyecto, al igual que el de 2020 y al igual que el régimen vigente como consecuencia de la LO 1/2025, eliminan los límites penológicos que han rodeado a la conformidad. Justificaban los Anteproyectos indicados la exclusión de límites por la gravedad alegando su inutilidad, por la frecuencia de conformidades encubiertas que eludían los mismos.

En la DA novena LECrim la conformidad se convierte desde el punto de procesal en el auténtico protagonista vinculada al acuerdo restaurativo. Como se ha dicho, no se imponen límites penológicos a la conformidad y tampoco al proceso restaurativo. Si el acuerdo restaurativo tiene lugar en la fase de instrucción, se concluirá la misma y se remitirá al órgano competente para el juicio de conformidad y lo mismo se hará cuando el acuerdo restaurativo tuviera lugar estando la causa en el órgano de enjuiciamiento. El punto ciego en todo este proceso es el relacionado con el proceso restaurativo que pudiera tener lugar iniciado el juicio oral, esto es, más allá del límite procesal contemplado en el vigente art. 787 ter.1 LECrim para la conformidad (después de iniciada la práctica de la prueba). Siendo posible el acuerdo restaurativo en la fase de ejecución no se comprende que esté vedada después de iniciada la

prueba en el juicio oral. Los Anteproyectos de 2020 y de 2025 contemplan expresamente la posible justicia restaurativa en el juicio oral, condicionado a que lo soliciten todas las partes (arts. 184 y 174 respectivamente). Siendo la víctima actor protagonista en el proceso restaurativo no se entiende muy bien la referencia a la solicitud de las «partes». No debería interpretarse la expresión como comprensiva exclusivamente de las partes procesales personadas, sino con referencia precisamente a las partes del procedimiento restaurativo (ofensor y víctima). El ALOECrim de 2020 trasladaba el acuerdo restaurativo, de producirse, a la sentencia condenatoria con la atenuante de reparación, no al juicio de conformidad, pues tal posibilidad precluía «transcurridos veinte días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral» (art. 171.1). En el ALOECrim de 2025 no se hace mención al término preclusivo para la conformidad y de producirse el acuerdo restaurativo se puede reconducir al mencionado juicio de conformidad (art. 174).

El proceso restaurativo en los procedimientos por delitos leves no reviste novedad alguna desde el plano procesal, por cuanto el art. 963 LECrim contemplaba ya con anterioridad a la entrada en vigor de la DA novena que la reparación del daño, sólo en los delitos patrimoniales, es indicativo de la ausencia de interés público relevante en la persecución del hecho.

Sí merece una mención especial, por su novedad, la referencia contenida en la DA novena LECrim al posible acuerdo restaurativo en las causas por delito privado y por delito en el que el perdón del ofendido extingue la responsabilidad criminal. Por delito privado se ha de entender el reservado exclusivamente a querella privada conforme al CP, hoy en día las calumnias e injurias contra particulares (art. 215.1 CP). En estos procedimientos el ofendido por el delito, la víctima, cuenta con importantes facultades de disposición sobre la acción penal, lo cual facilita la reconducción procesal del acuerdo restaurativo. En todo caso, esta posibilidad contemplada en la DA novena adquiere pleno sentido en el diseño de los ALOECrim de 2020 y 2025. En dichas iniciativas se suprime el trámite de conciliación previa, condición indispensable en la actualidad para la admisión de la querella. En su lugar, las partes pueden solicitar al tribunal que suspenda el procedimiento para derivar el asunto a la justicia restaurativa, y si se alcanzara un acuerdo quedará éste reflejado en la sentencia o resolución que ponga fin al proceso (arts. 800 y 798 respectivamente). El segundo de los supuestos contemplados en la letra b) del apartado 9 de la DA es el de los delitos en los que el perdón extingue la responsabilidad penal. Para determinar cuáles son hemos de acudir al CP. Son más bien escasos (arts. 191.2, 201, 215 y 267) y salvo el supuesto de delito privado, los restantes coinciden con los denominados semipúblicos pues exigen como presupuesto de

procedibilidad la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante. Aunque no se diga expresamente, la resolución de sobreseimiento y archivo deberá recoger los términos del acuerdo restaurativo.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: EXCLUSIONES

La DA novena admite con amplitud la posibilidad de recurrir a los servicios de justicia restaurativa. Su ámbito de aplicación no está reservado a delitos de cierta gravedad. Con acierto, y siguiendo las directrices de la Directiva 2012/29 y de las Recomendaciones varias al respecto, la DA novena condiciona la derivación a la justicia restaurativa a la valoración de las circunstancias del caso concreto, esto es, del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima (apartado 5). Amplitud asegurada, además, considerando la extensión con la que cabe la conformidad en la LECrim en vigor en virtud de la LO 1/2025. Se mantiene, sin embargo, su inadmisión «en los casos excluidos por ley». Por la obligada remisión legal, quedan excluidas de la justicia restaurativa las causas de lo que se viene denominando violencia de género en la que ha de existir o haber existido un vínculo matrimonial o análoga relación de afectividad. A esta exclusión que se incorporó con motivo de la LO 1/2004 se ha sumado con la LO 1/2025 la correspondiente a los procesos por delitos contra la libertad sexual (Título VIII del Libro II), por delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual «cuando la persona ofendida por el delito sea mujer» (art. 89.9 LOPJ). Esto es, en esencia los delitos de competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia; aunque el art. 3.1 Ley 4/2015 no condiciona el género de las víctimas de los delitos por violencia sexual para su «veda». Además, la exclusión es absoluta y se extiende a determinadas materias pertenecientes en principio al orden jurisdiccional civil pero de las que pueden o deben conocer las Secciones indicadas⁴. Con la última reforma las causas excluidas de la justicia restaurativa son realmente amplias.

Esta exclusión o prohibición apriorística ha de ser objeto de crítica. Se entiende la razón que subyace en la prohibición: la mujer víctima de una relación de dominación y sumisión no se encuentra en condiciones de protagoni-

⁴ La LO 1/2004 prohibía la «mediación» en los asuntos de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando en realidad no existía en el orden penal, salvo en menores. En la actualidad, considerando el carácter más comprensivo de la exclusión el legislador ha optado por referirse a los «medios adecuados de controversias».

zar un proceso restaurativo en el que la igualdad o el equilibrio son relevantes. Sin embargo, la incondicionalidad de la prohibición, su carácter categórico en la formulación, pugna con la esencia misma de la justicia restaurativa que, entre otros principios, se fundamenta en la voluntariedad y en el libre consentimiento. La prohibición se podría justificar mínimamente en una concepción minimalista de la justicia restaurativa, vinculada exclusivamente a la diversión, esto es, como mera alternativa al ejercicio de la acción penal o como modo de terminación anticipada del proceso. Pero hay que romper con esa visión. La justicia restaurativa descansa en el principio básico de estar orientada a reparar el daño que causa el delito a los individuos, a las relaciones y a la sociedad en general [principio de reparación –Recomendación (2018)8, de 3 de octubre, del Consejo de Europa en materia de justicia restaurativa penal–], no necesariamente vinculada, por lo tanto, a las consecuencias penales y procesales derivadas del acto.

Junto a esa carencia en la propia concepción de la justicia restaurativa, se pueden mencionar otras objeciones que pugnan con otras características esenciales de la justicia restaurativa. La prohibición, no puede negarse, parte de una visión paternalista en relación con la víctima de tales delitos: el objetivo de protegerla, pero privándole de todo protagonismo o facultad de decisión. Además, no lo olvidemos, la justicia restaurativa es un medio de reparación sobre todo de la víctima, pero también una oportunidad de rehabilitación del victimario y de beneficio para la sociedad en su conjunto. La Recomendación (2018)8 incorpora en la definición misma de la justicia restaurativa la de tratarse de un proceso que permita a todos los implicados en el delito «participar activamente» en la resolución de las consecuencias del mismo [también la Recomendación (2023)2, de 15 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en materia de derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos].

En favor de la no exclusión automática de la justicia restaurativa en los supuestos indicados se puede argumentar que la Recomendación (2018)8 no es partidaria, en principio, de exclusión alguna, ni por el tipo o gravedad del delito (principio 18), ni por la condición de menor de cualquiera de los participantes (principio 24), ni por tratarse de personas vulnerables (principio 42), ni por tratarse de casos delicados, complejos o graves (principio 43). En casos similares, la Recomendación (2018)8 sugiere que los facilitadores cuenten con una «experiencia y formación avanzada» más allá de la inicial o continuada, o que los ritmos razonables se adapten si se requiere «una preparación y seguimiento largos» (principios 42, 43 y 48). No siendo deseable, pues, una exclusión de la justicia restaurativa apriorística, tampoco lo es su admisibilidad automática en todo caso. La Recomendación indicada enuncia criterios y

circunstancias que pueden hacer aconsejable no derivar el asunto a ese procedimiento o poner fin al ya iniciado. Serán los facilitadores quienes evaluando las circunstancias concretas de cada caso resuelven si resulta procedente o no la derivación o la continuidad o no del procedimiento iniciado. Incluso, pues, en los casos excluidos por el ordenamiento español. Si hubiera duda sobre la conveniencia, los responsables de la derivación deben ponerse en contacto con los servicios de justicia restaurativa para que «facilitadores cualificados» determinen sobre la idoneidad considerando la «edad, madurez, capacidad intelectual de las partes u otros factores que puedan impedir» su aplicación; excluyendo la justicia restaurativa si las personas «no son capaces» de entender el significado del procedimiento o se da una situación de desequilibrio o de «dominación» por alguna de las partes o si es necesario para «garantizar la seguridad» de las partes (principios 26, 28, 46, 48). Esto es, considerar esencialmente las «necesidades e intereses de las víctimas [art. 18.2 Recomendación (2023)2].

Hay que añadir también que el Convenio del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), en ningún momento excluye la posibilidad de acudir a medios alternativos como la mediación o la conciliación en estos casos; lo que prohíbe es la obligatoriedad de tales procedimientos al disponer que «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio» (art. 48.1).

Hemos de concluir que la Ley 4/2015, salvedad hecha de la prohibición, ofrece los suficientes mimbres para reponer la situación, pues contempla con carácter general el derecho a la participación en el proceso penal (Título II —donde se incluyen los servicios de justicia restaurativa—), o las medidas de protección de las víctimas que se fundamentan en la evaluación individual de las mismas para determinar sus necesidades al respecto (Título III) y que pueden resultar suficientes para descartar o proponer tales servicios sin necesidad de recurrir a la prohibición absoluta.

Esta situación colisiona, además, con otras previsiones de nuestro ordenamiento que entran en clara contradicción con la exclusión. El caso más palmario es el contemplado en la LO 5/2000, sobre responsabilidad penal del menor, donde se excluye en principio la conciliación en los supuestos también prohibidos para adultos, pero lejos de ser absoluta la misma, se admite la conciliación «si la víctima lo solicite expresamente» (art. 19.2). El respeto a la

voluntad de la persona es también el eje central sobre el que gira la reforma por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad, donde se articula un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, pues «las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones» (Preámbulo), no entendiéndose el motivo por el que este principio no puede ser trasladado al caso que nos ocupa.

189. ERRORES COMUNES EN LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL

PROF. DR. DR.H.C. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático Emeritus de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón
(España)

Humilde homenaje a mi querido amigo, Jos de la Cuesta, a quien conocí en Friburgo en 1983 cuando ambos éramos ayudantes. Desde entonces nuestra amistad ha sido inquebrantable.

I. LA CRISIS GENERAL DEL PROCESO PENAL ACTUAL DE LOS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

Desde hace muchos años se dice en los países de nuestro entorno jurídico-cultural que el proceso penal está inmerso en una crisis gravísima, porque es muy lento, muy costoso y muy complicado de practicar¹. A ello debe aña-

¹ Este texto coincide con una parte, ampliada y puesta al día, de mi contribución al «Festschrift für Prof. Walter Perron», en prensa en estos momentos, que se publicará en alemán, probablemente a principios de 2026, con el título: *Mängel des derzeitigen Strafverfahrens und Fehler bei seiner Reform: Kritik an den Lösungsvorschlägen*.

En cuanto al lamento sobre la crisis, los mejores procesalistas españoles del cambio de siglo así lo denuncian: Véanse MONTERO AROCA, J., *La paradoja procesal del siglo XX. Elegir entre la libertad (proceso penal) y el dinero (proceso civil)*, Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Jaume I de Castellón, Castellón 5 de noviembre de 2013, Ed. UJI, sección cuarta, recogido también en MONTERO AROCA, J., *La paradoja procesal del siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, págs. 18 y ss.; MORENO CATENA, V., *El proceso penal español: Algunas alternativas para la reforma*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002-4 («Sistemas penales europeos», Dir. Andrés Palomo del Arco), págs. 13 y ss.;

dirse una queja mayoritaria de la sociedad sobre la mala calidad de la Justicia en los países de nuestro ámbito cultural que hemos consultado, teniendo percepciones muy negativas al respecto, especialmente en España². Hay un temor general igualmente en nuestras democracias, algunas muy recientes, a que se degrade la calidad de la protección de los derechos del presunto culpable, el acusado, que tanto esfuerzo y sacrificio ha costado lograr. En unas jurisdicciones se funciona mejor que en otras, evidentemente, pero en general, son quejas universales.

Todos los países demuestran estadísticamente esas afirmaciones y sus órganos de justicia, se organicen independientemente o formen parte del Ministerio de Justicia, propagan para público conocimiento esos datos reales, con el fin de conseguir un presupuesto económico adecuado para eliminar las causas que hacen que sus procesos nacionales sean inservibles o estériles.

En consecuencia, tanto desde el punto de vista político, como judicial y académico, se desea acabar cuanto antes con esa profunda crisis y se busca, si no se puede articular un proceso penal propio, un modelo existente de proceso rápido, barato y sencillo, que ayude a superarla³.

Hay algo sorprendente en todo esto, y es la constatación de que, conociendo el problema y su enorme gravedad, no se haya puesto remedio todavía. El argumento no es difícil de entender: Tenemos todos los países que he consultado una democracia, más o menos fuerte (pues predominan los estados débiles), pero es democracia; tenemos grandes mujeres y hombres jueces, fiscales, abogados y juristas; tenemos conocimientos más que suficientes de nuestros propios antecedentes, de nuestra historia, de derecho comparado; y tenemos instrumentos para medir la situación actual con precisión casi matemática. Expuesto de otra manera, no podemos decir que no sabemos qué hacer

GIMENO SENDRA, J. V., «La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», *Revista de Derecho Procesal*, 1992-3, págs. 505 y ss.; y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales «investigadores»*, y *nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Ed. PPU, Madrid 1988, págs. 46 a 54. Sobre ello, v. también GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal de la confusión*, en Díez-Picazo Giménez, I. / Vegas Torres, J. (Coord.), «Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos», Ed. Ramón Areces, Madrid 2016, t. I, pp. 1449 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, J. L. «El proceso penal español a comienzos del siglo XXI (Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción)», en *IndRET. Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), 2017, pp. 1 y ss.

² Sobre todo, con relación a la independencia judicial, como lo demuestra la lectura de los índices de percepción que los ciudadanos tienen de la Justicia en 2024, por ejemplo, v. el de la UE: [socialhttps://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_3164](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_3164), en donde España ocupa el puesto 22 de los 27 países que conforman la UE (mala percepción).

³ GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, págs. 365 y ss.

para resolver este gravísimo problema. Y sin embargo actuamos verdaderamente como si no supiéramos qué hacer.

Es verdad también que estamos muy lejos de una posible armonización del derecho procesal penal en las democracias. Ni siquiera en la Unión Europea, en donde más fácil podría comprenderse, estamos cerca⁴.

La tardanza en reaccionar pone en peligro la propia democracia, especialmente si del proceso penal hablamos, y no sé si de ello es muy consciente nuestra sociedad, porque parece que socialmente se acepte que la Justicia no tiene remedio, atendidas las votaciones políticas regulares a los diferentes parlamentos y, por tanto, a decidir quién nos va a gobernar, ya que siguen ganando quienes no resuelven el gravísimo problema de la Justicia⁵. A veces pienso si no existirá un acuerdo tácito de altísimo nivel en no mejorar la Justicia, por temor a que si funciona demasiado bien esos políticos se sientan en peligro. No sé, es muy extraño.

Pero también es cierto. Si la Justicia no funciona o funciona mal, o incluso pésimamente, y ello es más grave en lo penal al estar en juego la libertad de una persona, perjudica profundamente a ésta, es decir, al acusado, pero no sólo a él, también a la víctima y de manera cada vez más insostenible.

En este sentido, es de observar que, ante la crisis del proceso penal, hay países que han optado por una reforma integral, los más, por eso me centraré en estas páginas en ella, y los menos por una reforma más o menos profunda pero parcial de sus sistemas de enjuiciamiento criminal. Personalmente me decantaría por una solución intermedia que, en algunos países, no en todos naturalmente, podría ser más útil.

II. LAS BASES DE LA REFORMA INTEGRAL Y LOS PROBLEMAS SURGIDOS AL TRANSPLANTAR EL SISTEMA ADVERSARIAL

Las reformas generalmente suelen basarse en un modelo. Si nos fijamos, en la práctica totalidad de países de América Latina,⁶ y en varios europeos

⁴ Vide las certeras palabras de PERRON, W., «*Perspectivas de unificación del Derecho Penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*», en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, págs. 736 y ss.

⁵ Todos los partidos políticos, al menos en mi país, llevan en sus programas electorales cada cuatro años la reforma de la Justicia, algunos incluso su transformación radical. Pero, cuando el que ha ganado gobierna, sea de la orientación política que sea, todo acaba siendo como siempre o incluso va a peor. Baste una ojeada a la prensa de las últimas elecciones generales en España (en 2023) para comprobarlo: <https://confi legal.com/20230715-lo-que-dicen-los-partidos-politicos-en-materia-de-justicia-en-sus-programas-electorales/>.

⁶ Las reformas guatemaltecas y hondureñas, los dos primeros países que inician el cambio en América Latina, así lo demuestran (Código Procesal Penal de Guatemala de 1992. Decreto núm. 51-92; y

continentales, ese modelo ha sido el proceso penal federal de los Estados Unidos de América⁷, por su carácter garantista, sencillo, pragmático, rápido y por su afán de enjuiciar objetivamente al presunto delincuente, además de por haber desarrollado principios que hoy son fundamentales como el debido proceso y la oralidad, lo que afecta de manera muy importante a los derechos del imputado o acusado⁸.

Voy a fijarme en las instituciones clave del sistema adversarial y comentaré qué se ha hecho en general al trasplantarlo, o sencillamente copiarlo, en los países de América Latina y Europa. Más en concreto, tomaré en consideración las estructuras fundamentales del proceso, que atienden a los órganos que intervienen en él y a alguno de los principios fundamentales que lo regulan⁹. Nada de ello sin embargo lo convierte en un modelo indiscutible¹⁰.

1. Juez y Jurado

Dos reflexiones sobre el órgano judicial: En Inglaterra y en los Estados Unidos hay independencia judicial, con matices, y también imparcialidad judicial, que queda garantizada de diversas formas¹¹. Destaco el papel neutral

Código Procesal Penal de Honduras de 1999, Decreto Núm. 9-99-E). Ambos textos legales no han sido practicados nunca en verdad conforme a sus disposiciones, han sufrido una cantidad innumerable de reformas que han desnaturalizado el sistema y, sobre todo, no han conseguido atajar el principal problema que con la reforma se pretendía, pues el proceso justo sigue siendo en estos bellos países un sueño. Algo común en la reforma latinoamericana, por cierto. Véase TIERINO PACHECO, J. M., «La reforma procesal penal iberoamericana: ¿un espejismo?», en Juan-Luis Gómez Colomer (Coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Libro homenaje al Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Ed. Universitat Jaume I, Colección Estudios Jurídicos núm. 22, Castellón 2015, tomo I, págs. 1193 y ss. También, v. Struensee y Maier, en Maier, J. B. J. / Ambos, K. / Woischnik, J. (Coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, AdHoc, Instituto Max-Planck para Derecho Penal extranjero e internacional, Buenos Aires 2000, págs. 23 y ss.; y BINDER, A. M., *La reforma de la justicia penal: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos*, Francis Yearbook of Legal Sciences & Human Rights. Tribute to Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto, André Luis de Lima Maia (coord.), Ed. Câmara Brasileira do Livro, Brasil 2024, págs. 40 y ss.

⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 82 y ss. Para Italia, v. ORLANDI, R., *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi «naturali» e concezioni normative*, Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2024-2, págs. 465 y ss.

⁸ JESCHECK, H.-H., *La crisis de la Política Criminal*, Nuevo Foro Penal, 12 (10), pág. 155.

⁹ En la línea que escogió Walter Perron al analizar comparativamente el derecho a la prueba del inculcado en el proceso penal norteamericano y alemán, v. PERRON, W., *Das Beweisstrafsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin 1995, págs. 105 y ss.

¹⁰ Las debilidades del sistema adversarial han sido puestas de manifiesto magistralmente por PIZZI, W. T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (trad. de Fidalgo Gallardo), Ed. Tecnos, Madrid 1999, págs. 99 y ss.

¹¹ GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 52 y ss; GÓMEZ COLOMER, J. L., *Realidad social, Política Criminal, Dogmá-*

que desempeña el Juez desde el conocimiento de la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito, es decir, su imparcialidad. Primero, porque en la etapa previa al juicio oral no realiza ninguna actividad investigadora en relación con los hechos criminales, y segundo, porque durante el desarrollo del juicio oral, el Juez realiza su función como un mero árbitro, observando que las partes respeten las normas procesales, en especial, las relativas a la prueba.

En los países reformistas, generalmente no es así, o al menos no se entiende como en Europa o en los países anglosajones, porque en general hay movilidad judicial, no hay verdaderos consejos del poder judicial que protejan a los jueces frente al poder político, y no existe la carrera judicial (especialmente en las cortes supremas), aspectos clave que impiden reconocer en los mismos una verdadera independencia judicial ¹².

Pero mucho más importante es que el sistema adversarial no se entiende sin el Jurado, el contrapeso a la Administración personada como acusación (el Fiscal) en el proceso penal. Por ello, sorprende enormemente que cuando un país toma el sistema adversarial como nuevo modelo procesal penal desprecie el Jurado, ignorando que es una de las bases sustanciales del mismo ¹³.

2. Ministerio Fiscal y Policía

La instrucción del proceso penal en el sistema adversarial la hace la Policía materialmente, bajo la dirección formal del Ministerio Público. En él el Fiscal es el Gobierno en el proceso penal, el defensor de la Administración actuando en contra del ciudadano que con su delito ha puesto en peligro a la sociedad ¹⁴. Su postura es proteger al Estado y con ello a la propia democracia.

tica Penal y nuevo proceso penal español adversarial, en Carbonell Mateu, J. C. / González Cussac, J. L. / Orts Berenguer, E. (Dir.) y Cuerda Arnau, M. (Coord.), «Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Anón», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, t. I, pp. 753 y ss.

¹² GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, Ed. Andrés Morales y USAL, Bogotá 2015, págs. 108 a 111.

¹³ Caso de Colombia (aunque sí tuvo jurado un tiempo, hasta 1989, pero con el sistema inquisitivo) o México (igualmente, hasta 1929), cuyas Constituciones políticas, de 1991 y 1917 respectivamente, no reconocen el Jurado, ni lo incluyen dentro del contenido, amplísimo en esos países, del derecho al debido proceso legal. Nicaragua, sorprendentemente sí tuvo jurado, aunque poco efectivo (Ley de Jurados de 1897, art. 34 CP de 1987, CPP de 2001). Sobre el Jurado USA, v. THAMAN, St., «El Jurado norteamericano», en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J. L., *Comentarios a la Ley del Jurado*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, págs. 74 y ss. España, que no tiene el sistema adversarial, sí reconoce el Jurado sin embargo, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Die Wiedereinstellung des Schwurgerichts in Spanien*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, núm. 110, vol. 2, págs. 529 y ss.

¹⁴ V. FLETCHER, G. P., *Las víctimas ante el Jurado* (trad. de Juan J. Medina Ariza, A. Muñoz Aunión y F. Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 231.

En cambio, en los países continentales, las funciones del Ministerio Fiscal son varias y depende sobre todo de si instruye la fase de investigación del crimen o no¹⁵.

Pues bien, muchos países de América Latina, cuando cambiaron al sistema adversarial, no tenían Fiscalía y en consecuencia tuvieron que crearla, y si la tenían, era prácticamente un órgano del Poder Ejecutivo¹⁶. Algunos países como Colombia tienen dos fiscalías, visto desde nuestros ojos europeos¹⁷. ¿Cómo puede implementarse el proceso penal federal de los Estados Unidos, con una Fiscalía creada en ese gran país dos años después de su Constitución de 1787¹⁸, en un país que ignoraba lo que era esta institución?

La consecuencia es que, en casi todos los países, con honrosas excepciones como en Costa Rica¹⁹, la Fiscalía no funciona y ello lleva al fracaso directo del proceso penal. La causa principal es que no saben investigar el crimen. Eso lo sabe hacer la Policía, pero las nuevas democracias le suelen tener miedo por haber sido colaboracionista generalmente con las dictaduras, y no se quiere que esté en sus manos la instrucción, no se quiere volver a épocas inquisitivas que se desea superar, aunque en la realidad sea así.

3. Abogado defensor y acusado

Los países que han acogido el sistema adversarial no tienen una articulación de la abogacía recia y poderosa, no sólo porque no tienen tradición, sino también porque el modelo europeo que se trasladó allí desde España e Italia no la quería configurar a ese nivel. En el sistema adversarial la Defensa es tan poderosa como la Acusación. Todo acusado tiene derecho a preparar una de-

¹⁵ En el libro coordinado por GIMENO SENDRA, J. V., *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Ed. Ministerio de Justicia y Justel, Madrid 2006, pueden verse sus competencias en diversos países: España (a cargo de GIMENO SENDRA, págs. 23 y ss.); Alemania (a cargo de Perron y López-Barajas Perea, págs. 75 y ss.); Italia (a cargo de Chiavario, págs. 97 y ss.); y Portugal (a cargo de Miranda Rodríguez y Calaza López), entre otros países. Sobre la fase de instrucción del proceso penal español, dirigida por un Juez, el Juez Instructor, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Das Ermittlungsverfahren in Spanien*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2000, núm. 112, vol. 1, págs. 135 y ss.

¹⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., «Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: El ejemplo de Nicaragua», en Juan-Luis GOMEZ COLOMER / José-Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y Proceso penal Acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 339 y ss.

¹⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, cit., págs. 398 y 399.

¹⁸ *Judiciary Act*, de 24 de septiembre de 1789, accesible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-1/pdf/STATUTE-1-Pg73.pdf#page=1>.

¹⁹ ¿Quizás porque es realmente autónoma, sin vinculación alguna con el Gobierno? Véase la Ley Orgánica del Ministerio Público costarricense, de 25 de octubre de 1994, esp. su art. 3.

fensa con la misma igualdad de condiciones que la acusación. Tiene derecho constitucional a una defensa activa y eficaz. En consecuencia, tiene derecho a investigar por su cuenta, a recabar pruebas, a oponerse a actos del Fiscal, al descubrimiento probatorio, al respeto de todos los derechos constitucionales de su defendido, etc., en suma, a crear su propio expediente, su propia causa y manejarla. Ello, porque es un proceso de partes, y como parte, es necesaria y debe estar a la altura del Fiscal²⁰. Para los desfavorecidos económicamente, hay varios modelos de solución, destacando el sistema de Defensoría Pública, implantado en todos los estados de USA.

No es imaginable, no sólo en América Latina, tampoco en Europa continental, una defensa tan poderosa. Primero porque nuestros procesos no son adversariales; segundo porque la búsqueda de la verdad proporciona, al menos durante la instrucción del crimen, ciertas ventajas al Fiscal; y tercero porque el defensor está sometido a la autoridad disciplinaria del tribunal. Pero ello no quiere decir que las posibilidades de defensa estén controladas o restringidas, en absoluto, sólo que el abogado defensor no tiene derecho a formar su propio expediente, ni a actuar independientemente en la defensa de su cliente hasta el juicio oral. En América Latina suelen existir también defensores públicos, al nivel que las circunstancias propias les permiten alcanzar. A veces actúan como defensores estudiantes de los últimos cursos de la carrera de Derecho²¹.

Esto marca una gran diferencia entre el mundo anglosajón y los países que han querido adoptar integralmente su sistema. En general, instruyendo el Fiscal, el defensor está a lo que él decida, aunque un Juez de Garantías pueda luego restablecer las consecuencias de una vulneración constitucional producida, como, por ejemplo, una situación de desigualdad e indefensión.

4. Los principios esenciales del proceso

Finalmente, debo decir algo de los principios esenciales del proceso penal federal de los Estados Unidos, porque ninguno de ellos estaba reconocido en las constituciones que dieron apoyo a dictaduras o democracias muy débiles o, si lo estaban, no se aplicaban nunca.

Me fijaré en estos dos: El principio del debido proceso legal y el principio de la equidad o *Fairness*:

²⁰ Juan-Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 158 a 163.

²¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*, cit., pág. 120.

1.º) El principio del debido proceso legal, que ya he mencionado antes, es de una gran complejidad, siendo de importancia fundamental dentro del sistema jurídico de los Estados Unidos de América. La complejidad está garantizada por el hecho de tratarse de un elemento que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal²².

La finalidad del principio es la modulación de las situaciones en las que los derechos fundamentales esenciales a la vida, a la libertad y a la propiedad, son fijados por la autoridad, actuando el *Due Process of Law* en aquellas ocasiones como válvula reguladora.

Due Process of Law actúa como un principio general del Derecho norteamericano. Cumple en el proceso penal dos funciones principales: Proteger al ciudadano y servir de acomodo al régimen garantista²³:

a) Función de tutela del ciudadano imputado: Por un lado, sin perjuicio de que el principio rija en otros procesos, como los civiles o administrativos, juzgar penalmente en los Estados Unidos de América bajo el *Due Process of Law* es proceder criminalmente contra una persona que está protegida frente al propio Gobierno o Administración como allí se le denomina, de manera tal que este principio le otorga la tutela más amplia posible, en función de los avances de la Jurisprudencia, frente a excesos o actuaciones indebidas de la Policía o de la Fiscalía, es decir, de las autoridades públicas de persecución, que son en definitiva el Gobierno, en la investigación del crimen y su posterior acusación, a efectos de conseguir un equilibrio procesal, un juicio equitativo, un proceso ajustado a la ley, sin oscurantismos, ni sorpresas, ni pruebas prohibidas, ni indefensiones²⁴.

b) Función de servir de base a las demás garantías fundamentales del proceso: Decir esto es sólo afirmar, aunque sea mucho, que hay una garantía general del acusado frente a la Administración para que se le enjuicie debidamente, es decir, a través del proceso penal. Es formular un marco general del que el Estado no se puede salir, pero que es necesario concretar, porque las posibilidades de actuación indebida de la Administración en el proceso penal son muchas, de ahí que sea un principio general.

²² ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, págs. 70 y ss.

²³ JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER E IÑAKI ESPARZA LEIBAR, en Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 114 a 117.

²⁴ CHIESA APONTE, E. L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá 1995, vol. II, pág. 1 y ss.

El principio del *Due Process of Law* debería y debe ser equivalente al principio europeo continental del derecho al proceso justo o equitativo, o, como se dice en España, el derecho al proceso con todas las garantías, porque en él se concentran todas, y todas ellas se tienen que cumplir para que el proceso se desarrolle correctamente.

Los países reformistas integrales han acogido sin excepción el principio del proceso debido legal, pero lo han hecho con tal amplitud que siempre que hay una lesión constitucional se lesiona este principio, no importa cuál haya sido el verdadero principio vulnerado, lo que hace que pueda quedar desvirtuado e infravalorado por abuso de alegación. Más adelante volveré sobre ello.

2.º) El principio *Fairness* es complementario del anterior, porque el proceso debido tampoco basta para explicar de modo completo las esencias del sistema, ya que es preciso conocer los límites en los que esta, para nosotros y sin duda por ser tan distinta, fascinante articulación se mueve. Esos límites se ajustan a una regla que sólo aparentemente parece clara: La equidad o *Fairness*, que se compone en su aplicación procesal en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa, así como en la necesidad de imparcialidad del juzgador²⁵.

Es el segundo concepto nuclear del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, íntimamente unido al *Due Process of Law*. Si este principio es el motor del coche, la *Fairness* es la gasolina que necesita para funcionar.

Ni la Constitución USA, ni la *Bill of Rights* se refieren a *Fairness*. A la vista de las traducciones legales del término en francés por «equitable» o «juste», en italiano «giusto», o en español «justo» o «limpio» (los alemanes no han traducido el término, sólo lo han germanizado, «fairen Verfahren»), se ve claro que no cohonestan muy directamente con la clásica terminología procesal de la Europa continental. Por eso me atrevo a pensar que la mejor traducción acaso no tenga que ver con proceso, sino con equidad, sólo que aplicada al proceso tengamos que decir «justo», y aplicada al tribunal, tengamos que decir «imparcial», sin captar en ningún caso todo el sentido del término original, pero acercándonos bastante.

Fairness se desdobra así en un complejo contenido, que podemos agrupar en dos grandes temas:

a) El derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*), sobre todo del acusado, lo que implica como características sustanciales del mismo según la

²⁵ Gómez Colomer, J. L. (Coord.), *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 129 a 131.

Jurisprudencia y doctrina norteamericanas los siguientes derechos y garantías: El reconocimiento del principio de igualdad, dar a conocer en la acusación todos los hechos criminales imputados, no ocultar pruebas, no poner obstáculos a la defensa, cumplir con las normas y con las instrucciones que dé el Juez, desarrollar el procedimiento conforme a reglas equilibradas, derecho al Gran Jurado (con matices), cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, prohibición de la autoinculpación, derecho al juicio público y sin dilaciones, derecho a ser juzgado en el lugar del hecho, derecho a ser informado de la acusación, derecho a interrogar a los testigos de cargo, derecho a obtener testigos de descargo, derecho a ser defendido por abogado, etc., etc. Es decir, obsérvese, los derechos reconocidos en las Enmiendas V y VI de la Constitución USA. Con otras palabras, el *Fair Trial* es en realidad el concepto que recoge prácticamente todas las garantías y derechos del acusado en los Estados Unidos, porque obliga a proceder respetando el principio de igualdad y digamos también que a proceder con buena fe.

b) El derecho a un tribunal neutral (*Fair Court*), lo que implica como característica sustancial la imparcialidad del Juez (y del Jurado), es decir, que sea un árbitro neutral e independiente, por tanto, que no tenga ninguna vinculación con las partes, ni tampoco interés alguno con el objeto del proceso.

La repercusión más importante de estas reformas integrales se ha dado en América Latina, prácticamente en todos los países. La conclusión desde el punto de vista latinoamericano es que, a pesar de no haber tenido jueces ni independientes ni imparciales, a pesar de no haber tenido Fiscalía o de haber sido inoperativa durante años, y a pesar de las enormes diferencias interpretativas de los grandes principios, si existían, esos países se han atrevido con la reforma integral y han copiado prácticamente todo el sistema adversarial (excepto el Jurado, en general), manteniendo alguna institución propia que pensaron que debía conservarse (la reparación a la víctima, por ejemplo).

Es decir, asumieron un gran riesgo, en donde se podía tanto triunfar como fracasar, pero más fracasar, como voy a explicar de inmediato.

5. Los errores cometidos

En mi modesta opinión, y siempre desde la perspectiva europea de un observador que pertenece a un país de *Civil Law*, es evidente que las reformas integrales, especialmente en América Latina, pretendían convertir al proceso penal nuevo en el propio de un estado de derecho, de una democracia.

Para lograrlo, se transformó el sistema inquisitivo vigente en la inmensa mayoría de los países latinoamericanos, en alguno el sistema acusatorio mixto, en un nuevo sistema adversarial, a imagen y modelo de los Estados Unidos de América, al que se denominó sistema acusatorio, a la par que se introducía la oralidad en el procedimiento. Principio acusatorio y juicio oral y público fueron así los estandartes principales de esas reformas²⁶. Con ello se quería garantizar un enjuiciamiento más rápido y más justo, por tanto, dotar de la máxima eficacia posible a la Justicia penal.

Pero no se hizo bien, generalmente. Tampoco era fácil, dado que copiar sistemas jurídicos suele ser un gran error. Autores latinoamericanos de prestigio han analizado comparativamente instituciones procesales penales del sistema europeo continental y del sistema adversarial, para cotejarlas con las propias de sus respectivos países reformistas, por ejemplo, las consecuencias de ser un proceso de partes, la búsqueda de la verdad material, el verdadero significado de la evitación del juicio oral, etc., y han puesto de manifiesto las verdaderas dificultades para una buena adaptación de lo adversarial en sus países de origen²⁷.

Complementariamente a esas opiniones, diré, de entrada, que se confundió la parte con el todo, al entender en América Latina, que el sistema es acusatorio, cuando en realidad lo acusatorio es una parte de lo adversarial²⁸. Esta confusión es muy grave y deben tenerse en cuenta sus consecuencias. Recordemos que el sistema es adversarial porque lo importante es el poder de las partes en el desarrollo del proceso penal (de ahí el nombre, contradicción, adversarial, posición dialéctica enfrentada). El sistema USA no es sistema acusatorio, porque lo acusatorio es un principio que forma parte del sistema adversarial implícitamente, porque es obvio. Lo que exige el principio acusatorio es que la acusación sea propuesta y sostenida por persona distinta a la que juzga y que quien dicta la sentencia se limite a los hechos formulados en la acusación²⁹.

²⁶ LANGER, M., *Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia*, Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile 2007, págs. 13 y ss.

²⁷ Véase, desde dos puntos de vista distintos, HENDLER, E., *Sistemas penales comparados*, Ed. Didot, Buenos Aires 2014, págs. 45 y ss.; y GUERRERO PERALTA, O. J., *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, págs. 1053 y ss.

²⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal*, Revista Penal 2022, núm. 50 (julio), págs. 110 y ss.

²⁹ MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, Revista Justicia 1992-4, págs. 775 y ss.

Pero hay más. Por ejemplo, las estructuras institucionales no eran las adecuadas; No se tuvo la prevención de pasar, en primer lugar, del sistema inquisitivo al sistema acusatorio mixto y después, tras unos años de rodaje, al adversarial, dando tiempo a que instituciones como el Ministerio Público, que ni siquiera existían, como dije, en muchos países latinoamericanos, pudieran adquirir la necesaria experiencia para soportar la carga de investigar y acusar con objetividad e imparcialidad; tampoco se mejoró en cuanto a la figura del juez imparcial e independiente, clave en el sistema adversarial; ni se instauró el Jurado, la institución sin la que no se entiende el sistema adversarial. Todo ello sin olvidar que la mejora en los derechos del imputado o acusado fue en muchos casos, a pesar de su consagración legal explícita, varios de ellos en las constituciones políticas, imperceptible en la práctica³⁰.

En suma, se copió el modelo y se instauró un proceso llamado erróneamente acusatorio, muy distinto al adversarial, más nacional, aunque también más homologable internacionalmente.

Por eso las voces discordantes de los mejores juristas en prácticamente todos esos países no tardaron en hacerse notar³¹, y pronto se emprendieron segundas reformas, en algunos incluso una tercera reforma, tendentes a mejorar la estructura institucional, por ejemplo, reforzando verdaderamente la posición jurídica del abogado defensor, generalmente a través de defensorías públicas para personas sin recursos, resolviendo los innumerables problemas que ha planteado la consideración de la prisión provisional desde el punto de vista adversarial (abuso desmedido en muchos países)³², reforzando el enjuiciamiento de la criminalidad organizada, que generalmente da lugar a macroprocesos imposibles de tramitar con las nuevas normas, desformalizando la investigación del delito, muy rígida en la realidad por culpa de las propias normas, el fracaso de las soluciones alternativas (principio de oportunidad), la mejora de la posición jurídica de la víctima, tema que en absoluto es adversarial³³, o

³⁰ Vide el art. 29, IV de la Constitución Política de Colombia de 1991, como ejemplo de buenas intenciones.

³¹ Véase, respecto a Honduras, CUÉLLAR CRUZ, R., «El Nuevo Código Penal Hondureño. Una Explicación desde su visión de política criminal», en Helena Soletto Muñoz, Raquel López Jiménez, Amaya Arnaiz Serrano, Sabela Oubiña Barbolla (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Tirant lo Blanch, Valencia 2025, Vol. 2, págs. 2067 y ss.

³² Por ejemplo, en el Perú, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano», en *La reforma del proceso penal peruano, Anuario de Derecho Penal* (Perú) 2004, págs 113 y ss.

³³ Véase para España, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Das Opfer der Straftat und die Verbesserung seiner Rechtsstellung im spanischen Strafverfahren*, en Tiedemann / Sieber / Satger / Burchard / Brodowski (Hersg.), «Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel», Ed. Nomos (Baden-Baden) 2016, págs. 233 y ss.; y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Neue Wege zum Rechtsschutz der Opfer*

luchando de nuevo enconadamente por una verdadera oralidad, bello concepto muy difícil de asimilar de golpe.

En cuanto al principio del proceso debido legal o del debido proceso, cuando este principio general del Derecho es incorporado a las legislaciones reformistas en América Latina, se constata que no es un principio claro, por un lado, y por otro, que, si simplemente se recoge su dicción literal, las interpretaciones pueden ser tan diversas que resulta peor el remedio que la enfermedad³⁴. Se cae generalmente en la tentación, por tanto, de definirlo o, al menos, explicitarlo.

De este peligro no ha podido o sabido huir casi ningún país americano. El problema básico suele ser que cuando se consagra constitucionalmente se mezclan varias cosas, que, aunque se pueda entender que conforman el proceso debido según la tradición anglosajona, para la tradición latina se trata de cosas diferentes, de manera tal que el principio del debido proceso suele ser, además de *Due Process of Law*, muchos otros principios, como por ejemplo (y México y Colombia serían claros ejemplos de ello)³⁵: 1.º) Principio del juez legal o natural, o juez ordinario predeterminado por la ley, y presupuesto procesal de jurisdicción; 2.º) Principio de legalidad procesal; 3.º) Principio de la imparcialidad judicial; 4.º) Obligación de respeto a los derechos humanos previstos en las leyes, que no es un principio, sino un criterio, salvo que se entienda que refleja el aspecto más importante del principio de la independencia judicial, el sometimiento a la ley; y 5.º) Derecho de defensa, presunción de inocencia, derecho a la prueba y garantía de no autoculpabilizarse.

Con lo cual en esos países, el debido proceso, además de debido proceso es otros muchos principios y garantías constitucionales más, y casi nunca están todos los que, con esa técnica tan irreflexiva, deberían estar, incluido el principio acusatorio.

Pero esos principios pueden tener entidad propia y regulación explícita o implícita en la legislación de naturaleza procesal penal interna (tanto en las constituciones políticas como en los códigos procesales penales), por tanto, no necesitan aparentemente formar parte del debido proceso legal, porque tienen sustantividad por sí mismos y están protegidos todos ellos constitucionalmente, sin perjuicio de que entre todos formen el marco constitucional adecuado

häuslicher Gewalt in Spanien, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2007, núm. 119, págs. 1013 y ss.

³⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., *El núcleo esencial del proceso penal adversarial: Debido proceso legal y equidad. Consecuencias de un posible mal entendimiento en América Latina*, Criminalia (México) 2021, abril, págs. 67 y ss.

³⁵ Vide, por ejemplo, los extensos art. 20 de la Constitución Política de México de 1917 (Constitución de Querétaro), y art. 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

para el proceso penal de una democracia. Se trata de ubicarlos, no de confundirlos entre sí.

Esto puede producir en la práctica que en cualquier país latinoamericano «todo sea proceso debido», que cualquier infracción que se produzca, por mínima que sea, pueda ser vulneración del principio del debido proceso, y si no se alega como tal en el acto oral o en el recurso, seremos vencidos porque la alegación va a ser indubitadamente rechazada o el recurso va a ser inadmitido o desestimado. Lo que se logra con ello es desnaturalizar el principio del proceso debido, quitándole todo valor, y perder energías esforzándose el acusado en demostrar que, además de haberse infringido el derecho que realmente se ha vulnerado, por ejemplo, se le ha condenado con base en una prueba ilícita³⁶, ello afecta también al proceso debido.

En suma, no se ha entendido bien su funcionalidad. *Due Process* es el principio básico que actúa residual o subsidiariamente cuando hay que resolver un tema no previsto específicamente por ningún otro derecho procesal constitucional. No es el único principio del proceso, ni mucho menos se viola siempre que se viole otro principio. Con tamaña extensión se acabará convirtiendo en un principio inoperante, como dije. En Europa se ha entendido mejor, es el derecho al proceso justo o al proceso con todas las garantías, que opera como marco o paraguas subsidiario para que la constelación procesal sea compacta y segura.

Las cortes constitucionales y supremas de Justicia de cada país, en mi modesta opinión, deben hacer un esfuerzo en las interpretaciones que se produzcan del principio, para dejar al debido proceso como principio general, aplicable sólo cuando un acto público en el proceso penal merezca protección constitucional y no esté específicamente previsto por la norma fundamental, o su engarce con la norma máxima en la que podría ampararse fuera demasiado complejo para ser exigible a la parte. Varios ejemplos podrían ponerse: De no estar previstos específicamente, daría fundamento al principio acusatorio y a alguno de los problemas que plantea (condena de un no acusado); configuraría el principio de confrontación, que tiene una entidad jurídica propia distinta a lo que es la mera contradicción; fundamentaría el derecho de defensa en la ejecución de la pena; daría cobertura a la exigencia de resolución judicial en

³⁶ Sobre la prueba ilícita en España, su desarrollo legal y jurisprudencial, v. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Quo vadis Beweisverbot? Restriktive Praktiken in der spanischen Rechtsprechung*, en Sieber, U. / Danneker, G. / Kindhäuser, U. / Vogel, J. / Walter, T. (Hrsgs.), «Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag», Ed. Heymanns, Köln y otras (Alemania), 2008, págs. 1251 y ss. Recomiendo para Estados Unidos CHIESA APONTE, E. L., *Compendio de Evidencia (en el sistema adversarial)*, Ed. Tirant lo Blanch, México 2021, págs. 605 y ss.

actos públicos que afecten a los derechos fundamentales de los ciudadanos sospechosos de haber cometido un crimen; y sería la base constitucional para excluir la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales.

Si se entiende así, operará como criterio básico, en caso de laguna legal, y tendrá más sentido su explicación como clave de bóveda del sistema adversarial, sin el que no se comprende su estructura.

Finalmente, si recordamos también, volviendo a los Estados Unidos, el complejo contenido de la regla de *Fairness*, llegaremos a la conclusión que la mayor parte de los derechos, garantías y principios en que se traduce en los Estados Unidos están reconocidos en las constituciones políticas de los países latinoamericanos, con lo cual no se plantean problemas interpretativos graves, salvo los acabados de indicar.

A la vista de todo ello mi consejo sería, ante legítimos pensamientos reformistas del proceso penal, no copiar y evaluar la situación propia para mejorarla, sin menosprecio de ningún avance internacional, pero manteniendo e identificando siempre una identidad propia.

190. REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF ASCERTAINING THE TRUTH IN ROMANIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

NICOLAE GROFU

PhD Vice-President of the Romanian Association of Penal Sciences Corresponding Member of the Romanian Academy of Legal Sciences Associate Professor – «Al. I. Cuza» Police Academy, Bucharest

I. THE CONCEPT OF ASCERTAINING THE TRUTH

The ascertaining of the truth¹, provided for in Article 5 of the Romanian Code of Criminal Procedure, enshrines the fundamental principle according to which the truth may be established only on the basis of evidence. This entails the obligation of judicial authorities to seek and examine all evidence relating to the act that constitutes the object of the criminal proceedings, the circumstances of that act, and the person of the suspect or defendant. Ensuring the establishment of the truth imperatively requires particular diligence on the part of judicial authorities so that the discovery and administration of evidence are conducted under such conditions as to yield real and useful data for the knowledge of the truth².

¹ In legal doctrine, this principle is unanimously acknowledged, albeit under different designations: the principle of reality (Ion Tanoviceanu, Vintilă Dongoroz, Traian Pop), the principle of establishing the real truth (Vincenzo Manzini), or the principle of establishing the objective (material) truth (Grigore Theodoru).

² Vintilă Dongoroz, *Basic Rules and Actions in Criminal Proceedings*, in «Theoretical Explanations of the Code of Criminal Procedure. General Part,» by V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. M. Stănoiu, Vol. I, Romanian Academy Publishing House, Bucharest, 1975, p. 44.

Truth, in any field of human activity, does not reveal itself spontaneously, not even at the moment when an act is committed. Truth is uncovered through the evidentiary efforts of judicial authorities; it must always be discovered and proven, in all its aspects³, through evidence which must be regarded, in a certain sense, as neutral (neither solely for the prosecution nor solely for the defense), namely the evidence of the case to be resolved on its basis⁴. In general terms, to prove means to demonstrate the existence of a fact or act in the forms admitted or required by law⁵.

In a criminal case, the establishment of the truth must have an objective character, representing the concordance between the facts that occurred in reality and the facts retained in the final judicial decision. The source of judicial errors lies in the lack of overlap between judicial truth (obtained in criminal proceedings) and objective truth (the facts as they occurred in reality)⁶.

Truth is singular; there are no different kinds of truth, only different ways of considering it as established. Thus, one may speak of presumed truth based on formal criteria or legally limited evidence, and of proven truth established by any appropriate means of evidence. According to one doctrinal opinion⁷, truth is better achieved in a mixed procedural system than in a purely accusatorial one, the former allowing the revelation of material truth, while the latter leads only to the attainment of formal truth⁸.

The judge who adjudicates the case must bear responsibility for the solution adopted; he or she must decide according to what has been personally ascertained as true, and not according to what the parties have presented as true. The solution must not depend on the will or ability of the parties to establish the truth or to consecrate as truth an agreement between them, without the judge being convinced that the decision corresponds to reality. In legal doctrine, the inquisitorial system has been regarded as preferable, on the grounds that an objective investigation of the truth conducted by a magistrate,

³ Incomplete knowledge, based on vague and debatable findings, mere assumptions, doubtful evidence, impressions, or subjective beliefs, cannot be regarded as an adequate means of attaining the truth.

⁴ George Antoniu, *Observations on the Draft of the New Code of Criminal Procedure (I)*, in «Re-vista de drept penal» No. 4/2008, p. 17.

⁵ *Vocabulaire juridique*, under the direction of Gérard Cornu, 8th edition, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, p. 716.

⁶ Grigore Theodoru, *Treatise on Criminal Procedural Law*, 2nd edition, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008, pp. 83–84.

⁷ Philippe Conte, *L'instruction: le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVIIth Colloquium of the Institutes of Judicial Studies, Grenoble, 1989, p. 34, *apud* Gheorghită Mateuț, *Treatise on Criminal Procedure. General Part*, Vol. I, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2007, p. 148.

⁸ It is considered that material truth results from the activity of the judicial authority, whereas formal truth results from the activity of the parties before the court.

supported by the judicial police, is more valuable than two half-truths presented subjectively by the parties within a duel-like framework, where passion is inevitably present. At the same time, adversarial proceedings remain necessary, since it is beneficial that each party is heard in the judicial arena, discussion allowing for verification⁹.

II. INCIDENCE UPON CRIMINAL PROCEEDINGS AND CORRELATIONS WITH OTHER PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW

The principle of ascertaining the truth constitutes a fundamental orientation for the entire course of criminal proceedings; the discovery of the truth must represent a constant concern at every stage and in every procedural act. Any acts that would hinder the establishment of the truth must therefore be avoided and removed when they occur, their invocation being incapable of serving the resolution of the criminal case¹⁰.

Nevertheless, the incidence of this principle does not operate where the law exceptionally provides for certain situations¹¹ in which a procedural consequence arises regardless of whether the truth has been established. This demonstrates that the principle of ascertaining the truth possesses a certain degree of relativity.

The effectiveness of the principle is ensured through its correlation with other principles of criminal procedural law: legality (which determines the legal framework within which it operates); the separation of judicial functions; the mandatory initiation and exercise of criminal action (which imply autonomous initiative in clarifying the facts); the right of defense; and the language in which the proceedings are conducted, through which the parties may contribute to proving circumstances that protect their legitimate interests¹². It is also

⁹ Jean Pradel, *Rapport*, Revue internationale de droit pénal No. 1–2/1997, p. 229, *apud* Grigore Theodoru, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰ Vintilă Dongoroz, *Basic Rules*, cited above, p. 44.

¹¹ For example: in the case of withdrawal of the prior complaint or reconciliation of the parties, criminal proceedings come to an end regardless of whether the truth has been established; when a remedy has been exercised only by one of the parties, the court adjudicating that remedy may not place the appellant in a worse position, even if it finds that the challenged judgment is unfounded and contains inadequate factual findings; a final conviction produces its effects in accordance with its provisions, even if it does not reflect the truth.

¹² Grigore Theodoru, *op. cit.*, p. 86.

connected with principles such as adversariality, orality, and judicial review through appeals.

The direct examination of evidence administered during the investigation phase is a decisive condition for establishing the truth in the case under trial, regardless of whether the parties request such examination or whether the defendant is present at trial. At times, the establishment of the truth may require an analysis of acts committed by other persons who have not been sent to trial but whose conduct is related to the facts being adjudicated.

The comprehensive assessment of evidence under conditions of orality and immediacy enables the court to properly evaluate the evidence administered, including the degree of credibility of witness statements and their capacity to perceive and faithfully reproduce the events witnessed. Through the confrontation of evidence, the court may conclude that statements made before investigative authorities, though not maintained before the court, corroborate more convincingly with other evidence in the case file and may therefore be regarded as expressing the truth; conversely, it may form the conviction that statements given before the court are those that reflect the truth. The mere practice of asking a witness whether he or she maintains previous statements given during the investigation, without requesting further explanations regarding the subject matter of the testimony, does not satisfy the principle of ascertaining the truth¹³.

Compliance with the principle of ascertaining the truth in procedural activity is reflected in the evidentiary material contained in each criminal case file. The guarantee of the application of this principle lies in the establishment of permanent and effective control over the manner in which the facts have been determined by judicial authorities¹⁴.

Criminal investigation bodies are obliged to gather and administer evidence both in favor of and against the suspect or defendant. Rejection or bad-faith

¹³ George Antoniu, *The Purpose and Basic Rules of Criminal Proceedings*, in George Antoniu, Nicolae Volonciu, Ion Neagu, Valeriu Stoica, Dana Popescu, Vasile Papadopol, *Criminal Judicial Practice*, Vol. IV, Criminal Procedure (Arts. 1–524 Code of Criminal Procedure), Romanian Academy Publishing House, Bucharest, 1993, p. 24.

¹⁴ The prosecutor verifies whether the criminal investigation body has fully and correctly established the facts of the case; if not, he or she acts by administering new evidence and reassessing it. The lower courts verify whether the accusation formulated by the prosecutor is well-founded and is obliged to clarify, through evidence, any gaps or doubts in the knowledge of the facts. The courts of appeal and cassation are required to verify whether the facts and circumstances retained in the challenged judgment correspond to the evidence and represent the truth, having the authority to quash any decision that is unfounded with regard to the establishment of the facts of the case. Finally, any judicial error may be remedied, under the conditions provided by law, by the court competent to rule on revision (Grigore Theodoru, op. cit., p. 85).

failure to record evidence proposed in favor of the suspect or defendant is sanctioned in accordance with the provisions of the Romanian Code of Criminal Procedure¹⁵.

III. DERIVED PRINCIPLES

The fundamental principle of ascertaining the truth encompasses two adjacent orientations that, in turn, constitute derived principles.

A) The Principle of Freedom of Evidences

The first orientation concerns the evidentiary system in criminal proceedings and constitutes the principle of freedom of evidence. According to this principle, any evidence may be presented and any means of evidence may be used in criminal proceedings. The freedom of evidence and the freedom of evidentiary means are enshrined in the Code of Criminal Procedure¹⁶. The principle represents the rule that any evidence not prohibited by law is admissible¹⁷ in criminal proceedings¹⁸.

The law only prohibits the use of evidentiary procedures involving coercion and establishes the rule of excluding unlawfully obtained evidence¹⁹.

Any party to the criminal proceedings may propose evidence, since by being aware of the circumstances in which the offense was committed, the parties may make an essential contribution to establishing reality by indicating the facts to be proven and the appropriate means of evidence²⁰. A request for

¹⁵ Article 5(2) of the Romanian Code of Criminal Procedure.

¹⁶ Title IV «Evidence, Means of Evidence and Evidentiary Procedures,» Chapter I «General Rules» of the Romanian Code of Criminal Procedure.

¹⁷ Admissibility represents the capacity of evidence to be taken into consideration (for details, see *Vocabulaire juridique*, cited above, p. 31).

¹⁸ George Antoniu, Costică Bulai, *Dictionary of Criminal Law and Criminal Procedure*, Hamangiu Publishing House, 2011, p. 727.

¹⁹ According to Article 102 of the Romanian Code of Criminal Procedure, evidence obtained through torture, as well as evidence derived therefrom, may not be used in criminal proceedings. Likewise, unlawfully obtained evidence may not be used in criminal proceedings. By way of exception, these provisions do not apply where the means of evidence presents formal defects or other procedural irregularities that do not cause harm requiring its exclusion. With regard to derivative evidence, it shall be excluded if it was obtained directly from unlawfully obtained evidence and could not have been obtained otherwise. Exceptionally, such derivative evidence shall not be excluded if the unlawfully obtained evidence is used under the conditions mentioned above (George Antoniu, Costică Bulai, *op. cit.*, p. 333).

²⁰ Grigore Theodoru, *op. cit.*, p. 84.

the administration of evidence may be rejected only by reasoned decision, where the evidence is unnecessary, inconclusive, or irrelevant.

B) The Principle of Procedural Loyalty

The second orientation implied in the principle of ascertaining the truth concerns the obligation of all those participating in any manner in the establishment of the truth to behave with strict correctness. This obligation constitutes the derived principle of procedural loyalty. Lack of loyalty is the cause of numerous judicial error, and the discovery of disloyal conduct by evidentiary subjects (witnesses, experts, interpreters, parties who have used forged documents or other fabricated or false evidence etc.) constitutes grounds for the reopening of criminal proceedings.

Disloyal procedural conduct may also consist of acts committed by persons other than procedural subjects (such as persons who cause material evidence or traces of the offense to disappear, who, knowing of evidence²¹ or holding a means of evidence, fail to bring it to the attention of judicial authorities, or who remove or destroy evidence contained in a criminal case file). All such violations of the principle of procedural loyalty are criminalized by the Criminal Code as offenses obstructing the administration of justice or as offenses of forgery in official documents.

The obligation of correctness in the administration of evidence also rests upon defense counsel²², who have the professional duty to contribute, in a fair manner, to establishing the truth concerning circumstances favorable to the party they represent²³.

Procedural acts founded upon false evidence are always annulled.

²¹ Vintilă Dongoroz, *Basic Rules*, cited above, p. 45.

²² In American judicial practice, the concept of *Bad Lawyering* is used to designate the performance of an ineffective, incompetent, or overburdened defense attorney. A lawyer's failure to investigate, to call witnesses, or to prepare adequately for trial may lead to the conviction of innocent persons (for details, see materials available at <http://www.innocenceproject.org/understand/Bad-Lawyering.php> – consulted on 20 December 2025).

²³ Grigore Theodoru, *op. cit.*, p. 85.

191. USING TORT LAW TO PUNISH RETURNING OFFICERS FOR DISENFRANCHISING CANDIDATES IN KENYA

DR. CHARLES A. KHAMALA

Advocate of the High Court of Kenya
Dean & Senior Lecturer, Faculty of Law
The Catholic University of Eastern Africa

I. INTRODUCTION

1. Background

In 2007, the Election Commission of Kenya's Chairman publicly confessed to declaring President Mwai Kibaki victorious «despite not knowing whether (he) won fairly»¹. Ensuing post-election violence precipitated International Criminal Court indictments of individuals suspected of bearing the greatest responsibility for atrocity crimes². Despite promulgating a progressive Constitution in 2010, opposition candidates still accuse the successor electoral body of massaging polls to achieve legality without legitimacy³. Nowa-

¹ Charles Alenga Khamala *Crimes Against Humanity in Kenya's Post-2007 Conflicts: A Jurisprudential Interpretation* (Wolf Legal Publishers, 2018) 1.

² *The Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*; Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute ICC-01/09-01/11-373 04 February 2012, Pre-Trial Chamber II; *The Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*; Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute Situation in the Republic of Kenya No.: ICC-01/09-02/11 Date: 23 January 2012 Pre-Trial Chamber II.

³ Greg Mills, Olusegun Obasanjo, Jeffrey Herbst and Dickie Davis, *Making Africa Work: A Handbook* (Hurst, 2017).

days, sophisticated rigging techniques have earned Kenya the classification of a «counterfeit democracy»⁴. Unprecedentedly, in 2017, a 4-2 Supreme Court decision nullified Uhuru Kenyatta's re-election for being neither verifiable nor transparent⁵. Nonetheless, albeit blighted by the opposition's boycott, Kenyatta easily won the re-run⁶. Yet, the Independent Electoral and Boundaries Commission (IEBC) Chairman Wafula Chebukati retained his position. In 2022, it was hardly coincidental that rigging allegations split the IEBC Commissioners into two factions, shattering the public's confidence in the polling institution, the electoral process and in the country's leadership. However, the Supreme Court dismissed Raila Odinga's presidential election petition as mere «hot air and a wild goose chase»⁷. In 2023, widespread street protests against the Finance Bill simultaneously demanded for opening of digital servers to expose suspected tampering with the electronic tallying trail. Protracted disputes over electoral transparency and accountability demonstrate the double whammy of «strategic rigging.» Its primary impact on unsuccessful candidates may be measured in terms of wasted campaign resources, squandered emotional capital and futile election petitions. Its secondary impact on the wider citizenry comprises distorting democratic choice and diminishing good governance.

Public officials allegedly acquiesce in technological rigging, ranging from manipulating procurement tenders or hiring offshore technicians to corrupting the vote-tallying process⁸. Meanwhile, the press may publicize trumped up criminal charges to scandalize anti-establishment candidates. Yet, Odinga's successful election petition against an unjust 2017 presidential poll result was not accompanied by criminal prosecution of delinquent electoral officials. Resultant recidivist rigging shows that culprits remain undeterred and unrepentant⁹. Which legal remedies may rectify cyclical electoral injustice? First, deliberate illegalities by public officers may attract criminal investi-

⁴ Nic Cheeseman and Brian Klass, *How to Rig an Election* (New Haven, CT and London: Yale University Press, 2018).

⁵ Jason Burke, «Kenyan Supreme Court Annuls Uhuru Kenyatta election victory» *The Guardian*, 1 Sep 2017

⁶ *The People Versus Uhuru Kenyatta: Lessons from Challenging the 2017 Fresh Election Result; A Civil Society Story of Change* (International Commission of Jurists and Katiba Institute).

⁷ *Odinga & 16 others v Ruto & 10 others; Law Society of Kenya & 4 others (Amicus Curiae)* [2022] KESC 56 (KLR).

⁸ Ibid.

⁹ Charles A. Khamala, «Deliberative Democracy without Public Participation in Kenya's Elusive Search for Electoral Justice» in Ogechi E. Anyanwu, Lisa Day, Daniel Joséph, Iddah A. Otieno and Joshua D. Farrington (eds.) *Ancient and Modern: The African Experience* (Eastern Kentucky University Libraries, 2025) 489-536.

gation¹⁰. However, the absence of criminal prosecutions obtains from a reluctance of police to punish fellow public officials¹¹. Second, *ultra vires* administrative acts may attract judicial review. While such orders yield rapid relief, the process is based on affidavit evidence which lacks discoveries and cannot support punitive responses¹². Third, to vindicate the rule of law, deter future offenders or denounce official misconduct, exemplary damages may accrue from the private law tort of misfeasance in public office¹³.

In what follows, section 2 constructs a theoretical framework based on the tort of misfeasance in public office. Private law protects against malicious acts by public servants, which violate article 38 political rights. By contrast, Chapter 6 of the Constitution on Integrity and Leadership mandates the IEBC to disqualify unsuitable candidates from contesting for State office. Nonetheless, to the extent that such ineligibility is predicated on vague or subjective criteria, such disenfranchisement provisions within and without the Constitution are problematic. While civil society activists assert that good governance, transparency and accountability are important national values which justify exclusion of immoral and unethical persons from holding State office¹⁴, section 3 of this paper argues that such vague punishments undermine political rights.

Section 4 displays several decided cases illustrating a contradiction between permitting felons to vie while excluding impeached candidates from doing so. Pending exhaustion of their appeals, convicted persons are permitted to hold State or public offices. This test is legal. Conversely, irrespective of pending appeals, governors who are impeached by County Assemblies are disqualified from holding public office for ten years.¹⁵ This test is political. Section 5 explains how private law may overcome the statutory authority defence, normally available to public officers who rig elections. In conclusion, not only are wrongly disenfranchised candidates entitled to exemplary damages, but also the public simultaneously benefits from sanctioning IEBC or judicial offi-

¹⁰ section 43, Elections Act, 2011.

¹¹ Ibid. section 59.

¹² Donal Nolan, «A Public Law Tort: Understanding Misfeasance in Public Office» in Kit Barker, Simone Degeling, Karen Fairweather and Ross Grantham (eds) *Private Law and Power* (Oxford and Portland Oregon: Bloomsbury, 2017) 177-205.

¹³ James Goudkamp, «Reforming English Tort Law Lessons from Australia» in Eoin Quill and Raymond J. Friel (eds.) *Damages and Compensation Culture Comparative Perspectives* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016) 75-94 at 82-3.

¹⁴ *Okoiti & 15 others v Attorney General & 7 others; Commission on Administrative Justice & 15 others* [2022] KEHC 3209 (KLR).

¹⁵ Art 99, Constitution of Kenya (Nairobi: Government Printer, 2010).

cers who are motivated by bad faith to overreach their mandates of vetting ineligible candidates.

2. No Remedies for Injuries Caused by Public Authorities

Kenya's inherited administrative law contains a rebuttable presumption that «the king's servants can do no wrong»¹⁶. Yet, since colonialism, «the country has had 'rulers' not 'public servants'»¹⁷. Problematically moreover, no damages are generally awardable for wrongful acts which inflict losses. The law of negligence limits a plaintiff's remedies to circumstances where defendants owe them a duty of care¹⁸. However, public officers owe no such duty. The *de facto* plea of acting with statutory authority comes to their defence¹⁹. Only where losses are caused by public officers acting intentionally and unlawfully in bad faith may courts impose exemplary damages. For example, on prison officers who torture, police officers who abduct, or on returning officers who wrongfully disenfranchise.

II. USING PRIVATE LAW TO CONTROL PUBLIC POWER

1. Misfeasance in Public Office

Misfeasance in public office is an intentional, unlawful act of a public servant which causes loss to an individual. In the ancient English case of *Ashby v White*²⁰, for preventing Ashby from voting, White was liable for nominal damages. Three centuries later, in *Farrington v Thompson*²¹ and *Roncarelli v Duplessis*²², Australian and Canadian courts respectively awarded exemplary damages for arbitrary revocation of business licences. Across the Commonwealth, late 20th century litigation holding abusive public servants accountable gathered momentum. However, since it is not possible for a regulatory autho-

¹⁶ Nolan *supra* (n 12).

¹⁷ Musa I. A. Segita «The Future of Administrative Law in Kenya» (2017) *Kabarak Journal of Research & Innovation*, Volume 4, Number 2, 84-92 at 85.

¹⁸ *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

¹⁹ Ken Oliphant, *The Law of Tort* (2nd ed) (Butterworths, 2007) 425-6.

²⁰ (1703) 92 ER 126; McGregor, *On Damages* (20th ed.) (Sweet & Maxwell, 2018) paras 1545-6.

²¹ [1959] VR 286; W. E. Peel and J Goudkamp, *Winfield & Jolowicz on Tort* (Sweet & Maxwell, 2014) 225-227.

²² [1959] SCR 121.

riety to be liable in negligence for exercising supervisory functions, the UK House of Lords' landmark decision in *Three Rivers District Council v The Bank of England*²³, dismissed claims by 6,000 BCCI depositors. It held that four elements should be proven for the intentional tort of misfeasance in public office. (1) A public officer (2) in the functions of his office (3) performs an unlawful act accompanied with a mental element of intent and bad faith, that (4) causes loss to the claimant. Some elaboration illustrative.

First, any government employee serving the public interest is a public officer. They include prison officers, police officers and returning officers²⁴. Second, the impugned act betraying public trust must be performed in one's course of employment. Their superiors and the state are vicariously liable²⁵. Third, no liability generally attaches for harmful or even unlawful acts by the government, unless accompanied by intentionality and bad faith by the particular public servant. Neither of these two limbs of bad faith were present in *Three Rivers*. Limb one, «targeted malice,» requiring the defendant to act without power, intentionally and for an ulterior or malicious motive to injure the claimant²⁶. Limb two, «illegality,» where the defendant acts without honest belief of his act's lawfulness and with knowledge that it shall probably cause losses to the claimant²⁷.

Fourth, the claimant must incur loss. In *Kuddus v Chief Constable for Leicestershire Constabulary*²⁸ on receiving an incident report, a policeman forged the claimant's signature by signing a statement withdrawing the complaint. But there was no guarantee that police investigation would have triggered a prosecution. Nonetheless, for hurting the complainant's feelings, an exemplary damages claim succeeded. In *Muuse v Secretary of State for the Home Office*²⁹ a Somali immigrant was detained and threatened with deportation, while police ignored his solicitors' letters validating his status. UK Sterling pounds £25,000 (currently Kshs 4,384,927.50) in basic compensatory damages were awarded for humiliation.

²³ [2001] UKHL 16.

²⁴ Nolan *supra* (n 12) 178.

²⁵ Ibid. 179.

²⁶ Ibid. 180.

²⁷ Ibid. 183.

²⁸ [2001] 3 All ER 193; and [2001] 2 AC 122. Clerk and Lindsell, *On Torts* (Sweet & Maxwell, 2018) 33.

²⁹ [2010] EWCA Civ 453. Vera Bermingham, *Nutshells Tort* (10th ed.) (Sweet & Maxwell, 2014) 17-18.

2. International Origin and Constitutional domestication of the Right to Candidacy

The 1948 Universal Declaration on Human Rights provides everyone with the rights «to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives» and to «equal access to public service in his country.» Furthermore, the will of the people «shall be the basis of the authority of government [...] expressed in periodic and *genuine elections* [...] by universal and equal suffrage [...] held by secret vote or by equivalent free voting procedures»³⁰. The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights grants «the right to vote in elections» and «the right and the opportunity...to take part in the *conduct of public affairs*, directly or through freely chosen representatives»³¹. Article 2(5) of Kenya's Constitution domesticates international treaties, including the relevant African Charter on Human and Peoples' Rights provision³². Article 38 of the Constitution confers every citizen with rights «to *free, fair and regular elections* based on universal suffrage and the free expression of the will of the electors for [...] any executive public body or office established under the Constitution.» Moreover, in pertinent part, «every adult citizen has the right, without unreasonable restrictions» to not only «vote by secret ballot in any election or referendum» but also «to be a *candidate* for public office, or office within a political party of which the citizen is a member and, if elected, to hold office»³³.

Political rights are not absolute. They are constrained by numerous barriers, such as ethical and moral hygiene, in addition to attaining the age of majority and gathering signatures from thousands of registered voters³⁴. Significantly, at the August 2010 referendum the High Court recognized the right of prisoners to vote³⁵. Since 2017, they vote in presidential elections³⁶. Simi-

³⁰ Article 21, Right to take part in government, The Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the United Nations General Assembly Resolution 217 A, at Paris on 10 December 1948. (emphasis supplied)

³¹ Article 25, «Right to Political Participation» International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976. (emphasis supplied)

³² Article 20, African Charter on Human and Peoples' Rights (the Banjul Charter) adopted in Nairobi, 27, June 1981, entered into force 21, October 1986. (emphasis supplied)

³³ Art 38, Chapter IV on the «Bill of Rights,» enshrining «political rights» Constitution.

³⁴ Art 99(1) Ibid.

³⁵ «Kenyan Prisoners Allowed to Vote in Constitutional Referendum» *Prison Legal News*, 15 February, 2011, 28

<https://www.prisonlegalnews.org/news/2011/feb/15/kenyan-prisoners-allowed-to-vote-in-constitutional-referendum/> (accessed on 29 March 2025).

³⁶ Brenna Daldorph, «In Kenya this Month, Prisoners Voted for President for the First Time Ever» *The World*, 22 August, 2017 <https://theworld.org/stories/2017-08-22/kenya-month-prisoners-voted-president-first-time-ever> (accessed on 29 March 2025).

larly, Canada does not restrict any convicted persons from voting³⁷. Conversely, in the United States only two states, Maine and Vermont, allow convicted prisoners to vote³⁸. Other states distinguish between felons and non-felons. In the UK, prisoners cannot vote³⁹.

III. THE LIMITS OF CANDIDATES' DISENFRANCHISEMENT IN KENYA

1. Disenfranchisement for Criminal Convictions

Kenyan case law provides evidence of successful challenges against unfair disenfranchisement. In *Raphael Mbondo v Paul Ngei*⁴⁰, an electoral court nullified the election and barred former detainee, Ngei, from vying for the Kangundo parliamentary constituency upon his threatening Mbondo with violence and physically impeding him from submitting nomination papers. President Jomo Kenyatta pardoned Ngei⁴¹. Conversely, in *International Commission of Jurists v Uhuru Kenyatta and William Ruto*⁴², the Constitutional Court upheld the candidates' unlimited fair hearing rights, including the presumption of innocence, while their case was pending before the ICC. In *Luka Lubwayo v Otieno Kajwang*⁴³, despite the Senatorial candidate for Homa Bay having been thrice struck off the Roll of Advocates, he had since been reinstated. As a discharged bankrupt, Kajwang was as qualified to run for office, just like a person convicted of less than six months imprisonment. In *Musikari Kombo v Moses Wetangula*⁴⁴, Bungoma Senator Wetangula was guilty of bribing and treating 260 pastors and bishops at the Red Cross with Kshs 260,000. After the High Court annulled Wetangula's election, he won the by-election. However, two weeks to the by-

³⁷ Richard J. Wilson, «The Right to Universal, Equal, and Nondiscriminatory Suffrage as a Norm of Customary International Law: Protecting the Prisoner's Right to Vote» in Alec C. Ewald and Brandon Rottinghaus (eds.) *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* (Cambridge University Press, 2009) 109-135.

³⁸ Christopher P. Manfredi, «In Defense of Prisoner Disenfranchisement» in Alec C. Ewald and Brandon Rottinghaus (eds.) *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* (Cambridge University Press, 2009) 259-280.

³⁹ Alecia Johns, «The Case for Political Candidacy as a Fundamental Human Right» (2016) *Human Rights Law Review*, 16, 29-54.

⁴⁰ [1975] KEHC 7 (KLR).

⁴¹ Myles Osborne, «'The Cat with Nine Lives': Paul Ngei and the Making of Modern Kenya» (2012) *Journal of Eastern African Studies*, 6, 2, 196-210.

⁴² [2013] eKLR.

⁴³ [2013] KEHC 6324 (KLR).

⁴⁴ [2013] eKLR para 144.

election, his appeal was dismissed⁴⁵. On second appeal, the Supreme Court⁴⁶ held that Wetangula «has not been convicted of an election offence, (and) hence he cannot be barred. You can commit an offence, but you have not been convicted of that offence»⁴⁷. Finally, in *John Waluke v R*⁴⁸, Sirisia MP Waluke was reprieved in 2024, when the Court of Appeal overturned his conviction and 67-year jail term for forgery, uttering forged documents and obtaining Kshs 313 million by false pretences from the National Cereals and Produce Board⁴⁹. While on bail pending appeal, he contested and won the 2022 parliamentary elections.

2. Disenfranchisement for Political Impeachment

*Ferdinand Waititu v IEBC*⁵⁰ was dismissed for want of prosecution. Impeached Kiambu Governor Waititu challenged IEBC for barring him from contesting for the Nairobi governor by-election. He denied having been convicted of any offence and insisted on the right to vie for governor⁵¹. Similarly, in *Gideon Sonko v The Clerk, County Assembly of Nairobi City*⁵², former Nairobi governor Sonko had pending cases challenging his impeachment. Nonetheless, based on an Ethics and Anti-Corruption Commission report, the IEBC disqualified him as unfit to run in the August 2022 Mombasa governor polls⁵³. In *Sonko v Supreme Court of Kenya*⁵⁴, Sonko sought judicial review against the Supreme Court's deliberate procedural irregularities violating his Article 38 political rights and Article 50 fair hearing rights. The High Court struck out the case for lack of jurisdiction⁵⁵. Although both Waititu and Sonko

⁴⁵ Shitemi Khamadi, «How Senator Wetangula Committed an Electoral Offense» *Ole-Shitemi*, 10 November, 2015. <http://www.shitemi.com/politics/how-senator-wetangula-committed-an-electoral-offense/> (accessed on 29 March, 2025).

⁴⁶ [2015] KESC 12 (KLR).

⁴⁷ Aggrey Mutambo, «Wetangula Defends Himself as he faces Special IEBC Committee» *The Nation*, 12 January, 2016 <https://nation.africa/kenya/news/politics/wetangula-defends-himself-as-he-faces-special-iebc-committee-1160326?view=htmlamp> (accessed on 29 March 2025).

⁴⁸ (Anti-Corruption and Economic Crimes Appeal) [2022] KEHC 13795 (KLR).

⁴⁹ Susan Muhindi, «Court overturns 67-year Jail Term for Waluke, Wakhungu» *The Star*, 11 October, 2024 <https://www.the-star.co.ke/news/2024-10-11-court-overturns-67-year-jail-term-for-waluke-wakhungu>

⁵⁰ [2021] KEHC 13525 (KLR).

⁵¹ Jillo Kadida, «Waititu sues IEBC for Blocking his Nairobi Governor Bid» *The Star*, 8 January, 2021. <https://www.the-star.co.ke/counties/coast/2021-01-05-waititu-sues-iebc-for-blocking-his-bid-for-nairobi-governor-race> (accessed on 9 September 2025).

⁵² [2021] KEHC 13091 (KLR).

⁵³ «Sonko Disqualified from Mombasa Governor Race» *The Star*, 4 June, 2022.

<https://www.the-star.co.ke/counties/coast/2022-06-04-sonko-disqualified-from-mombasa-governor-race>

⁵⁴ [2023] KEHC 17295 (KLR).

⁵⁵ Application No. 25 of 2022 (Arising from Reference no. 35 of 2022) *Mike Sonko Gideon Kioko Mbuvi v The Attorney General of the Republic of Kenya*.

were yet to be convicted or exhaust their appeals against impeachment, they were barred from vying in the 2022 gubernatorial polls.

3. Test Cases to Determine IEBC's Jurisdiction

In *Okoiti v AG*⁵⁶, the High Court declined jurisdiction to interpret the Constitution's ethical crimes under Chapter 6 on Leadership and Integrity as being a hypothetical case. Most recently, in *IEBC v Sabina Chege*⁵⁷, the Supreme Court upheld the IEBC's power to determine a candidate's eligibility to stand elections. The High Court and Court of Appeal blocked IEBC from summoning legislator Chege regarding her comments insinuating that the 2017 election was rigged in favour of President Kenyatta⁵⁸. The Supreme Court disagreed, holding that the Electoral Code of Conduct, a constitutional document, could be used to prevent her from contesting in the 2022 elections. Hence, the IEBC can punish using its electoral Code of Conduct. The question is, on what criteria is disqualification of candidates based?

IV. PROTECTING CITIZENS FROM ELECTING INELIGIBLE CANDIDATES

1. IEBC as a Consumer Protector

Unfairly excluding individuals through disenfranchisement prevents them from defining their identities or expressing their autonomy⁵⁹. In product liability tort, causing injury occurs with products that are inherently unsafe, but are still put in the hands of the consumer⁶⁰. In the political context, some candidates may be dangerous to democracy or to the citizens or both. Under Articles 97 and 98 of Kenya's Constitution, the electorate have the right to recall their Member of Parliament before his term ends⁶¹. Additionally, it is not possible to hold elective office, as a State Officer, if one is subject to an

⁵⁶ *Supra* (n 14).

⁵⁷ [2023] KESC 74 (KLR).

⁵⁸ Brian Kimani, «Supreme Court Dismisses IEBC Case on Sabina Chege Election Rigging Claim» *Kenya's.co.ke* 12 September, 2023 <https://www.kenyans.co.ke/news/92904-supreme-court-dismisses-iebc-case-challenging-sabina-chege> (accessed on 6 September 2025).

⁵⁹ Wilson *supra* (n 37).

⁶⁰ Jane Stapleton, *Product Liability* (Butterworths, 2005).

⁶¹ Article 104, Constitution; See also section 45, Elections Act, 2011.

imprisonment sentence of at least six months, provided that all possibilities of appeal or review have been exhausted⁶². Other disqualifying factors include: being found to have misused or abused a State Office or public office or in any way to have contravened Chapter 6 on Leadership and Integrity⁶³.

A prospective candidate's non-derogable right to a fair hearing enshrines their presumptions of innocence and of harmlessness. These rights reduce the scope of disenfranchisement law. On one hand, the Constitution enshrines political rights conferring individuals with a liberty to hold political office. Such inherent freedom demands an objective, juridical or normative standard of proof beyond reasonable doubt to negate. On the other hand, the same Constitution's ethical rules (Chapter 6 on Leadership and Integrity, articles 97-99 and the Elections Act) empowers IEBC officials to disqualify unqualified, improper or dangerous candidates. Dangerousness is measured by an Actuarial Risk Assessment Instrument and varies depending on time and place. In 2022, past conduct of Kenya's impeached gubernatorial candidates resulted in disenfranchisement, despite having pending cases challenging their impeachments. However, punishing endangerments to prevent harm tends to overcriminalize⁶⁴. Since risk-perceptions are culturally contingent, their existence derives from a political process designed to inculcate ethical leadership. Such political disqualification creates a semi-crime by which a small coterie of elected citizens is permitted to deprive a fellow citizen's individual rights. There is need to reconsider the potential that such majoritarian vote may unfairly defeat individual rights.

2. Whither Exemplary Damages for Election Rigging

The law on exemplary damages was reshaped in *Rookes v Barnard*⁶⁵ to narrow it down and avoid overlap with criminal law. Since *Obongo v Municipal Council of Kisumu*⁶⁶, Kenyan courts follow Lord Devlin's categories: oppressive government action, profit-seeking conduct by the defendant, or statutory authorization, always stressing restraint and using these damages to punish, not just compensate. This paper argues that if by way of public officer

⁶² Articles 97 and 98, *ibid.* the electorate have the right to recall their MP.

⁶³ Articles 97, 98, 137, 177, and 180, Constitution; A person qualifies to be nominated as an independent candidate for presidential, parliamentary and county elections.

⁶⁴ Charles A. Khamala, «Overcriminalization by Containment without Covid: Inside Kenya's Refugee Camps» in Chirag Balyan & Garima Pal (eds.) *Criminalization: Politics and Policies* (The Netherlands: Brill, 2025) 195-222.

⁶⁵ [1964] AC 1129.

⁶⁶ [1971] EA 91. Thanks to Momanyi Bwononga for pointing this out.

misfeasance, a nominated candidate is prevented from contesting, then liability should reside with the electoral body to compensate the claimant for humiliation and injured feelings. Like for product liability law, electoral law does not leave voters exposed to «buyer beware» or «caveat emptor.» While consumer protection logics introduce a precautionary principle on manufacturers, so also IEBC is mandated to screen electoral hygiene. However, the tort of misfeasance in public office circumvents the statutory authority defence, thus imposing vicarious liability on IEBC for public officer misfeasance, thereby restricting its disenfranchisement discretion. On the pain of exemplary damages, the IEBC has a responsibility to examine the credentials of nominated candidates objectively and in good faith.

V. CONCLUSION

If prospective candidates meet the qualifications to vie for an elective position, but in bad faith are intentionally and illegally prevented from contesting, then liability resides with the public officer to compensate the claimant for emotional damage. Unavailability of the statutory authority defence to misfeasance in public office explains why courts may impose vicarious liability on the IEBC for disenfranchising candidates through oppressive, arbitrary or unconstitutional action. Clearly, abusing power to disenfranchise eligible candidates from competing violates their political rights. This attracts exemplary damages to deter and express outrage against abuse of the candidates' dignity. Second, IEBC's implementation of integrity standards to reject nominees is subject to electoral petition or judicial review by the courts. Previously, under the old Constitution, electoral offences were sufficient to disqualify prospective candidates. Under the 2010 Constitution, disenfranchised candidates have successfully challenged the IEBC's decisions by way of judicial review. In 2013, despite Kenyatta and Ruto facing ICC indictments, the Constitutional Court permitted them to contest the Presidency and Deputy Presidency, since a candidate's presumption of innocence is valid pending his final appeal. This remains valid law. Third, in *Chege*, the Supreme Court endorsed the IEBC's appeal to vet a candidate's eligibility using the Election Code of Conduct. So far, no criminal prosecutions have been preferred to deter recalcitrant Commission officers from abusing their disenfranchisement power. Instead, the tort of misfeasance in public office, is proposed –to disable public officers from acting in bad faith or on ulterior motives to exclude qualified candidates– and from pleading statutory authority defences.

192. LA LIQUIDACIÓN VINCULADA A DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

ISAAC MERINO JARA

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (UPV-EHU)

I. ANTECEDENTES

Hay que remontarse, al menos, a 2008, para encontrar los antecedentes de la regulación actual de la materia a la que dedicamos el presente artículo, destinado al merecido libro-homenaje al profesor De la Cuesta Arzamendi, en el que me honra participar.

Ese antecedente, que es la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), nos permite ver cómo hemos llegado a la actual redacción del artículo 305 del Código Penal, y su regulación complementaria de la Ley General Tributaria (LGT). En ella se señala que incluía, entre otros, como objetivo de la reforma «que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. Tras la reforma del Código penal deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180, de la disposición adicional 10.^a y demás normas concordantes de la Ley General Tributaria. Por último, la Administración tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia.»

Lo cierto es que esa declaración no se plasmaba con claridad en el artículo 305.5 CP propuesto, pues, disponía que «en los procedimientos por el delito contemplado en este artículo la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».

El Informe del Consejo del Poder Judicial, fechado el 26 de enero de 2009, a dicho Anteproyecto de Ley Orgánica, expone con claridad la inexistencia de sintonía, ya que manifestaba que «cuando se examina el contenido del artículo 305.5 se observa que en él no se alude a la duplicidad ni compatibilidad de los procedimientos administrativo y penal, ni muchos menos a una excepción al principio de prejudicialidad penal, que implicaría un cambio legal de calado constitucional», argumentando acto seguido que la reforma propuesta era insostenible en estos literales términos:

«El deseo de compatibilizar los procedimientos administrativo y judicial penal presenta problemas prácticos de difícil solución. Es evidente que la deuda tributaria que pueda liquidar la Administración Tributaria por su cuenta no puede vincular al órgano judicial, ni siquiera en lo que a la responsabilidad civil derivada de delito se refiere. Esto abre la puerta a una posible duplicidad de deudas por importes distintos decididas por distintos órganos del Estado, en contra de la doctrina constitucional que afirma que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir a la vez para distintos órganos del Estado sin vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se deduce de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 62/1984, de 21 de mayo; 158/1985, de 26 de noviembre; y 30/1996, de 22 de febrero). Contradicción inútil, por lo demás, porque, finalmente, debería resolverse a favor de la actuación jurisdiccional frente a la administrativa, tal y como asentó muy tempranamente la STC 77/1983, de 3 de octubre.

Aunque las normas penales que, como ésta, desde un principio suscitan serias dudas interpretativas deben ser corregidas antes de su entrada en vigor, para evitar, precisamente, dificultades en su aplicación, no obstante puede hacerse un esfuerzo interpretativo que eluda los anteriores inconvenientes, en el sentido de que la deuda tributaria defraudada pueda reclamarse en la vía administrativa por el procedimiento de apremio, pero una vez haya recaído sentencia condenatoria firme en el orden penal. De modo que, pese a la duplicidad de los procedimientos administrativo y penal, podría interpretarse que el artículo 305.5 se refiere a la reclamación administrativa de la deuda fiscal tras finalizar el procedimiento penal. Según esta posible interpretación, una vez establecida por la jurisdicción penal la condena comprensiva de la pena de multa, así como el importe de la cuota defraudada y la cuantía de la responsabilidad civil derivada del

delito fiscal, la jurisdicción penal se vería descargada de la labor puramente recaudatoria que se instrumentaría a través del procedimiento administrativo recaudatorio de apremio por parte de la Administración tributaria.

Esta interpretación evitaría los problemas de culpabilidad y de presunción de inocencia indicados anteriormente, que derivarían de la compatibilidad temporal de ambas vías procedimentales. Pero, en cambio, presentaría otros inconvenientes de difícil solución. Desde el punto de vista técnico y práctico, carece de sentido el posible recurso al procedimiento administrativo de apremio para recaudar la deuda tributaria que integra la responsabilidad civil derivada de delito, con los intereses de demora e incluso la pena de multa, ya que la sentencia firme dictada por la jurisdicción penal constituye un título ejecutivo que es igualmente ejecutable de forma sumaria en el correspondiente procedimiento de ejecución de sentencia, con la misma o mayor celeridad que el procedimiento administrativo de apremio. En segundo lugar, atribuir a un procedimiento administrativo la facultad de cobrar la multa impuesta en la sentencia penal resultaría contrario a la competencia para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que atribuyen en exclusiva a los Juzgados y Tribunales los artículos 990 de la LECrim y 117.3 de la Constitución.

Por consiguiente, la previsión del artículo 305.5 resulta en todo caso confusa, ya que no permite aclarar si pretende una duplicidad de los procedimientos administrativo y penal durante la instrucción penal, con los graves problemas que ello generaría, o bien la reserva del procedimiento administrativo de apremio tras la finalización del procedimiento penal, en cuyo caso existen otros serios problemas que difícil solución».

Finalmente, el controvertido párrafo de la Exposición de Motivos, no se incluyó en el Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En efecto, se omitió cualquier referencia al procedimiento de liquidación y recaudación, en consonancia, ahora sí, con lo dispuesto en el nuevo apartado 5 del artículo 305, que, con efectos 23 de diciembre de 2010, establecía que «en los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».

No obstante, el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo 1426/2017, de 25 de septiembre, recurso 2994/2016, para unificación de doctrina, manifestó que «la reforma introducida, en el Código Penal, por la LO 5/2010, de 22 de junio, ya supuso una modulación en el sistema de prefe-

rencia absoluta de la jurisdicción penal que caracterizaba al régimen jurídico anterior a la modificación del sistema derivada Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, y de la ley 34/2015. De esta manera, aunque se mantenga el efecto suspensivo sobre el procedimiento inspector, la Administración tributaria no resultaba desposeída de su facultad para liquidar la deuda tributaria como consecuencia del ejercicio del «ius puniendi» que corresponde al juez penal, aunque, naturalmente, la liquidación resultante había de ser considerada provisional y condicionada por lo que, en definitiva, resultase del proceso penal. De esta manera, la preferencia penal absoluta quedaba ya limitada al procedimiento sancionador tributario, que es el ámbito específico y propio del principio «non bis in idem», añadiendo acto seguido que «el artículo 103 e), último inciso, del Reglamento General de las Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de Desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGAT), dispuso ya que, pese a la interrupción justificada por el pase del expediente a la jurisdicción penal, cuando ello sea posible y resulte procedente, pueden practicarse liquidaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.4 LGT.

Asimismo, el artículo 190 RGAT, relativo a las clases de liquidaciones, prevé en su apartado 3, la posibilidad de practicar liquidaciones provisionales cuando exista una reclamación judicial o proceso penal que afecte a los hechos comprobados. Se trataba de previsiones normativas ya vigentes, con rango reglamentario, que posibilitaban la práctica de liquidaciones provisionales en los casos en que estaba abierto un proceso penal que afectase a los hechos comprobados administrativamente.»

En esa línea se inscribieron, entre otras, las RRTEAC para unificación de criterio de 4 de diciembre de 2014 (RG 8667/2012) y 10 de septiembre de 2015 (RG 2660/2014).

II. LA REGULACIÓN ACTUAL A TRAVÉS DE INFORMES PRECEPTIVOS, PERO NO VINCULANTES, DE DIVERSO ORIGEN

La idea de la duplicidad de los procedimientos de liquidación y recaudación, dependiendo de que las actuaciones estuvieran o no vinculadas a posibles delitos contra la Hacienda Pública, que ya rondaba en el Ministerio de Hacienda, como hemos visto, reaparece antes de que pasaran dos años, con ocasión de otra modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, la llevada a cabo en 2012.

Ahora sí, desde el inicio, como vamos a comprobar, existe concordancia entre la Exposición de Motivos, –después, Preámbulo–, y el articulado.

Dicha Exposición de Motivos establecía que con esta reforma «se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la administración. La sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro, pero podrá paralizarla el juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación. Y también se atiende a una exigencia del ordenamiento comunitario, ya que las autoridades comunitarias vienen reclamando a España una reforma de su sistema legal para que la existencia de un proceso penal no paralice la acción de cobro de las deudas tributarias que constituyen recursos propios de la Unión Europea.»

En consonancia con ello, en el Anteproyecto de 2012 ya se incluía un nuevo apartado 5 del artículo 305 CP del siguiente tenor:

«Cuando la Administración tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte, los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.»

El nuevo artículo 305.5 CP se subdivide en tres párrafos: el primero y el segundo se refieren a las facultades de liquidación de la Administración tributaria cuando se aprecien indicios de delito contra la Hacienda Pública, mientras que el tercero dispone que la existencia de un procedimiento penal por el delito indicado no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria, salvo las excepciones que expresamente contempla. El CP distingue, «la deuda integra-

ble en la actuación delictiva –y consecuentemente resarcible como responsabilidad civil– y la duda mantenida por el deudor tributario y que resulta ajena a la actividad enjuiciada.» (STS, Sala de lo Penal 1185/2024, de 8 de enero de 2025). La liquidación provisional no es requisito de procedibilidad para incoar un procedimiento penal por un delito contra la hacienda pública ya que no lo exige el art. 305.5 CP (Cfr. SAP de Madrid 702/2021, de 19 de noviembre, rec. 1620/2021).

El Informe del Consejo Fiscal de 7 de junio de 2012 sobre dicho Anteproyecto ya advertía de las dificultades que provocaría el nuevo paradigma sobre la materia, manifestando, con respecto a la modificación que permite que la Administración Tributaria pueda continuar, en paralelo al proceso penal, el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación, que «dicha técnica legislativa incorpora riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación. Por tanto, puede ser frecuente en estos casos que la cuota tributaria determinada en el procedimiento penal no se corresponda con la deuda tributaria liquidada en el procedimiento administrativo. Aunque la reforma prevé esta posibilidad estableciendo que la liquidación se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal, los previsiblemente frecuentes casos de discrepancias pueden generar una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica que sería conveniente subsanar.» La STS, Sala de lo Penal 1021/2022, de 15 de febrero de 2023, declara que la incoación de un proceso penal por un presunto delito contra la hacienda pública no diluye la deuda tributaria. «No surge una suerte de regla de prejudicialidad penal constitutiva hasta el punto de que solo la sentencia que se dicte puede establecer la realidad de aquella. No priva a la Administración a la Administración de sus potestades de cobro de la deuda que, identificada en atención a las reglas tributarias, integra el presunto delito contra la Hacienda Pública.» No se contempla, sino todo lo contrario, «que se pase el tanto de culpa o que se remitan al Fiscal unas actuaciones de comprobación después de haberse dictado una liquidación administrativa; y mucho menos después de haber sancionado la conducta infractora tras el oportuno expediente sancionador» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 1246/2019, de 25 de septiembre).

El Informe de 28 de junio de 2012 del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal es comprensivo, en este punto, pues considera que las medidas previstas en el artículo 305.5 CP para mantener las facultades de autotutela de la Administración tributaria durante la tramitación del proceso penal, «comportan una serie de ventajas que no son des-

deñables, porque se adelantaría el momento del cobro de la deuda tributaria, a expensas de lo que acuerde, finalmente, el juez penal, y se evitaría otorgar un trato procedimental más favorable a quienes han realizado una defraudación de mayor gravedad».» En cambio, se muestra crítico con la ausencia de medidas normativas encaminadas a hacer factible dicha reforma. Las modificaciones que coetáneamente debieran llevarse a cabo no tuvieron lugar. Efectivamente, al tiempo que se tramitaba dicha reforma del código penal se estaba gestionando el Anteproyecto de Ley de Modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el Fraude», que fue remitido como Proyecto de Ley para su tramitación parlamentaria por acuerdo del Consejo de Ministros del 22 de junio de 2012, y que acabó convirtiéndose en la Ley 7/2012, de 29 de octubre.

El nuevo artículo 305.5 CP necesitaba, pues, normas complementarias. Ese cometido se llevó, finalmente, a cabo a través de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de Modificación Parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Casi tres años después.

Cuando tal Ley era aún Anteproyecto se emitieron dos dictámenes, uno, fechado el 30 de septiembre de 2014, por el Consejo General del Poder Judicial, y otro, por el Consejo de Estado, fechado el 9 de abril de 2015, que nos interesan.

De ambos nos importa aquí, una única cuestión –muy debatida, por cierto– sobre la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4.^a), se ha pronunciado en 2025.

En ese sentido, el primero de los Informes manifiesta que «la separación entre la liquidación de conceptos tributarios vinculados a un presunto delito fiscal y de los que no están vinculados al mismo, tiene consecuencias en orden a la impugnación de las liquidaciones. Mientras que si se trata de la liquidación de elementos tributarios no vinculados caben los recursos administrativos correspondientes (artículos 250.3 y 254.2 LGT), respecto de la liquidación de conceptos y cuantías tributarios vinculados al presunto ilícito penal, no cabe recurso o reclamación alguna en vía administrativa, sin perjuicio del ajuste que proceda con arreglo a lo que se determine en el proceso penal, tal como establece el artículo 305.5 CP (artículo 254.1 LGT).

Este tratamiento impugnatorio distinto tiene su razón de ser en la preminencia del proceso penal en los supuestos del delito contra la declarada en relación con el añade el artículo 251.2 del Anteproyecto que administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme,

tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal»

Como puede advertirse, ningún reproche formula este Informe a que contra la liquidación vinculada a posible delito fiscal no queda recurso o reclamación administrativa. En cambio, el Dictamen de 9 de abril de 2015 del Consejo de Estado, (referencia 130/2015) sí se refiere a esa cuestión, y lo hace, críticamente, de esta forma:

«Un aspecto que merece observación es el relativo a la ausencia de recurso frente a las liquidaciones tributarias en caso de indicios de delito, en los términos respectivos de los artículos 253.1 y 254.1:

“En ningún caso los defectos procedimentales en que se hubiese podido incurrir durante la tramitación administrativa, producirán los efectos de extinguir total o parcialmente la obligación tributaria vinculada a delito ni los previstos en las letras a) y b) del artículo 150.6 de esta ley en relación con las actuaciones desarrolladas por la Administración tributaria tendentes a la liquidación de la deuda tributaria...”.

“Frente a la liquidación administrativa, dictada como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 250.2 de esta ley no procederá recurso o reclamación en vía administrativa, sin perjuicio del ajuste que proceda con arreglo a lo que se determine en el proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 305 del Código Penal y en el 257 de esta ley.”

Aun cuando la memoria justifica esta opción en la circunstancia de que la tutela judicial efectiva va a ser dispensada en estos casos por el juez penal (con cita de jurisprudencia que sigue el criterio de la STS de 4 de julio de 2011) y, en caso de que se dictase sentencia firme sin apreciar la existencia de delito, la liquidación perdería su vinculación con una defraudación de naturaleza delictiva y podría ser recurrida (artículos 254 y 257), parece claro que ha de arbitrarse algún medio en la vía administrativa para combatir de forma previa las deficiencias procedimentales que puedan concurrir en la liquidación.»

De esta cuestión nos vamos a ocupar en el siguiente apartado.

III. LA INADMISIÓN DE LA RECLAMACIÓN INTERPUESTA CONTRA EL ACUERDO DE LIQUIDACIÓN VINCULADA A DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde la entrada en vigor de la regulación que nos viene ocupando y, al menos hasta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en 2025, esta ha sido la cuestión más polémica.

Así, la SAN de 17 de abril de 2024, recurso de apelación 6/2023, que confirma un auto que declara la falta de jurisdicción y la remisión al orden penal con relación al acuerdo de liquidación vinculada a delito, constituye un buen ejemplo de dicha polémica. Entiende que la tutela judicial efectiva que la recurrente considera quebrantada no tiene que hacerse efectiva necesariamente mediante la impugnación administrativa y jurisdiccional de las liquidaciones vinculadas a delito, sino que puede satisfacerse en el proceso penal. Rechaza la tesis que postula la recurrente que, en definitiva, confiere una preferencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por encima de la penal en contra del carácter preferente de la jurisdicción penal que establece el artículo 10.2 de la LOPJ.

Frente a esa sentencia se interpuso recurso de casación que fue desestimado por la STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.^a, 714/2025, de 5 de junio, rec. cas. 5166/2024, que, reiterando la doctrina del propio Tribunal, declara que las liquidaciones vinculadas al delito tienen una «posición instrumental al servicio de una causa penal abierta, en cuanto a su naturaleza, fines y efectos jurídicos», rechazando que se trate de un acto administrativo propiamente dicho, pues «no es un acto común o normal» «revestido de los privilegios que de una deuda tributaria –y su cobro, bajo control judicial– en la medida en que su impago pudiera determinar, en un juicio anticipatorio, conjetural, provisional, efectuado por la Administración, la comisión de un delito, a efectos de su denuncia, esto es, de la puesta en conocimiento del juez penal de los hechos».

El razonamiento que lleva al TS a confirmar la SAN recurrida es el siguiente:

«4. Esta regulación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la Constitución), lo vulneraría vetar todo control jurisdiccional. Como es sabido, tal derecho fundamental es de configuración legal en cuanto a qué orden jurisdiccional corresponde conocer de su legalidad, lo que explica, por ejemplo, que sea pacífico el artículo 3.a) de la LJCA al prever actos de las Administraciones excluidos del enjuiciamiento por este orden contencioso-administrativo.

5. En este caso, es el orden penal el que conoce de esas liquidaciones vinculadas a delito precisamente por su vocación instrumental pues, como señalan las sentencias 130 y 131/2023 [de 10 de marzo de 2015], son liquidaciones vinculadas a un delito contra la Hacienda, no delitos vinculados a las liquidaciones. Así se deduce del artículo 305.5 del Código Penal y de la LGT, cuya regulación, respecto de lo ahora litigioso y sin entrar en excepciones que no son del caso, es esta:

1.º Se parte de la regla general: si la Administración Tributaria aprecia indicios de delito «... se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo

a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas que se establecen en el presente Título» (artículo 250.1).

2.º El artículo 253.1 nos dice que, si de las actuaciones de comprobación, se deducen indicios de delito, se formaliza una propuesta de liquidación vinculada a delito, en la que se expresarán los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa la misma.

3.º Ahora bien, como puede haber aspectos o hechos no vinculados a delito, se aplica un régimen de división o separación, de forma que la Inspección dictará liquidación «...separando en liquidaciones diferentes aquellos [hechos] que se encuentren vinculados con el posible delito...y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito...» (artículo 250.1 párrafo segundo). Tal regulación se recoge, así mismo, en el artículo 305.5 del Código Penal.

4.º Respecto de los hechos no vinculados a delito, se seguirá el curso ordinario y, en lo que aquí interesa, con sujeción a las reglas generales de revisión del Título V, esto es, mediante revisión en vía administrativa o económico-administrativa, luego con acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 250.3 y 254.2 de la LGT y artículo 305.5 segundo, primer inciso, del Código Penal).

5.º Ese mismo régimen se seguirá si la denuncia o querrela se inadmite, en cuyo caso la terminación queda sujeta a las reglas generales (artículos 153 a 157 de la LGT), luego a las reglas ordinarias de impugnación. Si finalmente no hay condena penal por inexistencia de obligación tributaria, se aplica lo previsto en el apartado b) del artículo 257.2); y si no hay condena por otra causa se aplica el apartado c) del artículo 257.2, esto es, las reglas de los artículos 153 a 157.

6.º En cuanto a los hechos presuntamente delictivos, la suerte de la liquidación es la prevista en el artículo 257.1 de forma que el control judicial se efectúa en sede de la jurisdicción penal, a quien corresponde: «...determinar en sentencia la cuota defraudada vinculada a los delitos contra la Hacienda Pública que hubiese sido liquidada al amparo de lo previsto en el apartado 5 del artículo 305 del Código Penal y en el Título VI de esta Ley» (artículo 254.1).

6. De lo expuesto se deduce, por tanto, que hay tutela judicial en la vertiente de acceso a la justicia, ya sea ante el orden penal –si trae su causa en una liquidación vinculada a delito– o bien contencioso-administrativa, si se trata de aquellos hechos separables, o si no recae condena penal por causa distinta a la inexistencia de obligación tributaria.

7. Por tanto, y conforme al artículo 93.1 de la LJCA, a efectos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, se declara que el régimen de las liquidaciones vinculadas a delito no vulneran ese derecho fundamental respecto de la prohibición de ser revisadas en vía administrativa, económico-administrativa luego, en consecuencia, por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues por razón de su posición instrumental respecto de una causa penal en el curso de la cual se podrá controlar la conformidad a Derecho de esas liquidaciones».

La perspectiva desde la que se ha afrontada el problema, como se ha visto, es la de los derechos fundamentales.

IV. IMPOSIBILIDAD DE INCLUIR EN LA LISTA DE DEUDORES PREVISTA EN EL ARTÍCULO 95 LGT LAS DEUDAS DERIVADAS DE LIQUIDACIONES VINCULADA A DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

El artículo 95 bis LGT, se refiere a la publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias. La duda que suscita este supuesto es si caen dentro del mismo las deudas derivadas de liquidaciones vinculadas a posible delito contra la hacienda pública. La STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.^a, 131/2023, de 2 de febrero, rec. cas. 7918/2020 se ha declarado en contra de ella posibilidad, mediante la argumentación siguientes:

«(6) La sola lectura de este precepto (artículo 254 LGT) sitúa estas liquidaciones instrumentales, vicarias al servicio de la causa penal y dependientes en todo de la suerte de ésta, al margen de la noción de deuda tributaria, a los efectos del art. 95 bis LGT, que sólo cabe establecerse por el Juez penal [al] determinar en sentencia la cuota defraudada vinculada a los delitos contra la Hacienda Pública [...]».

7) Pues bien, el régimen legal de los artículos 250 y siguientes de la LGT estatuye un sistema de compatibilidad entre la contra sospecha de delito y la fijación de una deuda tributaria –y su cobro, bajo control judicial– en la medida en que su impago pudiera determinar, en un juicio anticipatorio, conjetural, provisional, efectuado por la Administración, la comisión de un delito, a efectos de su denuncia, esto es, de la puesta en conocimiento del juez penal de los hechos. Y esos hechos se comunican a través de la LVD, máxime si se tiene en cuenta que el delito contra la Hacienda Pública solo es posible cuando se cumple el tipo penal y, entre otras previsiones, la de la cuantía mínima de la cuota defraudada, de 120.000 euros (art. 305.1 del Código Penal). La lábil barrera entre los conceptos de liquidación vinculada al delito y la liquidación eventual que quepa sin vinculación a él no revela otra cosa que la condición de ese juicio como instrumental, interino y circunstancial, en tanto es el juez penal quien debe determinar la deuda, entre otros elementos normativos, en trance de enjuiciar si se ha cometido o no el delito contra la Hacienda pública y restablecer el orden jurídico causado como consecuencia del incumplimiento de los deberes fiscales.

(..)

10) Precisamente por esa vocación finalista, vicaria, de vinculación al delito sospechado de las LVD (art. 250 LGT.1 y concordantes) y porque tales liquidaciones se remiten al juez penal y, en su caso, se integran y subsumen en la

causa que se pudiera abrir, se trata de estimaciones o apreciaciones cuyo objeto es desencadenar, si cabe, ese proceso penal y bajo la potestad del juez, razón por la que no generan deudas tributarias aptas para que los afectados puedan figurar en la lista de morosos del artículo 95 bis, pues tal inclusión, de una parte, colisionaría frontalmente con el principio de presunción de inocencia, que solo se puede destruir mediante sentencia judicial condenatoria firme, no antes, ni por quien no es juez; y, por otra, no son deudas fiscales propiamente dichas, pues su contrariedad a Derecho depende de las resultas del enjuiciamiento penal y su declaración de condena. Tampoco puede presumirse, en esa fase de instrucción o juicio, la existencia de una defraudación fiscal o de una conducta socialmente reproachable, al respecto, condiciones a que la propia Ley General Tributaria en el preámbulo, somete la inclusión en la lista de morosos, porque tales factores aún no se han determinado. 11) Finalmente, el régimen legal de publicidad de la identidad de los deudores, en caso de delito fiscal, queda reservado, de modo exclusivo, a las situaciones de sentencia firme condenatoria, sin que baste por tanto la mera liquidación de la deuda expresada en esa «liquidación vinculada a delito.»

El intenso debate sobre la publicidad de las situaciones de incumplimiento se ha saldado, al menos en este punto, de una manera que nos parece incontestable.

V. OTROS ASPECTOS DE ESPECIAL INTERÉS

Muchos otros aspectos tienen interés, como lo prueba, siquiera sea la existencia de bastante autos y sentencias de la órbita penal y resoluciones sentencias de la esfera administrativa. Enumeremos algunos, a modo, simplemente, de pinceladas.

– Una vez que conste admitida la denuncia o querella por el delito contra la Hacienda Pública, la Administración tributaria procederá a notificar al obligado tributario el inicio del periodo voluntario de pago requiriéndole para que realice el ingreso de la deuda tributaria en los plazos a los que se refiere el artículo 62.2 de la LGT. Se parte, pues, de la ejecutividad de la deuda tributaria vinculada a delito contra la Hacienda Pública conforme a la liquidación provisional realizada por la Administración, de suerte que la unifica forma de evitar la constitución es la constitución del investigado de garantías que sean aceptados como suficientes por el juez instructor o bien, si no fuera posible constituir u ofrecer esas garantías, si se apreciara que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. (AAP de Guadalajara de 7 de julio de 2022, rec. 62/2022).

– Se regula un régimen especial de suspensión del procedimiento de apremio en el caso de las liquidaciones vinculadas a delito, pero no contempla específicamente en los artículos 255, 256 ni 258.3 LGT el régimen aplicable para el caso de un acuerdo de denegación de solicitud de aplazamiento de dicha liquidación. Por tanto, no habiéndose contemplado expresamente un régimen específico en la LGT respecto a este acto, debe entenderse que aplicable el régimen general de recurso y suspensiones, lo que implica que el acto debe entenderse suspendido cautelarmente, no siendo posible que la Administración tributaria inicie el procedimiento de apremio en tanto penda la resolución de la solicitud de suspensión (RRTEAC de 28 de febrero de 2018, RG 6784/2017 y 19 de mayo de 2021, RG 876/2018).

– Para la recaudación por la Administración tributaria de las deudas en concepto de responsabilidad civil y pena de multa, derivadas de un delito contra la Hacienda Pública, no resulta aplicable el artículo 42.2 LGT referido a la responsabilidad solidaria (RR TEAC de 17 de febrero de 2022, RG 8158/2021 y 19 de enero de 2024, RG 20025/2023).

– Procede la anulación de la declaración de responsabilidad solidaria de causantes o colaboradores en la realización de actos que dan lugar a una liquidación vinculada a delito si se acordara el sobreseimiento o su absolución (RRTEAC de 18 de julio de 2022, RG 3780/2019 y 15 de octubre de 2025, RG 7300/2022).

– La mera solicitud de suspensión ante la jurisdicción penal de la liquidación vinculada a delito contra la Hacienda Pública no impide que la Administración tributaria continúe con el procedimiento ejecutivo para el cobro de dicha liquidación (RRTEAC de 17 de febrero de 2022, RG 4300/2019, 17 de julio de 2023, RG 277/2021 y 14 de septiembre de 2023, RG 9745/2022).

193. LA CONCILIACIÓN PENAL Y SU DESARROLLO POR LOS JUECES Y JUEZAS DE PAZ CONFORME A LA NORMATIVA CIVIL. UNA RECONSTRUCCIÓN DESDE LA PRÁCTICA

IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Derecho Procesal UPV-EHU

A un gran reconstructor... el profesor De la Cuesta Arzamendi

I. LAUDATIO INICIAL Y CAUSA DE LA INVESTIGACIÓN

El profesor De la Cuesta, además de muy buen profesor e investigador y mejor compañero de Departamento, ha sido un gran «reconstructor». Ha reconstruido muchísimas cosas en el área, en el Departamento, en la Facultad, en el Instituto Vasco de Criminología y en la sociedad vasca y española. Sus allegados las conocemos y damos buena cuenta de ello. Es lo mejor que se puede decir de una persona: un reconstructor es la persona que ante la adversidad trae solución pacífica y «destensionadora», una persona que, siempre, contribuye a mejorar su entorno. Reconociendo este mérito nos planteamos para su libro-homenaje reconstruir el régimen jurídico previsto para la conciliación civil de jueces y juezas de paz para la conciliación penal. Lo hacemos desde nuestra experiencia de juez de paz que ha hecho muchas conciliaciones civiles y, recientemente, conforme a la nueva normativa, también conciliaciones penales, con aplicación de la normativa civil.

II. EL JUEZ Y LA JUEZA DE PAZ EN LA NUEVA ORDENACIÓN: SIN JUZGADO, PERO CON ASISTENCIA DE LA OFICINA DE JUSTICIA MUNICIPAL

Los y las procesalistas hemos vivido un último año un poco ajetreado debido a la entrada en vigor de Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOMESPJ). Esta, en busca de la eficiencia del Servicio Público de Justicia que establece (integrado por el Poder Judicial y los Medios Adecuados de Solución de Conflictos (MASC)) presenta dos tipos de medidas, las organizativas –en su Título primero–, que han dado lugar a una nueva organización judicial, en España –caracterizada por convertir los juzgados tradicionales en Secciones del Tribunal de Instancia (en su caso, Tribunal de Instancia central) y por hacer desaparecer los juzgados de paz, convertidos ahora, en Oficinas de Justicia Municipal (en adelante, OJM), sin juez o jueza de paz, aunque manteniendo esta figura (como expondremos)– y las procesales, reguladas estas, en su Título II, bajo el título de «Medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia» (arts. 2-23)¹.

Inciendo en el ámbito organizacional de la justicia patria, hemos percibido con sorpresa que, contra todo pronóstico, a pesar de todas las críticas que la figura del juez o jueza de paz suscita (principalmente, por su formación –no tienen por qué ser técnicos en Derecho– y la forma de elección –el pleno del Ayuntamiento–), finalmente, se ha mantenido. No, por otra razón, que por un acuerdo entre el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya y el Grupo Socialista. Sin embargo, se mantienen de una forma un tanto peculiar –igual, estrambótica–: sin órgano jurisdiccional, pues aquellos que fueron los juzgados se convierten ahora en OJM, estructura meramente administrativa –no jurisdiccional–, que se nutre de las (anteriores) Secretarías de los Juzgados de Paz, para ofrecer «servicios» –no propiamente la función jurisdiccional– relativos a la Administración de Justicia, en todos los municipios de España, salvo en aquellos que son sede de un Tribunal de Instancia (art. 439 ter 2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)). No obstante, tras la reforma operada por la LOMESPJ, los jueces y las juezas de paz contarán con la asistencia de la OJM correspondiente (la de su pueblo) –de la que no son parte– para ejercer sus competencias [art. 439 quarter 1 a) LOPJ]. Del mismo

¹ Un análisis exhaustivo de unas y otras, AAVV (Coor. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko), *Guía para la aplicación práctica de la LO 1/2025: medidas de eficiencia procesal*, Aranzadi LaLey, Madrid 2025.

modo, estos jueces y juezas laicos (no obligatoriamente técnicos en Derecho), dispondrán en las OJM «de recursos y espacios suficientes y adecuadamente señalizados» (art. 439 ter 3 LOPJ). Innegablemente, el resultado es desconcertante: los antiguos juzgados se han convertido en OJM, sin juez o jueza (de paz), y estos siguen existiendo con auxilio de aquella (medios y personal).

Para articular la nueva realidad, la LOMESPJ modifica el art. 99 LOPJ que, con la nueva redacción, dispone que «en cada municipio donde no exista un Tribunal de Instancia, y con jurisdicción en el término correspondiente habrá un juez o una jueza de paz». En la línea, el nuevo art. 26 LOPJ, al enumerar los «tribunales» a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, enuncia, en primer lugar, los jueces y las juezas de paz. En la línea, se modifican varios artículos de la LOPJ a fin de disponer que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces, a las juezas y a los Tribunales determinados en las leyes» (literal art. 2 LOPJ, pero también, en la línea, arts. 3, 9.... LOPJ). Con ello, se modifica el texto originario de la LOPJ (art. 2), que era copia del art. 117.3 Constitución Española (en lo sucesivo, CE) («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y ejecutando lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan») y que, tradicionalmente, nos llevaba a postular que la potestad jurisdiccional la detentaban los órganos jurisdiccionales, ejerciéndoles, en los mismos, los jueces y juezas, integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE). No podremos mantener lo mismo en lo sucesivo porque sorpresiva y estrañamente —reiteramos— van a existir jueces y juezas de paz (no miembros de la carrera judicial, pero sí temporalmente del Poder Judicial) sin estar integrados en un órgano judicial.

Por lo demás, la LOMESPJ no modifica el estatuto jurídico del juez o jueza de paz (requisitos para acceder, selección, contraprestación,...), luego, sigue siendo el anterior a la reforma, con una única pequeña (pero importante) excepción, en la que no podemos entrar. Respecto, a sus competencias, incidiendo en que, a partir de ahora, en la nueva realidad jurídica, se van a diferenciar las competencias (meramente administrativas) de las OJM y las (jurisdiccionales) de jueces y juezas de paz, estos últimos mantienen competencias civiles y penales. Así, en el ámbito privado, seguirán conociendo «de la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine y cumplirán también las demás funciones que la ley les atribuya» (art. 100.1 LOPJ). Concretamente, conforme a la nueva redacción del art. 47

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) conocerán «en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 150 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del artículo 250». Luego, la reforma operada por la LOMESPJ aumenta de 90 a 150 euros la cuantía de los conflictos jurídico-privados que pueden conocer los jueces y juezas de paz, siempre mediante un juicio verbal por la cuantía (art. 250.2 LEC). El mismo precepto les atribuye la competencia de jurisdicción voluntaria para conocer de expedientes de conciliación civil de cuantía inferior a 10.000 euros, en los términos previstos por el Título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). Llama la atención que, el mismo precepto de la ley rituarial civil, en su nueva redacción, les atribuye otra competencia de jurisdicción voluntaria, si bien del ámbito penal –no sorprende la competencia (lógica para estos jueces y juezas de nivel local sin (obligatoria) formación jurídica, sino, el lugar en la que se reconoce²–: «serán competentes para conocer de los actos de conciliación a los que se refiere el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal siempre que el hecho hubiera sucedido en el municipio donde desempeñen sus funciones y la persona requerida tenga su domicilio en este mismo municipio». Pero, ¿cómo (conforme a qué normativa) van a desarrollar esta conciliación penal los jueces y juezas de paz? Al no existir una normativa concreta al respecto, en la práctica, estamos aplicando la normativa de la conciliación civil en el ámbito penal, con algunas dudas e inseguridades correspondientes. En ello nos centraremos, en las líneas posteriores.

Antes de incidir en ello, y en aras de tener una panorámica completa del nuevo ámbito competencial de jueces y juezas de paz, conviene apuntar que, en el ámbito penal, la LOMESPJ ha dado una nueva dicción al art. 100.2 LOPJ, que *lege data* dispone que «en el orden penal, conocerán en primera instancia de los procesos por delito leve que les atribuya la ley. Podrán intervenir, igualmente, en actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes». Sin embargo, en este ámbito, pendiente de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme a la legislación vigente, a los jueces y juezas de paz únicamente se les reconoce competencia para recibir denuncias (art. 259 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante LECR–), imponiéndoles la obligación, inmediatamente tengan noticia de la perpetración de un

² Una competencia penal, en una ley rituarial civil que, al tiempo, enumera las competencias civiles. Ciertamente es que la competencia afecta a delitos privados (calumnia e injuria), lo que les acerca mucho al ámbito civil, sin perjuicio, de que no deja de ser materia penal.

delito, de dar cuenta de la prevención de las diligencias al órgano de instrucción a quien corresponda (art. 308 LECR). Se ordena, asimismo, la posibilidad de recusarlos (art. 63 f) y 68 j) LECR). Luego, leemos que la nueva LOPJ abre la puerta ampliar las competencias penales de jueces y juezas de paz, quedando, al respecto, a la espera de una nueva LECR.

III. LA NECESIDAD DE CONCILIACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE CALUMNIA E INJURIA

Para entender este requisito (en el que se basa el art. 47 LEC para atribuir la competencia de conciliación penal a jueces y juezas de paz), conviene recordar que el art. 804 LECR dispone que «no se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto». Luego, cuando la LOMESPJ ha establecido los Medios Adecuados de Solución de Conflictos (en adelante, MASC), como requisito de procedibilidad, en el ámbito privado –con no poca crítica de la doctrina, al respecto– tenemos que analizar este mismo requisito –que existía con anterioridad–, en el ámbito penal, únicamente para ambos delitos contra el honor³. Sin incidir en el propio procesal penal por cualquiera de los dos delitos⁴, conviene recordar que nos referimos, en todo caso, al enjuiciamiento –y en lo que a este capítulo homenaje corresponde la conciliación penal previa– de los dos delitos privados: «la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» (la calumnia) (art. 205 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –en adelante, CP–) y «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» (es decir, la injuria) (art. 208 CP). Respecto a esta última, conviene –con el legislador– matizar que solamente son constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas, en el concepto público, por graves y que las injurias que consistan en la imputación de hechos no se consideran graves, salvo cuando se hayan llevado a

³ Un estudio de este requisito de procedibilidad, ALCORTA PASCUAL, MARIANA, «El acto de conciliación como requisito de procedibilidad en los delitos de injurias y calumnias inferidas a particulares», *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, núm. 12/2004.

⁴ Un examen exhaustivo del mismo, con lectura crítica, FERREIRO BAAMONDE, Xulio, «El procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares», AA. VV. (Dr. Álvarez Alarcón, Arturo), *Abogacía y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 1245-1248

cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 208 CP). En todo caso, en cuanto delitos privados, requieren querrela de la persona ofendida o su representante legal (art. 215.1 LECR), extinguiendo su perdón la acción penal –sin dar lugar, por ende, al reconocimiento de la responsabilidad penal– (art. 215.3 LECR). Por último, y si son acreditadas, en juicio, conllevan pena de «prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses» (art. 206 CP, para la calumnia) y las «injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses» (art. 209 CP)⁵.

IV. RECONSTRUYENDO LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONCILIACIÓN PENAL ANTE EL JUEZ O JUEZA PENAL, A PARTIR DE LA NORMATIVA CIVIL

1. **Presentación**

Como sabe el homenajeado, el que escribe estas líneas, es convencido y firme defensor de la justicia restaurativa, habiendo reiterado, incesantemente, la necesidad de ordenar y aplicar la mediación penal, en nuestro ordenamiento jurídico. Del mismo modo, y con fundamento técnico-procesal, postulamos la no diferenciación entre conciliación y mediación, como mecanismos extrajudiccionales autónomos, en genérico, y, en particular, en el ámbito penal. Con todo, como hemos expuesto, la nueva ordenación del art. 47 LEC y el reconocimiento de la competencia para desarrollar –actuar como *third neutral*– la conciliación penal al juez y a la jueza de paz nos plantea el problema de qué normativa aplicar a su desarrollo. Y es que, aunque *lege data* los jueces y juezas de paz no tienen competencia para conocer el enjuiciamiento de delitos de calumnia e injuria contra particulares, se consideran aptos –así lo reconoce el propio art. 47 LEC, a pesar del silencio, al respecto, del art. 100.2 LOPJ⁶– para conocer la conciliación previa obligatoria. Sin embargo, no ordena ni el CP –lógicamente–, ni la LECR –sería el lugar ideal, al efecto– este acto de conciliación. Siendo la LEC supletoria de todo tipo de procesos (art. 4 LEC), entendemos que se ha de practicar conforme a aquella, si bien, en cuan-

⁵ Sobre su tipo y pena correspondiente, CARMONA SALGADO, Concepción, *Calumnias, injurias y otros atentados al honor perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

⁶ Si bien este último precepto abre, expresamente, la participación de jueces y juezas de paz «en aquellas otras (actuaciones penales) que señalen las leyes».

to la ley rituarial civil renvía la cuestión a la LJV (Disposición Derogatoria Única 1.2 LEC), finalmente, también en el ámbito penal, tendremos que aplicar el régimen jurídico que prevé la última, sin perjuicio de las adaptaciones correspondientes. Luego, aplicaremos el Título IX LJV, de nombre «De la conciliación» que, convierta esta en un expediente de jurisdicción voluntaria, dedicando a su ordenación 10 artículos (arts. 139-148).

2. **Ámbito material de aplicación**

La ordenación vigente (art. 139 LJV) dispone claramente el objetivo de la conciliación civil: «alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito», prohibiendo utilizarlo a otros efectos. Entendemos que el objetivo de la conciliación penal es el mismo, sin perjuicio de que el intento de conciliación sin avenencia, suponga el cumplimiento del requisito de procedibilidad que exige el art. 804 LECR.

Se apunta, además, en sentido negativo, en relación al ámbito civil, que únicamente se puede someter a este expediente materia jurídica disponible o prorrogable, es decir, aquélla que entra en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, luego, en relación a derechos subjetivos renunciabiles o transaccionables. En el ámbito penal, tanto la LEC (art. 47), como la propia LECR (art. 804), limitan los delitos sometibles a esta conciliación: la calumnia e injuria.

3. **Competencia para conocer de la conciliación penal**

Sin perjuicio de que, en el ámbito civil, el expediente conciliación se atribuye, en genérico, a jueces y juezas de paz y a letrados y letradas de la Administración de Justicia de las Secciones Civiles o Mixtas del Tribunal de Instancia o de sus Secciones Mercantiles (art. 140.1 LJV), la conciliación penal es únicamente competencia de los jueces y juezas de paz, siempre que se den dos requisitos (ambos) —que apunta el art. 47 LEC—: (1) que el hecho hubiera sucedido en el municipio donde desempeñen sus funciones y (2) que la persona requerida tenga su domicilio en ese mismo municipio. No dispone, no obstante, la LEC qué ocurre cuando el hecho objeto de calumnia o injuria se produzca en el municipio cabeza de partido judicial, en el que, además, la persona requerida en conciliación tenga su domicilio. Entendemos que, en ese caso, será competencia de los letrados y letradas de la Administración de Jus-

ticia o jueces y juezas de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia. Estaría bien una disposición normativa expresa, al respecto, lo contrario es fuente de inseguridad jurídica. Es la primera distorsión que advertimos.

4. Inicio del expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación penal: su solicitud

Rigiendo, en la jurisdicción voluntaria, como norma general, igual que en el proceso civil, el principio dispositivo, la persona interesada en que se tramite una conciliación penal ante el juez o jueza de paz debe solicitarlo, expresamente, por escrito. Obviamente, este escrito se ha de presentar, conforme a lo expuesto, ante el órgano competente. La LJV ordena el contenido de ese escrito, primando su sencillez: datos para identificar a la persona solicitante y a la requerida o requeridas de conciliación; el domicilio o domicilios en los que pueden ser citados, el objeto de la conciliación que se pretende («determinando con claridad y precisión cuál es el objeto de la avenencia») (art. 141 LJV) y la fecha. Entendemos que, si bien en el ámbito civil, el objeto de la conciliación es aquello que, posteriormente, se convierte en pretensión de la demanda civil, en el caso de la conciliación penal, alude a qué requiere el instante de conciliación para evitar poner inicio al proceso penal. Puede ser una reparación simbólica (el propio perdón) o, incluso, económica o de otro tipo. Así lo intuimos. Segunda reconstrucción que hacemos en el régimen civil de la conciliación para su aplicación al ámbito penal.

Si en el ámbito civil, es posible solicitar el inicio del expediente de jurisdicción voluntarias mediante el cumplimiento de impreso normalizado, a disposición de los y las justiciables en los órganos judiciales correspondientes (art. 141.1 II LJV), igual debería serlo en el ámbito penal. Lamentablemente, en nuestra labor de juez de paz, no conocemos este impreso, para ninguno de los ámbitos (civil, ni penal). En el supuesto en que la conciliación civil se inicia por formulario, la LJV dispone que no es necesario fundamentar jurídicamente lo solicitado (art. 14.3 LJV). ¿Se puede aplicar lo mismo al ámbito penal? ¿no habrá que hacer referencia a los posibles hechos injuriosos y calumniosos y al tipo penal correspondiente? Tercera duda y muestra de la necesidad de reconstruir el régimen jurídico de la conciliación civil para la conciliación penal.

Si en el ámbito civil se requiere una identidad entre el objeto de la negociación (la conciliación requerida) y el objeto del litigio (la pretensión del pleito civil posterior) (art. 5.1 LOMESPJ), lo que conlleva, al tiempo, una

identidad subjetiva, debiendo la persona solicitante de conciliación y la persona requerida, posteriormente, convertirse en persona demandante y persona demandada, respectivamente, idéntica exigencia aplicamos a la conciliación penal, en cuanto requisito de procedibilidad del procedimiento penal por delitos de injuria y calumnia contra particulares.

Lógicamente, la persona que requiere conciliación puede acompañar, a su documento de solicitud, todos los documentos que considere pertinentes (art. 141.2 LJV). Estimamos esta facultad aplicable, también, a la conciliación penal.

En cuanto forma de facilitar el acceso de la ciudadanía a la conciliación, no se requiere, al efecto, de postulación, es decir, ni representación de procurador o procuradora, ni defensa de abogado o abogada (arts. 141.3 LVJ y 6.2 LOMESPJ), sin perjuicio de que, si las partes lo desean, pueden utilizarla (arts. 3.2 LJV y 6.1 LOMESPJ). De querer hacerlo, deberán indicarlo en el escrito (así lo dispone, en relación a los MASC, en cuanto requisito de procedibilidad, el art. 6.3 LOMESPJ, reconociendo tres días a la persona requerida, a partir de la notificación, para decidir valerse, igualmente, de postulación). También aplicamos lo mismo al ámbito penal, en aras de evitar la indefensión que veta el art. 24 CE.

Se prevé la posibilidad de entrega física de la solicitud en la propia oficina judicial (entendemos que, en el caso del juez o jueza de paz, en la Oficina de Justicia Municipal, que es la que les asiste en el ejercicio de sus funciones (art. 439 quater 1 a) LOPJ)) o por medios electrónicos, mediante la Administración judicial electrónica. Si se presenta en papel (en la propia oficina judicial) se han de entregar tantas copias como sean las partes interesadas (art. 14.3 LJV). Todo ello, también, lo entendemos plenamente aplicable a la conciliación penal.

5. La admisión e inadmisión de la solicitud de la apertura del expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación

El juez o jueza de paz debe admitir o inadmitir la solicitud de inicio del expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación en el plazo de cinco días hábiles siguientes, a contar a partir de aquél en el que se presenta. Al efecto, el juez o jueza de paz dictará un auto.

Se admitirá la solicitud cuando se cumplan las normas de competencia analizadas, el escrito cumpla los requisitos mentados –incluido la entrega de las copias pertinentes– y la materia objeto de conciliación sea relativa a un

delito de calumnia e injuria⁷. Por el contrario, no se admitirá la solicitud, si el juez o jueza de paz se considera incompetente objetiva o territorialmente. Tampoco se admitirá el inicio del expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación cuando, a juicio del juez o jueza de paz, el objetivo de la conciliación no sea alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un proceso penal o, en su caso, cumplir el requisito de procedibilidad para el proceso penal (art. 139.1 II LJV adaptado al proceso penal). No se admitirá, igualmente, si el conflicto jurídico planteado no es relativo a unos hechos presuntamente calumniosos o injuriosos⁸ o cuando no se entreguen las copias del escrito de petición pertinentes (art. 275 LEC).

Es posible, en el caso de que el juez o jueza de paz advierta defecto subsanable en la solicitud, que conceda un plazo, de 5 días, para subsanar. Si ésta no se lleva a cabo en el tiempo señalado, tendrá por no presentada la solicitud y archivará las actuaciones (art. 16.4 LJV).

Sea como fuera, la inadmisión de la solicitud de conciliación, mediante auto, el juez o jueza de paz, en cuanto resolución definitiva, es recurrible, mediante apelación (art. 455.1 LEC). Ahora bien, en cuanto se trata de una conciliación penal, ¿qué corresponderá una apelación civil o penal? Lo lógico es la segunda... sin embargo, ante la falta de régimen jurídico de la conciliación penal ante el juez o jueza de paz, no encontramos soporte legal expreso, al efecto. Otra inseguridad derivada de la aplicación de un régimen jurídico previsto para una realidad a otra...

6. El señalamiento y citación a las partes en conflicto al acto de conciliación penal

Admitida la solicitud de conciliación, el juez o la jueza de paz, en la misma resolución de admisión (auto), citará a las personas interesadas, protagonistas del conflicto jurídico-penal, requirente y requerida, señalando, al tiempo, el día y hora en que va a tener lugar el acto de conciliación (art. 142.1 LJV). Entendemos que la citación se practicará en la forma prevenida en la LEC, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen (art. 17.3 LJV). La LJV establece dos plazos, en este contexto. Así, entre la citación y la efectiva celebración del acto de conciliación deben mediar, al

⁷ En el ámbito civil, se exige que la materia sea disponible, haciendo esta –nueva adaptación– a la conciliación penal.

⁸ En adaptación del art. 139.2 LJV, al ámbito penal, que dispone la inadmisión de la conciliación civil cuando ésta versa sobre materia indisponible o imperativa.

menos, cinco días y esta última no puede demorarse más de 10 días desde la admisión de la solicitud (art. 142.2 LJV). Entendemos ambos plazos aplicables, igualmente, a la conciliación penal.

7. El acto de conciliación penal y su desarrollo

El día y hora señalados, se celebrará el acto de conciliación, en las instalaciones de la OJM correspondiente al municipio del juez o jueza de paz competente. Aunque la LJV únicamente prevé una comparecencia personal, in situ, en las instalaciones del órgano competente, conforme a la LOMESPJ no se puede despreciar la posibilidad de que las partes acuerden que todas o alguna de las actuaciones de la conciliación, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de las personas intervinientes y el respeto a la ley (art. 8.1 LOMESPJ). Es más, la LOMESPJ dispone que «cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de seiscientos euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes» (art. 8.2 LOMESPJ). ¿Por qué no aplicar ello también a la conciliación penal?

Las partes pueden comparecer ellas mismas, sin postulación –como apuntábamos– o representadas por Procurador o Procuradora. En este último caso, se aplicará el régimen jurídico previsto, al efecto, por la LEC (arts. 23-30). Lógicamente, en el caso de las personas jurídicas, actuará su representante legal, interviniendo, si así lo desea, además, mediante Procurador o Procuradora.

Resultando facultativa, no obligatoria, la comparecencia de las partes en el acto de conciliación, la LJV ordena las consecuencias de la incomparecencia de la persona solicitante y de la persona requerida. Entendemos el mismo régimen aplicable a la conciliación civil y a la penal. Así, si no comparece la persona que solicitó el inicio del expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación y no alega causa justa para no concurrir, se le considera desistida, archivándose el expediente. Dictará al efecto, el juez o jueza de paz, un auto. En este contexto, en el ámbito civil, la persona requerida puede reclamar a la instante de la conciliación una indemnización por los daños y perjuicios que su comparecencia le ha originado. Se prevé, al efecto, un trámite incidental contradictorio: esta reclamación se ha de trasladar, por 5 días, a la persona solicitante, decidiendo la cuestión el juez o la jueza de paz competente para conocer del expediente. Resolverá fijando, en su caso, la indemnización que corresponda, sin que haya lugar a recurso alguno contra su resolución (art. 144.2 LJV).

¿Es aplicable este elemento en el ámbito penal? Somos partidarios de ello, pero no tenemos aval legal expreso... otra incertidumbre. En otra coyuntura, si la persona que no comparece es la requerida, sin alegar justa causa para justificarlo, esta incomparecencia supone el fin del acto, teniéndose la conciliación, a todos los efectos, como por intentada. En este marco, se tendrá por cumplido el requisito de procedibilidad. En ambos supuestos, no obstante, es posible que el juez o la jueza de paz competente para conocer del expediente estime acreditada la justa causa alegada por la persona solicitante o requerida para su incomparecencia. En la coyuntura, se señala nuevo día y hora para la celebración del acto de conciliación en el plazo de 5 días siguiente a la decisión de suspender el acto (art. 144.4 LJV). Obviamente, esta disposición la entendemos aplicable tanto en el ámbito civil, como penal. Una última posibilidad: si no comparecen ninguna de las personas interesadas, protagonistas del conflicto jurídico-privado, requirente y requerida, el juez o la jueza de paz, tendrá por desistida a la requirente, procediendo a archivar el expediente.

Pongámonos, por fin, en la coyuntura de que ambas partes, requirente y requerida, están presentes, directamente, o por medio de su respectivo procurador o procuradora. En esa situación, se ordena una tramitación muy sencilla y con poca formalidad, para el ámbito civil, que consideramos aplicable, también, al penal, sin problema alguno: primero, el juez o la jueza de paz competente otorga la palabra a la persona solicitante, aquella que ha instado el inicio del expediente de conciliación, para que exponga su reclamación y los fundamentos en los que la apoya. Sin solución de continuidad, intervendrá, contestando a la persona reclamante, la persona requerida: dirá lo que estime conveniente en defensa de su derecho. Se permite a ambas exhibir y aportar cualquier documento en el que funden sus alegaciones. No prevé la LJV la utilización de otro tipo de pruebas, lo que puede parecer vetarlas, en ambos ámbitos (civil y penal). En lo sucesivo, si no hay avenencia, el juez o la jueza de paz competente intentará avenirlos, permitiéndoles replicar y contrareplicar (art. 145.1 LJV). Con todo, el desarrollo de la comparecencia se registra, si es posible, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, conforme a la LEC, supletoria, como sabemos, en materia de jurisdicción voluntaria (art. 8 LJV).

8. Terminación del acto de conciliación penal: posibilidades, efectos e incidencias

Tanto para la conciliación civil, como para la penal, dos son las principales posibilidades para la finalización de la comparecencia: con acuerdo, cum-

pliando, por ende, su finalidad, y sin acuerdo. Al respecto, lo primero que debemos destacar es que si, en la comparecencia de conciliación, alguna de las partes alega alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación (falta de competencia, capacidad o representación, ...), se dará por terminado el acto, teniendo la conciliación por intentada sin más trámite (art. 145.2 LJV). Es posible –aunque no lo diga la LJV (pensada, como sabemos, para el ámbito privado)– que el juez o jueza de paz entienda que los hechos no son constitutivos de delitos de calumnia o injuria. En todo caso, el juez o jueza de paz ha de dictar un auto apelable. En la coyuntura contraria –es decir, dando la conciliación fruto, llegando la persona requirente/s de y requerida/s para conciliación a acuerdo–, así se recogerá en acta, detallando los términos de su acuerdo, apuntando, expresamente, que la comparecencia y el propio acto de conciliación termina con avenencia. Todas las personas comparecientes, incluido el juez o la jueza de paz suscribirán la mentada acta. Resultando yerma, por otra parte, la comparecencia y, por ende, la propia conciliación, en el acta mentada se recogerá que el acto termina sin avenencia, acordándose el archivo definitivo de las actuaciones y cumpliendo, así, el requisito de procedibilidad. Aunque se nos suscitan dudas –una vez más– en el ámbito penal se nos antoja difícil la coyuntura mixta (típica de la civil): que se llegue a acuerdo respecto alguno de los elementos del conflicto jurídico y otros no. Ello porque las calumnias e injurias se reconocen o aceptan o no. O, ¿tal vez, fueron varias y se aceptan unas y no otras? También parece considerable la coyuntura. Con todo, una vez más, la aplicación del régimen civil al penal suscita dudas.

Las partes pueden solicitar, en todo caso, testimonio del acta que pone fin a la conciliación (con avenencia o sin avenencia), facultad prevista para el ámbito civil pero aplicable, sin problemas, también al penal (art. 146. I LJV)

Conforme a la normativa civil, abonará los gastos que ocasione el acto de conciliación la persona que instó el inicio del expediente de jurisdicción voluntaria correspondiente (art. 146. II LJV). Si no los abona pacíficamente, la persona perjudicada deberá acudir al pleito civil correspondiente para su cobro. En cuanto la postulación no es obligatoria en el expediente de jurisdicción voluntaria de conciliación, su coste no se puede incluir en los gastos del mismo. Se entiende ello aplicable, sin problemas, en la conciliación penal.

Por último, en caso de llegarse a acuerdo, entendemos que, a pesar de tratarse de materia penal (conciliación en torno a un delito de calumnias e injurias), el carácter privado de estos delitos hace que aquél tenga la misma naturaleza privada que el acuerdo o avenencia obtenida en el ámbito civil. Así, entendemos aplicable el régimen previsto para el acuerdo civil al obtenido en

penal, tanto en su eficacia, como ejecución y recurso. Luego, aplicando el régimen del ámbito privado al penal, se reconoce valor y eficacia de convenio al acuerdo o avenencia obtenida en conciliación (art. 147.1 II LJV). En la línea, el testimonio del acta, junto al auto del juez o jueza de paz se considera título ejecutivo, en cuanto «las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta (LEC) u otra ley, lleven aparejada ejecución (art. 517.2. 9.º LEC)». No se nos puede olvidar que estamos ante documentos públicos (art. 319 LEC). En la línea, la ejecución se lleva a cabo conforme a lo establecido por la LEC para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados, no en vano la conciliación preventiva o preprocesal, articulada como expediente de jurisdicción voluntaria, se equipara a una transacción intraprocesal homologada judicialmente. Será competente, al efecto, el mismo órgano judicial juez o jueza de paz siempre que se trate de asuntos que sean de su propia competencia. Y aquí se nos puede suscitar problemas: ¿si las partes acuerdan, el pago de más de 150 euros? No se nos olvide, que, en el ámbito civil, los jueces y juezas de paz pueden conocer conciliaciones hasta 10.000 euros, cuando su cuantía de actuación (en juicio verbal por la cuantía) es de 150 euros (art. 47.1 LEC). Luego, únicamente podrán ejecutar los asuntos de hasta esa cuantía. En el resto de los casos, ejecutará, en su caso, lo conciliado ante el juez o jueza de paz, la Sección Civil del Tribunal de Instancia al que corresponda (art. 147.2 LJV).

Una última cuestión en relación al acuerdo o convenio obtenido en conciliación. Únicamente puede ser recurrido mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 1261 y 1300 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil). Al efecto, se debe interponer la demanda correspondiente, ante el órgano judicial competente, en el plazo de 15 días desde que se celebró la conciliación. Admitida la mentada demanda, se sustanciará por los trámites del juicio que corresponda (ordinario propiamente dicho, verbal o especial), atendiendo a su materia o cuantía. Asimismo, en la coyuntura, acreditado el ejercicio de la acción de nulidad contra lo convenido en conciliación, se suspenderá, en su caso, la ejecución de lo convenido hasta que se resuelve definitivamente la acción de nulidad ejercida (art. 148 LJV). Lógicamente, si tras el ejercicio de la acción de nulidad, en sede judicial, el órgano jurisdiccional competente declarada la nulidad de lo acordado en conciliación, el acuerdo alcanzado queda sin efecto.

194. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DE LA VÍCTIMA DE DELITO EN LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO PENAL EN EL ÁMBITO EUROPEO ¹

MIREN JOSUNE PÉREZ ESTRADA
Profesora Titular de Derecho Procesal
EHU/UPV

I. LA VÍCTIMA DEL DELITO COMO SUJETO ESPECIALMENTE EXPUESTO EN LA ERA DIGITAL

La consideración de la víctima del delito como destinataria de una protección reforzada en materia de datos personales es uno de los aspectos menos desarrollados del Derecho procesal penal, a pesar de que se trata de uno de los sujetos más expuestos a los riesgos derivados del tratamiento institucional de la información. Los datos asociados a la condición de víctima no solo permiten identificar los hechos delictivos sufridos, sino que con frecuencia revelan información de carácter altamente sensible relativa a la esfera más íntima de la persona, como su estado de salud física o psicológica, su entorno familiar, su orientación sexual, su origen étnico o su situación administrativa².

En el marco del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, el progresivo fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judi-

¹ Con motivo del homenaje al profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, referente fundamental del Derecho Penal. El trabajo se enmarca dentro del Proyecto GODAS, MCIU PID2022-137140OB-I00 y dentro de las actividades del Grupo consolidado de investigación GIC21/21.

² CEBRIÁN BELTRÁN, S., *La protección de datos en la cooperación judicial penal europea*, Tirant lo Blanch, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 180 y ss.

cial ha intensificado el intercambio transfronterizo de datos personales, incluidos aquellos referidos a víctimas del delito³. Este fenómeno resulta especialmente visible en ámbitos como la lucha contra el terrorismo, la trata de seres humanos, la violencia de género o los delitos sexuales, donde la gestión de la información desempeña un papel central para la eficacia de la investigación penal. Sin embargo, cuando estos flujos de datos no van acompañados de garantías adecuadas, pueden generar efectos adversos significativos, tales como la victimización secundaria, la afectación del derecho a la intimidad o incluso riesgos para la seguridad personal de la víctima⁴.

Desde esta perspectiva, la protección de los datos personales de las víctimas no puede concebirse como una cuestión meramente técnica o accesorio, sino como un elemento estructural del equilibrio entre la eficacia del sistema penal y la salvaguarda de los derechos fundamentales. El tratamiento de la información personal en el proceso penal debe orientarse, por tanto, a evitar que la intervención institucional reproduzca o agrave la situación de vulnerabilidad de la víctima, incorporando el principio de no revictimización como criterio interpretativo transversal en el diseño y aplicación de los sistemas de gestión de datos.

II. GARANTÍAS JURÍDICAS EN EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS VÍCTIMAS

El tratamiento de los datos personales de las víctimas en el marco de la cooperación penal europea se articula a través de un entramado normativo complejo y de carácter multinivel, en el que confluyen normas constitucionales de la Unión Europea, instrumentos específicos dirigidos a la protección de

³ Sobre la protección de los datos personales en el ámbito de la cooperación penal de la UE, Colomer Hernández, I. (dir.), Oubiña Barbolla, S. (coord.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2015. Colomer Hernández, I. (dir.), Oubiña Barbolla, S. (coord.), Catalina Benavente, M.^a A. (coord.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017. DE HOYOS SANCHO, M., «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», Arangüena Fanego, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010; Pillado González, E., «Principios generales de protección de datos en la cesión de información en la persecución criminal a la vista de la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977», *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a Isabel González Cano* (Moreno Catena, V. (dir.), Romero Pradas, M. I. (dir.), Laro González, M. E. (ed.), Tirant lo Blanch, 2021; Etxeberia Guridi, J. F., «Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial penal europeo», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009.

⁴ LYNSEY, O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

los derechos de las víctimas del delito y disposiciones sectoriales relativas al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes en materia penal. Este marco jurídico debe ser interpretado de forma sistemática y finalista, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas y el riesgo de que el uso institucional de su información genere nuevas formas de victimización, particularmente en contextos transfronterizos caracterizados por la interoperabilidad y la circulación intensiva de datos⁵.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) constituye el pilar constitucional de este sistema de garantías y orienta la interpretación de todo el Derecho derivado aplicable³. El artículo 8 CDFUE reconoce el derecho fundamental a la protección de los datos personales, estableciendo que todo tratamiento debe realizarse de manera leal, con una finalidad determinada y sobre una base jurídica legítima, bajo el control de una autoridad independiente. Este derecho se encuentra estrechamente vinculado con el respeto a la vida privada y familiar (art. 7 CDFUE) y con la dignidad humana (art. 1 CDFUE), adquiriendo una proyección específica cuando se trata de personas que han sufrido un delito⁶. En estos supuestos, la protección de datos no se limita a salvaguardar la confidencialidad de la información, sino que se extiende a la protección de la integridad moral, la dignidad y la seguridad personal de la víctima frente a tratamientos desproporcionados o innecesarios⁷.

Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 CDFUE impone que el acceso al sistema de justicia penal no genere daños adicionales para quienes ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad. La revelación o el tratamiento indiscriminado de datos personales de las víctimas en el marco de procedimientos judiciales o de cooperación transfronteriza puede suponer una vulneración autónoma de este derecho, en la medida en que expone a la víctima a riesgos de estigmatización, pérdida de control sobre su información o afectación de su seguridad personal. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reforzado esta lectura garantista, subrayando la obligación positiva de los Estados de evitar que

⁵ Vid. European Union Agency for fundamental rights (FRA), Interoperability and fundamental rights implications, 2018. Disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/interoperability-and-fundamental-rights-implications>, acceso el 10/12/2025

⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE, de 18 de diciembre de 2000.

⁷ GONZÁLEZ FUSTER, G., «Protección de Datos y cooperación policial y judicial en materia penal en la UE», *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Pérez Gil, J. (coord.), La Ley, Madrid, 2021, pp. 587-604.

el propio proceso penal produzca efectos lesivos adicionales para las víctimas, especialmente en casos de delitos de especial gravedad o sensibilidad⁸.

Junto al marco constitucional, la Directiva (UE) 2012/29, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁹, constituye el principal instrumento normativo específico en esta materia. Esta Directiva reconoce expresamente la importancia de la privacidad y la confidencialidad de las víctimas a lo largo de todo el proceso penal y obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar la divulgación de información personal cuando pueda comprometer su dignidad o seguridad. La doctrina ha destacado que estas obligaciones no deben interpretarse de forma restrictiva ni circunscribirse a la publicidad del proceso, sino que deben proyectarse sobre todo tratamiento institucional de datos que afecte a víctimas, incluidas las actividades de cooperación judicial y policial en el ámbito europeo¹⁰.

Por su parte, la Directiva (UE) 2016/680 que regula el tratamiento de datos personales por las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales¹¹, aunque no establece un régimen autónomo específicamente diseñado para los datos de las víctimas, sí introduce garantías relevantes desde la perspectiva de su protección. En particular, impone la obligación de distinguir entre las distintas categorías de personas afectadas por el tratamiento de datos –autores, sospechosos, víctimas, testigos u otros terceros– y de aplicar un nivel de protección adecuado a quienes no ostentan la condición de investigados. No obstante, la ausencia de

⁸ TEDH (Gran Sala), asunto López Ribalda y otros c. España, (demandas núm. 1874/13 y 8567/13), sentencia de 17 de octubre de 2019.

⁹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, art. 21, DOUE, L 315, 14 de noviembre de 2012. Se transpone en España a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28/04/2015). Sobre el tema GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

¹⁰ DE HERT, P., PAPA-KONSTANTINOU, V., *The New EU Data Protection Framework: Setting Global Standards for the Right to Personal Data Protection?* *Computer Law & Security Review*, vol. 29, 2013, pp. 771-780.

¹¹ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 12 Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo; en particular, art. 6, Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 4 de mayo de 2016. Transposición por Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. ESPARZA LEIBAR, I., «La Directiva (UE) 2016/680 y la Protección de Datos de carácter personal derivada de la actividad jurisdiccional penal», Castillejo Manzanares (dir.), Alonso Salgado, C. (coord.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

un estatuto jurídico diferenciado para los datos de las víctimas pone de relieve un déficit estructural del marco normativo vigente, que continúa estando concebido primordialmente desde la lógica de la persecución penal ¹².

Esta carencia resulta especialmente problemática en el contexto de la cooperación penal europea, donde el intercambio transfronterizo de datos se produce de forma intensiva y a través de sistemas cada vez más interconectados. La aplicación de la Directiva 2016/680 en estos escenarios exige una interpretación conforme a los principios de dignidad humana, minimización del tratamiento y limitación de finalidad, así como una atención específica al riesgo de revictimización derivado de la circulación y reutilización de información sensible. Desde una perspectiva doctrinal, se ha subrayado que la falta de un régimen reforzado para los datos de las víctimas puede conducir a situaciones en las que estas queden sometidas a niveles de exposición comparables a los de los sospechosos o condenados, lo que resulta difícilmente compatible con su posición procesal y con la función protectora que el sistema penal debe otorgarles ¹³.

En consecuencia, la configuración jurídica europea del tratamiento de los datos personales de las víctimas debe orientarse hacia una lectura integradora y garantista del marco normativo existente, que permita suplir sus lagunas mediante una interpretación conforme a los derechos fundamentales. Solo desde esta perspectiva puede asegurarse que la cooperación penal europea combine eficazmente la persecución del delito con la protección de la dignidad, la intimidad y la seguridad de las víctimas.

III. TRATAMIENTO DIGITAL DE DATOS Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA EN LA COOPERACIÓN PENAL EUROPEA

La progresiva digitalización de la cooperación penal en la Unión Europea ha dado lugar a un ecosistema informacional caracterizado por la interconexión de bases de datos policiales y judiciales y por el desarrollo de mecanismos de interoperabilidad entre sistemas concebidos originariamente con finalidades diversas. Aunque estos instrumentos no están diseñados de manera específica para el tratamiento de datos de víctimas, en la práctica incorporan información que permite su identificación directa o indirecta, incrementando de forma significativa los riesgos para su derecho a la privacidad ¹⁴.

¹² MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law after Lisbon*, Hart Publishing, 2016, pp. 221-224.

¹³ MANTELERO, A., «AI and Big Data: A Blueprint for a Human Right, Social and Ethical Impact Assessment», *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 34, 2018, pp. 754-772.

¹⁴ MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law after Lisbon*, op. cit., pp. 221-224.

Uno de los principales factores de riesgo deriva de la posibilidad de reidentificación de las víctimas a partir de datos incluidos en sistemas europeos como el Sistema de Información Schengen, los ficheros gestionados por Euro-pol o las bases de datos nacionales interconectadas a través de mecanismos de cooperación transfronteriza. La combinación de datos procedentes de distintas fuentes, unida al uso de técnicas de correlación de información, permite reconstruir perfiles personales incluso cuando los datos han sido objeto de procesos de anonimización o seudonimización¹⁵.

Estos riesgos se intensifican de manera particular en relación con determinados ámbitos delictivos especialmente sensibles, como la violencia de género, los delitos sexuales, la trata de seres humanos, el terrorismo o los delitos de odio. En estos supuestos, la información tratada suele incluir datos biométricos, direcciones físicas, vínculos familiares o circunstancias personales que, al circular entre múltiples sistemas y autoridades, facilitan la identificación de la víctima y aumentan el riesgo de estigmatización y exposición indebida¹⁶.

La interoperabilidad entre sistemas de información europeos constituye, además, un elemento de vulnerabilidad añadido. Los Reglamentos (UE) 2019/817¹⁷ y 2019/818¹⁸ han consolidado un modelo de gestión de la información basado en servicios comunes y en puntos únicos de acceso, que permite consultas simultáneas en sistemas con finalidades policiales, judiciales, mi-

¹⁵ VAVOULA, N., 'Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Rights to Privacy and Personal Data Protection of Third-Country Nationals?'. European Public Law 26, no. 1, 2020, 131-156. Disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/interoperability-and-fundamental-rights-implications>, fecha de acceso 10/12/2025. Distintos informes institucionales han advertido de este riesgo: European Union Agency for fundamental rights (FRA), Interoperability and fundamental rights implications, 2018. Disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/interoperability-and-fundamental-rights-implications>, fecha de acceso 10/12/2025. European data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 4/2018 on the Proposal for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems. Disponible en https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/2018-04-16_interoperability_opinion_en.pdf, fecha de acceso 10/12/2025.

¹⁶ GONZÁLEZ FUSTER, G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, op. cit. pp. 165-170. La propia agencia eu-LISA ha reconocido que la expansión del uso de datos biométricos, especialmente huellas dactilares y reconocimiento facial, constituye un vector claro de reidentificación debido a su carácter permanente y único, lo que limita radicalmente la eficacia de la anonimización. EU-LISA, *Large-Scale IT Systems in the EU*, 2021. Disponible en <https://www.eulisa.europa.eu/activities/large-scale-it-systems>, fecha de acceso 10/12/2025.

¹⁷ Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 o relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo. DOUE L 135/27.

¹⁸ Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816. DOUE L 2019 80853.

gratorias o de control de fronteras⁷. Esta arquitectura altera de manera sustancial el principio de limitación de finalidad, al posibilitar que datos recogidos con una finalidad concreta sean accesibles y reutilizados en contextos distintos de aquellos para los que fueron inicialmente recabados¹⁹.

Desde la perspectiva de las víctimas, esta dinámica comporta una pérdida significativa de control sobre su información personal. Los datos aportados en el contexto de una solicitud de protección o de participación en un procedimiento penal pueden ser posteriormente reutilizados en entornos institucionales que la víctima desconoce y sobre los que no tiene capacidad de control efectivo. Esta situación favorece la aparición de formas específicas de victimización secundaria digital, en las que el daño no deriva del trato personal recibido, sino del propio diseño y funcionamiento de los sistemas de información penal²⁰.

En este sentido, la reproducción innecesaria de datos personales, los accesos no autorizados, los cruces automatizados sin supervisión humana efectiva y la circulación transfronteriza de información sensible contribuyen a prolongar la situación de vulnerabilidad de la víctima y a erosionar su dignidad²¹. La transformación de la víctima en un objeto de análisis dentro de un ecosistema de datos interconectados pone de manifiesto la necesidad de replantear los límites y garantías del tratamiento de la información en la cooperación penal europea, incorporando de manera explícita la perspectiva de la protección reforzada de los derechos de las víctimas.

IV. HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN CUALIFICADA DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS VÍCTIMAS EN EL ÁMBITO PENAL DE LA UE

La gestión de los datos personales de las víctimas en el contexto del proceso penal dentro de la UE exige la adopción de un modelo de protección que

¹⁹ La propia FRA ha advertido que este modelo convierte los datos personales en «recursos reutilizables» por diversas autoridades, ampliando estructuralmente el riesgo de usos no previstos y de accesos amplificados, con un impacto especialmente grave sobre personas vulnerables, incluidas las víctimas de delitos. FRA, *Under watchful eyes: Biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, 2018, pp. 60-63. Disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/under-watchful-eyes-biometrics-eu-it-systems-and-fundamental-rights>, fecha de acceso 12/12/2025.

²⁰ El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha advertido que esta arquitectura incrementa exponencialmente el riesgo de accesos indebidos y de finalidades no compatibles, especialmente debido a la existencia de repositorios comunes de identidad y servicios de coincidencia biométrica a gran escala. European data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 4/2018 on the Proposal for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems*, op. cit., pp. 12-15.

²¹ FRA, *Under watchful eyes: Biometrics, EU IT systems and fundamental rights*, op. cit., pp. 52-55.

vaya más allá de las garantías generales previstas en la normativa de protección de datos. La especial naturaleza de esta información, unida a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas, justifica la necesidad de un régimen cualificado que limite de forma estricta el acceso, el uso y la conservación de los datos, evitando que la intervención institucional genere efectos de desprotección o nuevas formas de victimización²².

Uno de los ejes centrales de este modelo debe ser la aplicación rigurosa del principio de necesidad funcional en el acceso a la información. En sistemas penales cada vez más complejos e interconectados, el acceso indiscriminado a datos sensibles incrementa exponencialmente el riesgo de usos indebidos y de accesos no autorizados. Resulta imprescindible, por tanto, establecer mecanismos de control reforzados, tales como perfiles de acceso claramente delimitados, sistemas de trazabilidad exhaustiva y auditorías periódicas que permitan verificar quién accede a los datos, con qué finalidad y durante cuánto tiempo²³.

Junto a ello, el principio de minimización del tratamiento adquiere una relevancia específica en relación con los datos de las víctimas. Solo deben ser objeto de tratamiento aquellos datos estrictamente necesarios para la finalidad concreta del procedimiento penal o de las medidas de protección asociadas, evitando la acumulación de información irrelevante o excesiva. Esta exigencia resulta especialmente relevante en contextos de interoperabilidad, donde la reutilización de datos con finalidades distintas de aquellas para las que fueron recabados puede alterar de manera sustancial el equilibrio entre eficacia penal y protección de los derechos fundamentales²⁴.

La limitación de los plazos de conservación constituye otro elemento esencial de un régimen reforzado de protección. Aunque la normativa europea (Directiva (UE) 2016/680) permite la retención de datos mientras sean necesarios para fines penales, en el caso de las víctimas debe aplicarse un criterio particularmente restrictivo, basado en la conservación mínima y en la obligación de justificar de forma expresa cualquier prolongación temporal. La «sobreconservación» de datos sensibles incrementa los riesgos de circulación

²² European Union Agency for fundamental rights (FRA), *Interoperability and fundamental rights implications*, op. cit.

²³ European data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 4/2018 on the Proposal for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems*, op. cit., pp. 32-34.

²⁴ GIL GONZÁLEZ, E., DE HERT, P., PAPAKONSTANTINOY, V., «The Proposed ePrivacy Regulation The Commission's and the Parliament's Drafts at a Crossroads?», *Data protection and Privacy*, (eds. Hallinan, D., Leenes, R., Gutwirth, S., De Hert, P.) Hart Publishing, 2019.

transfronteriza no controlada y puede afectar directamente a la seguridad personal y a la dignidad de las víctimas²⁵.

Finalmente, un modelo de protección cualificada exige reforzar los derechos de información y transparencia en favor de las víctimas. Estas deben recibir información clara, accesible y comprensible sobre los datos que se recogen, las finalidades del tratamiento, las autoridades que pueden acceder a la información, las posibles transferencias transfronterizas y los plazos de conservación, así como sobre los derechos que pueden ejercer y los mecanismos de tutela disponibles²⁶. La falta de información efectiva debilita la posición procesal de la víctima y puede generar desconfianza hacia el sistema de justicia penal, con el consiguiente riesgo de no acceso o abandono del proceso.

En consecuencia, avanzar hacia un régimen reforzado de protección de los datos personales de las víctimas no constituye únicamente una exigencia derivada del Derecho de la Unión, sino una condición necesaria para garantizar que la cooperación penal europea se desarrolle de manera respetuosa con la dignidad humana y con los derechos fundamentales de quienes han sufrido un delito.

²⁵ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, arts. 4 y 5.

²⁶ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Crime, safety and victims' rights – Fundamental Rights Survey, *op. cit.*

195. DE LA GUERRA Y PAZ A PAZ O GUERRA. CAMBIO DE PARADIGMA

REYES MATE

Profesor de Investigación del CSIC *ad honorem*

El Profesor José Luis de la Cuesta convoca al principio *humanitas* para iluminar el sentido de la justicia en zonas oscuras como la tortura o las cárceles. También el jurista polaco Hersch Lauterpacht acudió a ese mismo principio –basado en la dignidad de ser humano– para crear el concepto jurídico de crimen contra la humanidad y, de paso, llevarse por delante el sistema wesfaliano que supeditaba el individuo al Estado y declaraba *la raison d'état* libre de toda sospecha. Gracias a ese concepto humanitario se pudo sentar en el banquillo, en el Juicio de Nuremberg, a representantes del Estado alemán y, con ellos, al Estado hitleriano.

Yo quisiera llevar ese mismo principio, la *humanitas*, tan central en el pensamiento del Profesor José Luis de la Cuesta, al tema de la guerra para rescatar la paz del entorno bélico y situarla en el contexto de una fraternidad o amistad universal. El homenaje al maestro por su vida académica es también reconocimiento a un pensamiento que sigue fecundando la filosofía de la justicia.

I. UN CAMBIO EN LA VALORACIÓN DE LA GUERRA

Algo ha cambiado sobre el sentido de la guerra. Llegar a decir, como afirma Francisco en su encíclica *Fratelli Tutti*, que «hoy es muy difícil sostener los criterios racionales madurados en otros siglos para hablar de una guerra

justa. ¡Nunca más la guerra!»¹, es una novedad. Es verdad que es una novedad sólo teórica y que no ha pasado a la práctica, por eso seguimos considerando que hay guerras justas (como la de Ucrania). Pero la toma de posición de un Papa es muy importante porque nadie como la teología cristiana ha reflexionado tanto sobre el alcance de la guerra justa. Afirmar que en nuestro tiempo ya no hay guerra justa o es una *boutade* o supone un cambio radical².

El concepto de *guerra justa* tenía un valor paliativo en el contexto cultural occidental en el que la guerra era elemento fundamental. Hay que ubicar la guerra en el contexto cultural de una civilización que consideraba a la violencia no sólo inevitable sino necesaria para de la vida política. Para entender esa autoridad de la violencia podríamos recordar lo que decía Marx («la violencia es la partera de la historia») o Heráclito («la guerra es la madre de todo») o, más recientemente, Elías Canetti, en su ensayo «Poder y supervivencia»³. Dice que el poder es una pasión universal y que su esencia es la supervivencia: nada satisface tanto como saberse vivo ante quien está ya muerto. Ante alguien que ni respira ni se mueve, nos quedamos aterrados, pero, al tiempo, aliviados al ver que nosotros sí respiramos y es que «un vivo nunca se crea tan grande como cuando es confrontado con un muerto». Es como si el poder de uno se alimentara del que tenía el muerto y nosotros nos lo hubiéramos incorporado. Nos pasa como en esas tribus antiguas en las que los jovencitos se buscaban grandes enemigos para apoderarse de su fuerza. Quien haya cogido gusto a la supervivencia, querrá *acumularla*, prosigue Canetti, provocando situaciones en las que pueda sobrevivir a muchos simultáneamente. Y eso es lo que proporciona la guerra: la sensación de poder porque sobrevive a todos los muertos. Ahora bien, la dinámica del poder, que busca vencer la muerte, es, en el fondo, suicida porque la auténtica intención del verdadero poderoso es ser único: estar por encima de todos y que nadie le haga sombra ni suponga una amenaza. Eso explicaría que muchos dictadores no quieran tener hijos o que los maten como hizo el fundador del reino Zulu en Suráfrica. Lo inquietante no es que hasta ahí lleguen los tiranos o sencillamente los soberanos, sino cualquiera de nosotros porque si «todos nosotros, los seres humanos, estamos implicados en el fenómeno del poder», cada uno de nosotros es una amenaza para el otro.

Pero quizá resulte más instructivo para nuestro propósito repasar la idea que tenía Aristóteles de la guerra⁴. Es verdad que habla poco de ella (no forma

¹ Papa Francisco, 2020, *Fratelli Tutti*, Città del Vaticano, n.º 258

² VIDAL, M., «Cambio de paradigma en la teología moral católica acerca de la moralidad de la guerra», en *Iglesia Viva*, n.º 299 (2014) 35

³ CANETTI, E., 1992, «Poder y supervivencia» en *La conciencia de las palabras*, FCE, México, 37

⁴ ROSLER, A., «Aristóteles sobre la guerra», en la revista *Deus Mortalis* n.º 11, (2015), 241

parte de su esquema moral teórico), pero sí dice que la justifica por dos razones de peso: en primer lugar, para evitar que la polis sea esclavizada. Sin libertad no hay vida que en la polis que merezca la pena. Es verdad que no pone el acento es la soberanía territorial, sino en las condiciones de vida cívica que ofrezca ese territorio, sea de quien sea (*Política*, VII, 14, 1333b). La segunda razón va en sentido opuesto: justifica la guerra para esclavizar a los que lo merecen (*Pol.*, VII, 14, 1334a....). Aristóteles no concibe una polis bien ordenada sin esclavos y, por si quienes están llamados por naturaleza a serlo se rebelan, justifica el recurso de la guerra. Esto nos choca hoy porque no aceptamos que nadie nazca para esclavo, pero quizá no estamos tan lejos de esa mentalidad si recordamos la tesis, defendida durante siglos, según la cual los pueblos superiores son pueblos elegidos con derecho a imponerse a los menos desarrollados. Esta tesis, que es una versión blanqueada de la aristotélica, nos ha servido a los occidentales para justificar conquistas, colonias, imperios ...hasta antes de ayer mismo. Lo que en resumidas cuentas dice Aristóteles es que la guerra es *filosóficamente* necesaria para el *buen orden de la polis* (es un orden jerárquico, pero natural); que es *moralmente* admirable (Ética a Nicómaco, II,6, 1115a) porque en la guerra se ponen a pruebas las más excelsas virtudes, mientras que la paz no hace perezosos y soberbios; y *políticamente* justificada pues se hace, por mucho que sorprenda, «en aras de la paz» (*Pol* VII, 14, 1333.^a). Alguien ha dicho que esto es como hacer ruido en aras de la música clásica o sumergirse en excesos para esta sano, pero todo se aclara si entendemos la paz como el triunfo del orden, de ese orden *natural jerárquico* donde tiene que haber esclavos (y, por tanto, la tentación de que los que deben serlo, se nieguen a ello).

No se piense pues que la guerra es una práctica opuesta a valores humanistas. Al contrario, se hace en nombre de la humanidad, es decir, en nombre de una determinada idea de la naturaleza humana (donde hay un orden entre humanos, y de estos con la naturaleza que obliga a dominarla, a hacerla productiva, al intercambio comercial, a impedir que esté vacía...todo lo cual no puede conseguirse sin la guerra).

II. NO HAY GUERRA JUSTA

San Agustín recepciona esta tradición pero la da un giro al entender el orden que proporciona la paz de una manera diferente. Ahora el orden natural es un orden cristiano donde no hay esclavos, pero sí tiene que haber un orden para que la naturaleza humana se despliegue de acuerdo con sus exigencias más íntima. Conseguir ese nuevo orden (que San Agustín identifica con la paz

por eso define a ésta como *tranquillitas ordinis*) es el objetivo de la guerra. Está claro que no todas las guerras tienen ese noble objetivo de la paz de ahí que sólo se justifiquen aquellas guerras que lleven a la paz, es decir, que implanten el orden natural cristiano. A partir de ese momento empezamos a hablar de guerra justa para dejar bien claro que la guerra no se justifica en sí misma sino porque reúne determinadas condiciones que llevan a la paz. Dice San Agustín: «no hay sociedad sin guerras...pero los pueblos se hacen la guerra para conseguir la paz, es decir, no se hacen la guerra por la guerra sino por la paz»⁵.

Como San Agustín sabe que la *guerra llama a la guerra* hay que fijar condiciones para hablar de guerra justa. Santo Tomás, que era un espíritu más sistemático que el fogoso obispo africano, rastrea en sus escritos esas condiciones para una guerra justa, que resume en tres⁶ (STh, II-II, 40,1). Sitúa en primer lugar, *Auctoritas Principis*. Sólo el soberano puede declarar la guerra, es decir, sólo el que representa al todo puede hacerlo, y no un particular o una fracción del todo, por dos razones: primero porque lo que justifica la guerra es la defensa del bien que es de todos. Se trata de restablecer o defender ese bien común amenazado por una parte o por el exterior. Esa defensa de lo que es de todos tiene que hacerse en nombre de todos, atribución propia del soberano. Segundo: se reconoce al soberano la *potestas* de declarar la guerra porque él, al ser la instancia superior, no tiene otra instancia a la que recurrir para resolver el conflicto por otra vía que no sea la guerra (como diría la teología escolástica «ya no hay instancia jurídica posible a la que recurrir»)⁷.

Hay un punto en la argumentación tomista que me parece importante: legitima la guerra por la defensa del bien común. Ahora bien, el bien común alcanza a todas las partes beligerantes, con lo que debe perseguirse un resultado justo; por otro lado, el bien común son como muñecas rusas, es decir, tiene muchas expresiones pero cada una remite a otra superior. No se hace la guerra para defender lo particular sino lo común de ahí la apertura al bien común superior (el nacional al internacional).

En segundo lugar, *causa justa*. No se hace la guerra para ver quien tiene razón (como ocurría en el rito de las *ordalías medievales*) porque entonces sólo la tendrían los vencedores, ni tampoco se hace la guerra en nombre del «interés nacional», sino en nombre de la justicia i.e. se trata de recurrir a las armas para combatir una injusticia anterior, por eso de entre las distintas mo-

⁵ AGUSTIN, S., *Ciudad de Dios*, XIX,12 (BAC, 1965), 482

⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* II-II,40,1

⁷ LABOURDETTE, M., «Cours de théologie morales. La charité, IIa-IIae,23-46, Toulouse, 1960, (curso mecanografiado), 208

dalidades de guerra («guerra de agresión», «guerra ofensiva», «guerra preventiva») sólo se justifica la «guerra defensiva». Con una particularidad muy importante: para que sea justa los daños que cause la guerra tienen que ser menores que los daños que se producirían de no hacerla. Es decir, la guerra tiene que ser «proporcional» (que sumen más los bienes que produce que los males que causa o que sean menos los daños que causa que los que evita).

Finalmente, *Intentio recta*. El objetivo de la guerra es el establecimiento no de cualquier paz sino de una paz justa, es decir, de una paz que no sólo le beneficie al ganador sino también al otro, a todos, porque está en juego la comunidad humana. Sería injusto aprovechar la guerra para otros objetivos no-justos (castigo, anexiones, revancha histórica, conseguir mano esclava...). No se pueden sumar a los motivos de la guerra afectos o pasiones que no son tolerables ni con los enemigos (odio, envidia, resentimientos...). El otro no es un *hostis* (el enemigo sobre el que proyectamos afectos de odio o venganza), sino un *inimicus* (un rival del que nos separan intereses políticos). Como diría Santo Tomás, «la amistad política no sólo vale en tiempos de paz sino sobre todo en tiempos de guerra» (Labourdette, 1960, 217).

Bueno, pues estas condiciones de la guerra justa ya no se dan o mejor ya no se pueden dar: no hay *auctoritas principis* que valga porque todas las guerras actuales tienen una dimensión mundial, como se ve en Gaza y Ucrania. La *auctoritas* es cuestión debería ser una instancia mundial, una nueva ONU que, a diferencia de la actual, tuviera capacidad ejecutiva. Tampoco hay *causa justa* porque cualquier guerra hace más daño que el que pudiera reparar debido al poder del armamento moderno. Ya no hay distinción entre combatiente y población civil. Al contrario, se ataca a la población civil para ablandar a los combatientes. Finalmente, ausencia de *intentio recta*. En Gaza lo que realmente se juega en la hegemonía en el Oriente Próximo, y, en Ucrania, el poder de los EEUU. Las guerras locales forman parte de un juego geopolítico donde lo que manda es el poder y no la justicia. Hay otro elemento que habría que tener en cuenta cuando hablamos de la guerra. La industria armamentística representa tal poder que necesita gastar la producción para que la inversión sea rentable, por eso, Benjamin explicaba la guerra como resultado de un «exceso de armamento». El Roto lo ilustraba bien en un una viñeta reciente: «Las guerras no terminarán mientras quede munición... ¡Y vamos a comprar más!» (El País, 3 IX 25).

III. LA PAZ EMANA DE LA AMISTAD

El anuncio de que ya no hay «guerra justa» lejos de solucionar los problemas, los complica porque quien sostenga esta tesis tendría que recurrir a la

diplomacia para resolver los conflictos y eso le dejaría en desventaja respecto «a los malos» que no renuncian a la guerra. Como esta tesis podría reeditar el pacifismo ingenuo que tan caro se pagó con la I y II Guerra Mundial, antes de proseguir por ese camino, convendría hacer un alto y preguntarnos de nuevo por la relación entre guerra y paz porque si descartamos la guerra como medio para conseguir la paz (porque ya no podemos hablar de guerra justa) y porque la experiencia enseña que esa paz sólo ha sido una tregua entre dos guerras, entonces ¿qué nos queda?. Pues tendríamos que elegir entre resignarnos a reconocer que la violencia forma parte de la condición humana (algo que, como diría Kant repugna a la razón moral) o ampliar la lente y preguntarse si la humanidad no ha pensado algo distinto.

Como la primera opción es inaceptable porque, como diría Kant, repugna a la razón moral, hay que pensar en la segunda. Y la verdad es que no tardamos en descubrir que la humanidad ha pensado algo distinto. Para simplificar digamos que existe, al lado de la tradición agustiniana que relaciona la paz con la guerra («si vis pacem para bellum»), la tradición tomasiana que relaciona la paz con la amistad. Veamos.

1. La amistad virtud política

Esta relación entre paz y amistad suena muy ingenuo, pero no porque carezca de hondura sino porque escapa a las entendederas del hombre moderno. El autor de referencia es San Tomás, inspirándose no en San Agustín sino en la filosofía aristotélica de la amistad (II-II,29, 1 y 3). En este planteamiento la paz es una consecuencia de la amistad, es decir, la paz no es tanto en el silencio de las armas cuanto el resultado de un «deseo de bien común». La paz se presenta así como la consecuencia de una actuación personal y social animada por la búsqueda del bien de todos.

Choca este papel político de la amistad (que nos hace vivir en paz si cada uno se esfuerza por lo que conviene a todos) ya que para nosotros la amistad es sobre todo una virtud privada que se juega entre relaciones personales. Para Aristóteles y Santo Tomás, sin embargo, es una virtud política que alimenta la relación entre individuos y pueblos con la savia de una naturaleza humana que es común.

Lo que se quiere decir es que la naturaleza humana compartida es un marco de referencia que relativiza los conflictos particulares, y, también, que la afirmación del bien común señala la necesidad que tenemos unos de otros

para construir el bien propio: no hay bien común sin el concurso de todos, pero tampoco hay bien propio (el que cada cual necesita para su desarrollo) sin bien común (justicia distributiva).

La amistad, como virtud política, es decir, esta querencia orientada al desarrollo del bien común, debe tener al menos las siguientes características (Labourdette, 1960, 22): que sea benevolente, es decir, que busque el bien del otro o de los otros no por los beneficios que me reporte sino por ellos mismos; que sea recíproca pues no hay amistad si el otro no responde. A diferencia de la justicia donde lo decisivo es dar al otro lo suyo, aunque no lo quiera o a mi me disguste, el amigo tiene que responder con la misma moneda; finalmente que se genere *comunicatio*. La amistad tiene como dos vertientes: por un lado, nos constituye; no sólo nos enriquece sino que nos conforma desde la construcción social del bien: nos hacemos buenos, nos constituimos en sujetos morales, construimos nuestra personalidad implicándonos en la creación del bien común. Por otro, la amistad transforma las relaciones humanas en comunidad. Pensemos que el bien común tiene muchas expresiones y todas nos comprometen: la familia, el barrio, el pueblo, la región, el país, pero también la humanidad. No hay un tope a la amistad de suerte que cuando pensemos defender lo nuestro tenemos que pensar en lo que es del otro; y cuando pensemos defender el bien nacional, tenemos que pensar en el bien del planeta. Ninguna pertenencia a una comunidad menor (el barrio, la etnia, la religión, la patria) puede sustraerse a la atracción por la comunidad mundial o fraternidad humana. Esto significa que la solución a un conflicto no se cierra sobre sí mismo, sino que tiene que remitir a una *comunicatio* superior: un conflicto nacional no puede significar daño a la comunidad internacional o a la naturaleza.

2. El interés nacional por encima de la amistad política

¿Cuál es el problema de este planteamiento? Unos dicen que la ingenuidad: no tener en cuenta que tira más lo local que lo general; la tribu que la amistad; lo propio que lo de todos; lo nacional que lo mundial... Esto es verdad pero cada vez menos pues crece la conciencia de que, en la era de la globalización los grandes problemas son globales y las respuestas también deben serlo. Prefiero centrarme en otro impedimento de más peso contra la teoría amistosa de la paz: el hombre moderno no sólo ha perdido el sentido político de la amistad sino el de bien común. Nosotros, hombres modernos, no aceptamos la idea de una naturaleza humana porque eso limitaría el alcance de nuestra libertad; y, algo más: hemos colocado el techo del bien común en el Estado. Lo global

deberá ser pensado desde el Estado pero no en contra o al margen de. Decimos, en efecto, que el Estado es soberano para dejar bien claro que se ha desligado del bien común a escala planetaria. Nada hay superior al «interés nacional» (es lo propio del estado westfalino que se impone tras la Paz de Westfalia en 1648). Por él se mata y se muere. La consecuencia inmediata es que, si nada hay superior al «interés nacional», la relación entre los Estados es de rivalidad y, como dice Hegel, de guerra⁸. Como el interés nacional es el valor absoluto para cada Estado, nada impedirá a cada Estado hacerse con el bien de los demás, si puede hacerlo. La soberanía del Estado es la negación del principio amistad.

Esto nos lleva a una conclusión fácilmente constatable: la razón de la guerra es la soberanía del Estado. «El *interés nacional*» puede adoptar muchos nombres: «*Lebensraum*», para los nazis; *zona de seguridad nacional*, para Israel o Rusia... Como reconoce Hegel, el nacionalismo (no el catalán o vasco, sino el del Estado, que es al que aspira todo nacionalismo) es la gran causa de la guerra.

IV. LA PAZ ES POSNACIONAL

La construcción de la paz pasa, pues, por una crítica del nacionalismo, es decir, por revisar el papel arcónico que tiene el Estado o la Nación en nuestra cultura. Quien vio esto con la mayor claridad fue Kant en su Paz Perpetua. En él debemos pues detenernos. Se pregunta por las posibilidades de una paz perpetua, es decir, estable, y no tregua entre dos guerras, que es lo que conocemos. Un asunto arduo ya que «*la paz no es lo natural entre los hombres*»⁹ (Kant, 1985, 14), sino más bien «*un imperativo de la razón*». Notemos aquí que lo natural en Kant no tiene que ver con la naturaleza humana de la que hablaba Santo Tomás, sino son el estado salvaje, opuesto pues al estado de sociedad donde aparece la razón. el «estado natural» (que es un estado de guerra), propios de los salvajes «que viven una libertad sin ley», se sale acordando una instancia superior, por encima de cada individuo y de cada Estado, pero creada por los propios Estados de suerte que su poder de coerción provenga de los propios afectados. Si los Estado quieren superar el estado salvaje en el que se encuentran, todavía en el siglo XVIII, habría que pensar en una entidad su-

⁸ HEGEL, 1976, *Filosofía del Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, & 331 y 334. También Hegel, 1987, *Fenomenología del Espíritu*, FCE, México, 347

⁹ KANT, 1985, *La Paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 14

praestatal creada por todos los Estados y a la que todos libremente se sometieran. Dice Kant: «Si los Estados quiere salir definitivamente de esa relación «natural» que tienen entre sí, que conduce a la guerra, no tienen otra salida que «consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (al propio Estado), y formar entonces un Estado de pueblos (*Völkerstaat*) que abarcaría a todos los pueblos de la tierra» (Kant, 1985,26).

Kant está hablando de una Unión de Estados que unas veces llama *Völkerverein* (una federación de pueblos) y otras *Völkerstaat* (un Estado de pueblos), en cualquier caso un *Foedus pacis* o *Foedus spacificum*. Aquí la posibilidad de la paz va unida a la superación de la soberanía estatal, es decir, del nacionalismo.

Para remachar esta idea, Kant distingue entre *Friedensvertrag* o Tratado de Paz (cuyo objetivo es acabar con la guerra) y el *Friedensbund* o Federación de Paz (cuyo objetivo es instaurar la paz) (Kant., 1985, 24). ¿La diferencia? Que en el primer caso se mantiene la soberanía nacional mientras que en el segundo se la sacrifica. Los Estados por separado, por muchos tratados que firmen entre ellos, sólo conseguirán treguas. La paz va ligada a la creación de un orden mundial que no dependa de los Estados.

Podemos concluir de momento que la guerra no lleva a la paz porque la que podría hacerlo (guerra justa) no es posible. La guerra ni es justa ni es solución porque la paz que se impone es la del vencedor. No tiene, pues, sentido apostar por la guerra para ganar la paz: Esto significa que la solución no es el rearme ni la carrera armamentística (Kant llega a decir que «los ejércitos permanentes deben de desaparecer totalmente con el tiempo pues suponen una amenaza de guerra para otros» (Kant, 1985,7).

V. LAS CONDICIONES PARA UNA PAZ PERPETUA

¿Pero entonces qué hacer para no caer en la ingenuidad pacifista que tan caro nos puede costar? Nosotros aquí y ahora, conscientes de nuestra insignificancia e impotencia, pero también de nuestra responsabilidad, ¿qué nos podríamos decir?. Ni siquiera digo ¿qué podríamos hacer sino algo previo: qué podríamos decirnos, pensar, imaginar?. Diría esto: seamos, en primer lugar, conscientes de la magnitud del problema. Pensar que ni la guerra justa puede llevarnos a la paz es una novedad que hace crujir los cimientos de nuestra cultura. Esto sólo puede ser planteado como una batalla a largo plazo.

1. Cambios estructurales y subjetivos

La alternativa pasa, pues, por un cambio en la superestructura de la política: paso del estatal a lo federal, de lo nacional a lo posnacional: del Estado o de la Nación a la *Völkerverein*, a una ONU con capacidad ejecutiva (no olvidemos el peso del Estado en la guerra)

Pero también, y en segundo lugar, por un cambio por abajo: cambio en el modo de entender la responsabilidad ciudadana. Imaginemos, como hace Juan Mayorga en una obra *in nascendo*, la historia de un *capellán* que acompaña al ejército alemán: él no combate pero asiste a los heridos, reconforta a los moribundos, ayuda a los soldados en sus momentos de crisis y hasta trata de ayudar, sin éxito, a los «enemigos» de ese ejército que lucha contra los judíos, intentando salvar una escuelita con niños judíos huérfanos (una especie de Izieu). Pero una joven superviviente de esa escuela le encuentra muchos años después y se convierte en su conciencia crítica: siendo bueno con los suyos, no estuvo a la altura de las circunstancias pues, con su colaboración y hasta con su silencio, acabó legitimando la barbarie del hitlerismo. La lección que se puede extraer es que todos somos combatientes o por la paz o por la guerra. Alemania no hizo lo que hizo sin la complicidad moral y política de todo el pueblo alemán por eso todos son culpables moral y políticamente. Eso nos vale también a nosotros hoy, rodeados como estamos de guerras en todas las latitudes. ¿Pero qué hacer? ¿protestar contra la guerra? ¿ondear una de las banderas en el conflicto? o, pensando en el caso alemán: ¿condenar al hitlerismo? ¿pasar a la Resistencia clandestina? ¿engrosar la oposición cultural o política o jurídica a un sistema político que permite algo así como el hitlerismo? ¿el exilio interior como tantos otros?

2. El mandato originario del «No matarás»

Podemos hacer cosas. Entonces se hicieron muchas para derrotar al hitlerismo. De hecho Hitler fue vencido y se implantó un sistema político democrático que venció a Hitler, condenó a los nazis, cambió el sistema político, promocionó valores democráticos...pero todo eso ¿trajo la paz? ¿trajo un orden nuevo? No. Al día siguientes empezó la guerra fría y hoy, cuando ya no hay guerra fría, hay más guerras que nunca. Hay algo que ha escapado a los esfuerzos políticos, económicos y científicos que han guiado la reacción al nazismo, la lucha contra la barbarie...Algo hemos hecho mal nosotros. Hay un autor que ha osado poner nombre a esa falla u olvido que es anterior a todos los es-

fuerzos humanitarios que hemos hecho en la lucha contra la barbarie. Ese autor es Emmanuel Levinas. Dice que hemos olvidado el mandato que nos constituye en seres humanos, que es previo al ser racional, a la racionalidad que hemos convocado para salir de la infancia mítica (paso del mito al logos), para construir un mundo racional, para luchar contra el fascismo. Hemos olvidado algo precioso a todo ese esfuerzo y es precisamente lo que nos constituiría en seres humanos: se está refiriendo al mandato «No matarás» que, en el lenguaje bíblico significa «temor» y «angustia», es decir, miedo a morir y horror al tener que matar. El ideal de paz estaría ligado a entender la muerte del otro, el matar, como un escándalo, como algo que anula la posibilidad de lo humano. Estamos hablando de un mandato, es decir, de algo previo a cualquier consideración moral y política sobre la guerra justa o sobre la violencia necesaria, como si el rostro del otro –al pedirnos «no matarás»– dispusiera de una autoridad tal que nos manda que nos hagamos cargo de él, es decir, que sea cual sea el orden mundial que pretendamos o la política que practiquemos jamás suponga exigir el sufrimiento del otro. Dice Levinas que ese mandato implica «una sensibilidad en la que el escándalo del asesinato no se calla incluso cuando la violencia es racionalmente necesaria»¹⁰.

Pues bien, este mandato nos pone del lado de las víctimas y alcanza a todo poder, incluso al que está del lado de las víctimas, y, también, al de los espectadores.

Según Levinas, lo que ha fallado es el mandato del «No matarás» que ha sido sustituido por el culto a la violencia. Desde esa cultura violenta hasta nosotros podemos permitir ser críticos con la violencia en determinadas circunstancias («guerra justa»). Lo que nos falta es someter esa cultura de la violencia, que es la del logos occidental, al mandato del no matarás. Ese logos occidental que está henchido de violencia sigue vigente hoy por eso aparece y se reproduce incluso tras una reacción a la guerra: nada bueno augura una crítica la masacre de Gaza cuando es una reacción airada. Habría que preguntarse si esas reacciones airadas obedecen a la indignación por el sufrimiento ajeno o a nuestra predisposición a coger las armas. No puedo olvidar el comentario de Norma Morandino, hermana de dos jóvenes asesinados por la dictadura argentina, autora del libro *De la culpa al perdón*. Habla de un juicio en el que se procesaba a los culpables de los asesinatos se encontró con unas víctimas que se habían liberado del odio pero con unos espectadores exaltados dispuestos a salir y matar verdugos. Había más violencia en el espectador que no había sufrido que en la víctima.

¹⁰ LEVINAS, E., 1976, «Tu ne tueras point», en *Difficile Liberté*, Albin Michel, Paris, 173

Pienso que el mandato del «no matarás» se puede traducir por una actitud o talante compasivo que debería informar toda la vida activa y reflexiva. Ese talante se concreta en, por ejemplo, dejarse interpelar por todas las víctimas y no sólo por las «nuestras». También en no primar más nuestra indignación que nuestra responsabilidad; la indignación, en efecto, satisface nuestro estado de ánimo (aunque lo encubramos con el manto de «pasión por la justicia»), mientras que la responsabilidad nos lleva a preguntarnos por nuestra complicidad con el agresor y con la violencia. No hay que sucumbir al *glamour* de la violencia que nos empuja a identificarnos con las víctimas hasta el punto de tomarnos a nosotros mismos por víctimas. Ayudar más a la causa de la paz la pregunta por lo que nos une a los verdugos que la empatía sentimental con las víctimas.

Cualquier cosa que hagamos debería estar, pues, animada por el mandato del «no matarás», anterior a cualquier juicio o raciocinio sobre lo que la situación nos requiera: el mandato está ahí antes de crear una *polis*, antes de implementar un proyecto, antes de acarrear las piedras para una teoría política, moral o estética.

3. La paz y la guerra se construyen con palabras.

Me pregunto si este mandato no coincide con lo que Elías Canetti nos propone en el ensayo «*La profesión del escritor*»¹¹. Empieza dando vueltas a una frase que ha oído y anotado, que no le deja en paz: «si de verdad fuera un escritor, debería poder impedir la guerra». Suena de entrada a fanfarronada: si el escritor sólo dispone de palabras, cómo puede con ellas detener los tanques (esa distancia entre palabras y tanques me lleva a la que media entre memoria e interrupción de la barbarie: la debilidad de las palabras frente a los tanques es parecida a la de la memoria frente a la barbarie,... *e pure si muove*). Lo puede porque la guerra y la paz se hacen con palabras. El poder de la palabra lo resume Canetti con una figura literaria, la metamorfosis: una figura todopoderosa pues con ella uno puede ser otro, puede desdoblarse, entrar en el otro y robarle su secreto; puede también insuflarle vida, inspirarle, cambiarle. Esa conciencia del poder de la palabra conlleva una gran responsabilidad –responsabilidad, dice, «por todo cuanto admita una formulación verbal». Responsable pues por todo lo que ocurre porque todo puede ser nombrado: el mal, que

¹¹ CANETTI, E., 1992, «La profesión del escritor», en *La conciencia de las palabras*, FCE, México, 349-363

por definición busca ocultarse, puede ser nombrado y *desenmascarado*; y el bien, que lucha por hacerse un hueco, puede recibir un nombre y de esta manera llamado a la vida, creado. Pero ¡ojo! con la responsabilidad, un material altamente inflamable. Es de la misma familia moral que la culpa, es decir, se refiere a actos que llevamos puestos, que dejan huella y cicatrices; actos de los que el sujeto tiene que dar cuenta si quiere ser un sujeto moral. De la misma familia, pero menos intensivo (pues la culpa es individual e intransferible) y más extensivo (somos responsables de lo que no hemos hecho, pero hemos recibido o heredado). Lo que quiero decir con esto es que la responsabilidad recae siempre sobre el sujeto aunque se refiera a los actos de los demás: no puede pedir responsabilidades sin asumir la suya.

Esta responsabilidad, esa tarea creadora y destructora del lenguaje, esa poder o metamorfosis lingüística gracias a la cual «el ser humano se apropia del mundo y participa de él», tiene un nombre: *Mit-Leiden*, pobremente traducido por «misericordia». ¿Qué es el *Mit-Leiden*, la com-pasión? El enfrentamiento contra toda forma de nihilismo que predique el triunfo de la muerte sobre la vida, pero, sobre todo, el reconocimiento de la autoridad del otro en su total debilidad (la misericordia es, por el contrario, un gesto de superioridad del sujeto sobre el otro). Es otra versión del «no matarás» o dicho en positivo, entender que «dejar hablar al sufrimiento es la condición de toda verdad» (Adorno).

Alguien podrá decir que esto (el recurso del lenguaje, es decir, hablar del mandato del no matarás, de la responsabilidad como compasión) es poca cosa. Es, efectivamente, poca cosa (son solo palabras o ideas) pero quizá no tan insignificante si pensamos que el arma más poderosa de los belicistas o de sus críticos es habernos convencido de que no hay alternativa al discurso que relaciona paz y guerra. Existirá alternativa si hablamos de ella.

196. ESTADOS UNIDOS Y EL *PLEA BARGAINING*: CUÁNDO EL SISTEMA CRIMINAL ABANDONA EL PARADIGMA CENTRAL DEL JUICIO Y SE PRECISA RECONOCER DERECHOS TAMBIÉN EN LA FASE DE NEGOCIACIÓN

ALBERTO SAIZ GARITAONANDIA

Profesor Agregado de Derecho Procesal de la EHU/UPV
miembro del Instituto Vasco de Criminología (IVAC/KREI)

I. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL AMERICANO ANTE LA REALIDAD INCUESTIONABLE DEL *PLEA BARGAINING*

El sistema de justicia criminal de los Estados Unidos descansa en su funcionamiento en el altísimo número de acuerdos de culpabilidad que los fiscales –que ostentan el monopolio de la acción penal en aquel país– y los acusados suscriben. Estos acuerdos, conocidos como *plea bargaining*, permiten operar al sistema penal norteamericano, pues gracias a los mismos se concluyen cerca del 95% de todos los asuntos criminales que llegan a los tribunales penales, sin necesidad de realizar un juicio y de proceder a emitir sentencia posterior. Así, se habla de un sistema de «pleas» («System of Pleas¹») más que un sistema de juicios, destacando que el alto número de acuerdos permite tanto a jueces como a fiscales maximizar sus recursos y poder centrar sus esfuerzos en casos más controvertidos o complejos, vehiculizando otros supuestamente más sencillos o menos discutidos por medio de los mencionados acuerdos.

¹ Así lo indica el propio Tribunal Supremo en, por ejemplo, el asunto *Missouri v. Frye*, 566 U. S. 134 (2012), en donde aporta los datos estadísticos arriba indicados.

Considerando los datos apabullantemente mayoritarios desde el punto de vista cuantitativo, cabría suponer que esta opción tan comúnmente utilizada cuenta con un acervo regulatorio que permite realizar un mínimo control u otorga unas garantías a los justiciables de cara a afrontar el proceso y aceptación del *plea bargaining* con una cierta seguridad jurídica en su proceso y resultados. Pero lo cierto es que, si bien en los últimos tiempos se van dando algunos avances al respecto, la situación dista mucho de ser la descrita².

Una primera aproximación constitucional a la cuestión nos acerca a la Sexta Enmienda de la Carta Magna de los Estados Unidos, que recoge los derechos de los ciudadanos procesados en causas penales:

«En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Accesoría Legal para su defensa³».

Como puede comprobarse, la Constitución norteamericana no hace alusión alguna a los posibles acuerdos que puedan alcanzar los acusados y fiscales y se limita, en general, a establecer el derecho a un juicio público sin dilaciones a realizarse por parte de un jurado imparcial, a ser informado de la acusación y a contar con un abogado para su defensa. En este sentido, a pesar de la altísima frecuencia con la que en la práctica esta se produce, puede afirmarse que el acusado no cuenta con un derecho a recibir una oferta de *plea bargaining* por parte del fiscal y, por lo tanto, quedará a discreción de este, analizando caso a caso, la emisión de una propuesta de acuerdo o la apertura de un proceso con el abogado defensor que pueda concluir de esa manera.

Un somero análisis de la jurisprudencia Tribunal Supremo de los Estados Unidos nos permite comprobar que existe una amplia presencia de sentencias centradas en la interpretación de los derechos de los procesados en juicio, mientras que la relativa al *plea bargaining* es testimonial o prácticamente inexistente. De hecho, fue en el año 2012 cuando, ante dos asuntos de diferente naturaleza pero que enraizaban su origen en el *plea bargaining*, el Tribunal Supremo

² Ver BIBAS, S., «Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms», *Harvard Law Review*, 126 *Harvard L. Rev.* 150 (2012), pgs. 163-173.

³ <https://constitutioncenter.org/education/classroom-resource-library/classroom/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol>

tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta institución, tan presente en su realidad cotidiana. Estas decisiones partieron el Alto Tribunal en dos, con 5 votos a favor y cuatro en contra que, además, como expondremos más adelante, expresaron su opinión disconforme de una forma muy rotunda y vehemente.

II. LOS ASUNTOS *MISSOURI VS. FRYE* Y *LAFLER VS. COOPER* Y SU TRASCENDENCIA EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL *PLEA BARGAINING*

En el primero de los casos –*Missouri vs. Frye*– se conocía el asunto de Galin Frye que, tras haber recibido tres condenas por conducir con un permiso de conducir suspendido, fue de nuevo detenido por la misma infracción que, debido a la reiteración de los hechos, lo convertía en un delito de mayor gravedad que podía llevar aparejada una pena privativa de libertad de hasta 4 años. El fiscal encargado del caso entregó una carta al abogado de Frye en la que se recogía una oferta de *plea bargaining* que, en resumen, accedía a reducir los cargos a un delito menor y una recomendación de pena de solo 90 días de prisión. El abogado de Frye no comunicó a su cliente la oferta de fiscalía y esta, al estar sujeta a un plazo, expiró, tras lo cual Frye se declaró culpable y fue condenado a tres años de prisión, desconociendo en ese momento la existencia previa de una oferta mucho más ventajosa.

Por lo que respecta al segundo de los asuntos sobre *plea bargaining* que llegaron al Tribunal Supremo, en *Lafler vs. Cooper* Anthony Cooper estaba siendo procesado por disparar de forma reiterada a Kali Mundy. Los hechos comenzaron con un disparo fallido a la cabeza, a lo cual sucedió una persecución de Cooper a Mundy que, en su huida, recibió disparos no mortales en sus nalgas y cadera. La fiscalía del Estado de Michigan le acusó de agresión con intento de homicidio, tenencia ilícita de armas, posesión de marihuana y otros delitos menores más, pero le ofreció, como *plea bargaining*, retirar varios de los cargos y recomendar para el resto de delitos una sentencia de entre 51 a 81 meses. Si bien Cooper mostró su acuerdo y expresó su deseo de declararse culpable en los términos del acuerdo, finalmente su abogado le disuadió con el argumento de que el fiscal nunca podría probar en juicio su intención de matar, pues todos los disparos habían impactado por debajo de la cintura. Así, tras rechazar la oferta, Cooper fue condenado en juicio a una pena privativa de libertad mínima de 185 a 360 meses, muy superior a las ofertas recibidas previamente.

III. LA OPINIÓN MAYORITARIA DEL TRIBUNAL: EL *PLEA BARGAINING* SE HA CONVERTIDO EN SISTÉMICO Y SE DEBEN DE RECONOCER DERECHOS TAMBIÉN EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

La opinión mayoritaria del Tribunal se aproximó a la cuestión desde el punto de vista del derecho de defensa y de la realidad incuestionable de la trascendencia del *plea bargaining* en el sistema de justicia penal norteamericano. Efectivamente, si bien no se tiene derecho a recibir una oferta de acuerdo por parte de fiscalía, la praxis demuestra que una abrumadora mayoría de asuntos son vehiculizados de esta manera y, por lo tanto, cuando esta se produce, no puede negarse la extensión del derecho a una asistencia letrada mínimamente efectiva también a este estadio de negociación. Ello es así pues, en general, la determinación de quién y cuánto tiempo va a prisión se juega precisamente en este estadio, y es por ello por lo que debe afirmarse que el abogado defensor también tiene responsabilidades en este periodo⁴:

«The reality is that plea bargains have become so central to the administration of the criminal justice system that defense counsel have responsibilities in the plea bargain process, responsibilities that must be met to render the adequate assistance of counsel that the Sixth Amendment requires in the criminal process at critical stages. Because ours «is for the most part a system of pleas, not a system of trials,»...it is insufficient simply to point to the guarantee of a fair trial as a backstop that inoculates any errors in the pretrial process⁵».

El debate relativo a la trascendencia del *plea bargaining* en el sistema judicial americano se proyectó en la argumentación mayoritaria también con respecto a las expectativas que los acusados asumen a la hora de afrontar su

⁴ Sobre ello, el propio Tribunal se hace eco de alguna doctrina que expresa descarnadamente el proceso de *plea bargaining* para concluir que, mucho más allá de un ajuste del sistema, el *plea bargaining* se constituye como «el sistema de justicia criminal»: «Most cases are disposed of by means that seem scandalously casual: a quick conversation in a prosecutor's office or a courthouse hallway between attorneys familiar with only the basics of the case, with no witnesses present, leading to a proposed resolution that is then «sold» to both the defendant and the judge.⁸ To a large extent, this kind of horse trading determines who goes to jail and for how long. That is what plea bargaining is. It is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system» (SCOTT, R. y STUNTZ, W., «Plea Bargaining as Contract», *The Yale Law Journal*, 101 Yale L. J. 1909, 1912 (1992), pgs. 1911-1912).

⁵ *Missouri v. Frye*, 566 U. S. 134 (2012), II, A. En este sentido, el Tribunal Supremo se apoya en datos estadísticos: «Ninety-seven percent of federal convictions and ninety-four percent of state convictions are the result of guilty pleas».

situación procesal. Así es, en la medida que el juicio se ha convertido en la alternativa atípica o extraordinaria, los encausados esperan razonablemente reducir la posible condena en el proceso de negociación con el fiscal. De hecho, en un muy llamativo giro coloquial, el Tribunal cita literalmente cierta doctrina que asimila esta situación al regateo que comúnmente se produce cuando compramos un coche, cuyo precio de salida «solo un ignorante o mal aconsejado consumidor» estará dispuesto a pagar sin tratar de reducirlo:

«The expected post-trial sentence is imposed in only a few percent of cases. It is like the sticker price for cars: only an ignorant, ill-advised consumer would view full price as the norm and anything less a bargain⁶».

La cuestión, por lo tanto, se centraba en si el derecho de defensa previsto en la Constitución solo extiende sus efectos a los juicios y diligencias previas que conducen al mismo, lo que limitaría la protección de la Sexta Enmienda a la garantía de un juicio justo y las condenas impuestas por esa vía. La posición mayoritaria del Tribunal se centró, desde esta perspectiva, en la condena final como elemento que une ambas alternativas –juicio y *plea bargaining*– y vinculó el derecho a una defensa efectiva con la posibilidad de que el encausado obtuviera un resultado menos favorable al que potencialmente hubiera podido obtener por una actuación letrada adecuada, independientemente de que la pena a cumplir lo sea como fruto de un proceso de negociación o como colofón de un juicio. En este sentido, incluso aunque Cooper obtuviera un juicio con todas las garantías y recibiera una condena en el mismo dentro de los parámetros legales, el hecho de que la pena final a cumplir sea muy superior a la que se le había ofrecido y este finalmente rechazó siguiendo las erróneas indicaciones de su abogado hace que sobre él haya recaído un perjuicio cierto e injusto que, en otras condiciones, no habría recibido. Así, el juicio, más que proceder a superar y depurar el posible error en el que el encausado había incurrido tras las indicaciones de su letrado en el proceso de *plea bargaining*, sirvió finalmente para materializar el daño proveniente de dicho error en forma de una alta condena:

«Respondent received a more severe sentence at trial, one 3½ times more severe than he likely would have received by pleading guilty. Far from curing the error, the trial caused the injury from the error. Even if the trial itself is free

⁶ BIBAS, S., «Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection», *California Law Review*, 99 Cal. L. Rev. 1117 (2011), pg. 1138.

from constitutional flaw, the defendant who goes to trial instead of taking a more favorable plea may be prejudiced from either a conviction on more serious counts or the imposition of a more severe sentence⁷».

Una vez enmarcada la cuestión y asumido que el derecho a una defensa efectiva podía extenderse también al proceso de *plea bargaining*, el Tribunal Supremo busca en su jurisprudencia pasada los elementos que le permitan catalogar unas circunstancias o actitud del abogado como perjudicial para su cliente desde un estándar constitucional. Así, acude a su célebre jurisprudencia emitida en el caso Strickland⁸, en el que estableció un test doble de cara a admitir la existencia de daño producido por una deficiente asistencia letrada: se debe probar que existió una ineficiente defensa y, además, que se produjo un perjuicio cierto debido a dicha ineficiencia:

«To show prejudice from ineffective assistance of counsel where a plea offer has lapsed or been rejected because of counsel's deficient performance, defendants must demonstrate a reasonable probability they would have accepted the earlier plea offer had they been afforded effective assistance of counsel. Defendants must also demonstrate a reasonable probability the plea would have been entered without the prosecution canceling it or the trial court refusing to accept it, if they had the authority to exercise that discretion under state law⁹».

Con todo, la prueba de la existencia de un perjuicio cierto causado por una deficiente asistencia letrada en el proceso de *plea bargaining* no se antoja una cuestión sencilla, elemento que no se le oculta tampoco al Tribunal Supremo. Ciertamente, cada letrado puede tener una manera personal de llevar el proceso de negociación con fiscalía. Además, el hecho de que en muchas ocasiones la negociación se realice de forma opaca, sin quedar registrada o mínimamente controlada por parte del órgano judicial, añade un importante elemento de incertidumbre sobre la realidad o no de los actos que en ese estadio se produjeron y, consiguientemente, sobre la posibilidad de probar posteriormente el posible perjuicio causado. En los dos casos analizados, la existencia de la carta con la oferta de fiscalía a Frye que no fue comunicada por un lado

⁷ Lafler vs. Cooper, 566 U. S. 156 (2012), 3.

⁸ Strickland v. Washington, 466 U. S. 668 (1984).

⁹ Missouri v. Frye, 566 U. S. 134 (2012), II, C. Como colofón de la idea anterior, apostilla el Tribunal Supremo lo siguiente: «To establish prejudice in this instance, it is necessary to show a reasonable probability that the end result of the criminal process would have been more favorable by reason of a plea to a lesser charge or a sentence of less prison time».

y, por otro, la preferencia inicial de Cooper a aceptar la propuesta del *prosecutor* mostrada y trasladada al mismo, que chocó con la insistencia de su abogado a no hacerlo, daban constancia y servían de argumento para que los condenados, una vez fueron conscientes de los hechos y, con ello, del perjuicio causado, trataran de revertir su situación:

«The alternative courses and tactics in negotiation are so individual that it may be neither prudent nor practicable to try to elaborate or define detailed standards for the proper discharge of defense counsel's participation in the process. This case presents neither the necessity nor the occasion to define the duties of defense counsel in those respects, however. Here the question is whether defense counsel has the duty to communicate the terms of a formal offer to accept a plea on terms and conditions that may result in a lesser sentence, a conviction on lesser charges, or both¹⁰».

En síntesis, por lo tanto, la posición mayoritaria del Tribunal constató que el sistema de justicia criminal americano descansaba de una forma absolutamente mayoritaria en la institución del *plea bargaining* y, por lo tanto, la materialización de una defensa efectiva no podía limitarse al juicio y los actos conducentes al mismo, sino que también debía proyectarse en ese estadio de negociación. Una vez dilucidado lo anterior, busca una adaptación de su jurisprudencia tradicional del caso Strickland sobre la defensa efectiva a la realidad del *plea bargaining*, debiendo analizarse las circunstancias particulares de cada asunto para comprobar si se puede constatar una deficiente asistencia del abogado de la defensa que, a su vez, haya producido un perjuicio cierto y constatable al acusado.

IV. LA POSICIÓN DEL VOTO PARTICULAR (DISIDENTE): LA APROXIMACIÓN FORMALISTA A LA JUSTICIA CRIMINAL

El Justice Antonin Scalia fue el encargado de redactar el voto disidente al parecer mayoritario del Tribunal. En su argumentación se abraza una aproxi-

¹⁰ Missouri v. Frye, 566 U. S. 134 (2012), II, B: «This Court now holds that, as a general rule, defense counsel has the duty to communicate formal offers from the prosecution to accept a plea on terms and conditions that may be favorable to the accused. Any exceptions to that rule need not be explored here, for the offer was a formal one with a fixed expiration date. When defense counsel allowed the offer to expire without advising the defendant or allowing him to consider it, defense counsel did not render the effective assistance the Constitution requires».

mación formalista del derecho de defensa, que quedaría circunscrito a la búsqueda de un juicio justo. En el sentido anterior, se parte de la base de que ni existe un derecho al *plea bargaining* ni tampoco una necesaria asistencia efectiva en dicho procedimiento. Es más, se establece una posición muy crítica con dicha institución, a la que se califica como «mal necesario» que convierte al sistema de justicia penal en «un casino» en el que se trata de batir a la banca consiguiendo ser condenado a «menos tiempo que el que la ley dice que se merece»:

«Today, however, the Supreme Court of the United States elevates plea bargaining from a necessary evil to a constitutional entitlement. It is no longer a somewhat embarrassing adjunct to our criminal justice system; rather, as the Court announces in the companion case to this one, ‘it *is* the criminal justice system.’... The Court today embraces the sporting-chance theory of criminal law, in which the State functions like a conscientious casino-operator, giving each player a fair chance to beat the house, that is, to serve less time than the law says he deserves ¹¹».

En los casos particulares que se analizaban, el Justice Scalia muestra su total rechazo a la posición de la mayoría, pues en el caso de Frye el propio acusado se declaró culpable y fue condenado en consecuencia, y en el caso de Cooper, este obtuvo su sentencia tras ser juzgado en un juicio con todas las garantías, el «máximo estándar de la justicia americana»:

«Thus, even though there is no doubt that the respondent here is guilty of the offense with which he was charged; even though he has received the exorbitant gold standard of American justice—a full-dress criminal trial with its innumerable constitutional and statutory limitations upon the evidence that the prosecution can bring forward, and (in Michigan as in most States) the requirement of a unanimous guilty verdict by impartial jurors; the Court says that his conviction is invalid because he was deprived of his *constitutional entitlement* to plea-bargain ¹²».

Finalmente, el voto disidente enfatiza la dificultad de analizar lo que hubiera sucedido en el pasado si se hubiera tenido una defensa efectiva, elemento del que parte la posición mayoritaria para superar el test de Strickland en

¹¹ Lafler vs. Cooper, 566 U. S. 156 (2012); voto disidente de A. Scalia, IV.

¹² *Idem*.

relación con el perjuicio sufrido injustamente por el encausado. De hecho, asimila la cuestión a un ejercicio de observación retrospectiva de una bola de cristal que pueda aclararnos la situación que se hubiera producido:

«While the inadequacy of counsel's performance in this case is clear enough, whether it was prejudicial (in the sense that the Court's new version of Strickland requires) is not. The Court's description of how that question is to be answered on remand is alone enough to show how unwise it is to constitutionalize the plea-bargaining process. Prejudice is to be determined, the Court tells us, by a process of retrospective crystal-ball gazing posing as legal analysis¹³».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las líneas anteriores hemos descrito el intenso debate y los argumentos encontrados que llevaron al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América a reconocer un cierto título constitucional al *plea bargaining*. Si bien esta figura no se encuentra expresamente prevista en el articulado de la Carta Magna americana, tiene tal presencia en la práctica que, a ojos de la mayoría del Tribunal, ha transformado el sistema de justicia penal americano de un sistema de juicios a un sistema básicamente de *pleas*. Ante esta realidad incuestionable la mayoría entiende que el derecho de defensa no puede limitarse a la asistencia letrada en juicio que, aunque sea la vía constitucionalmente prevista, ha quedado totalmente superada por la praxis. Así, los abogados defensores van a tener también una responsabilidad en la fase de negociación y, a pesar de las dificultades a la hora de fiscalizar su ejercicio, una deficiente asistencia letrada en este momento puede llegar a vulnerar el derecho de defensa incluso aunque se produzca un juicio posterior con todas las garantías.

¹³ Missouri v. Frye, 566 U. S. 134 (2012); voto disidente de A. Scalia. Continúa el voto particular exponiendo las dudas concretas que esta situación puede generar, especialmente en casos futuros a los que se quiera aplicar esta jurisprudencia: «First of all, of course, we must estimate whether the defendant would have accepted the earlier plea bargain. Here that seems an easy question, but... it will not always be. Next, since Missouri, like other States, permits accepted plea offers to be withdrawn by the prosecution (a reality which alone should suffice, one would think, to demonstrate that Frye had no entitlement to the plea bargain), we must estimate whether the prosecution would have withdrawn the plea offer. And finally, we must estimate whether the trial court would have approved the plea agreement. These last two estimations may seem easy in the present case, since Frye committed a new infraction before the hearing at which the agreement would have been presented; but they assuredly will not be easy in the mine run of cases».

Pero este reconocimiento no es sencillo ni unánime. Así, solo un voto decantó la votación final (5 contra 4), y el voto disidente formulado por Antonin Scalia proyectó una lectura esencialista del sistema de justicia criminal, con una argumentación totalmente contraria a la de la mayoría. Para estos el *plea bargaining* es un mal, necesario para que el sistema funcione, pero mal en todo caso, y como tal flaco favor se hace si se le reconoce carta de naturaleza y, con esta, una serie de derechos asociados. Desde esta visión es absolutamente incomprensible que una persona que ha sido juzgada y sentenciada siguiendo un juicio con todas las garantías pueda alegar un daño producido por una ineficiente defensa en un proceso de negociación previo, pues el juicio es la «quinta esencia» de la justicia criminal americana, la norma constitucional que, si bien reducida en la práctica a un mínimo porcentaje de asuntos, no puede dejar de marcar la referencia a la de conocer y sentenciar las causas penales en aquel país.

Desde la distancia de nuestra realidad jurídico-penal no podemos dejar de contemplar este debate dual entre esencialistas y realistas con un cierto grado de asombro. Ciertamente, ni la configuración formal de la parte acusadora es la misma que en los Estados Unidos ni los niveles de conformidad quedan en dígitos ni siquiera cercanos a los norteamericanos. Con todo, no debemos olvidar que las modificaciones que se van produciendo a lo largo de los años van dejando un espacio cada vez mayor a esta alternativa, lo que podría producir situaciones en las cuales el debate y los argumentos de *Lafler vs. Cooper* y *Missouri v. Frye* puedan sernos de utilidad. Bueno será que no los perdamos de vista y sepamos adaptar el sistema a la realidad de la forma más adecuada posible.

197. LA DOBLE INSTANCIA EN LAS SANCIONES TRIBUTARIAS TRAS LA DOCTRINA *SAQUETTI*: DE LA EXIGENCIA EUROPEA A LA INSUFICIENTE RESPUESTA DE LA CASACIÓN ESPAÑOLA ¹

IRUNE SUBERBIOLA GARBIZU

Profesora Agregada Derecho Financiero y Tributario
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN

En las últimas décadas, el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración Pública, y dentro de esta muy especialmente por parte de la Administración Tributaria, ha experimentado una expansión cuantitativa y cualitativa sin precedentes, que, sin embargo, no siempre ha ido acompañada de un sistema de garantías procesales equivalente al del orden penal.

En la actualidad, el punto de fricción más relevante se encuentra en el derecho a la doble instancia judicial o derecho al reexamen de la condena. Sobre este respecto, la doctrina clásica de nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha negado la doble instancia en el orden contencioso-administrativo por considerarla, salvo en el orden penal, una cuestión de mera configuración

¹ Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación», (IP: Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00 y en la Red de investigación: «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

legal². En otras palabras, fuera del ámbito estrictamente penal, tradicionalmente el TC ha considerado que el derecho a la doble instancia no forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como señala Cobreros Mendazona, en el orden contencioso-administrativo se consideraba que la configuración de los recursos era una cuestión de mera legalidad ordinaria, lo que dejaba al albur del legislador la decisión de permitir o no el acceso a un segundo grado jurisdiccional, en función de criterios como la cuantía del asunto³.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 30 de junio de 2020 en el asunto *Saqueti Iglesias c. España*, dibuja un punto de inflexión que rompe con la mencionada doctrina clásica del TC al declarar que el derecho a un doble grado de jurisdicción, garantizado por el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), es totalmente aplicable a aquellas sanciones administrativas que, por su gravedad o naturaleza, posean una verdadera «naturaleza penal», lo cual afecta directamente al ámbito de las sanciones tributarias, donde las multas suelen alcanzar cuantías de enorme gravedad⁴.

Para comprender el alcance del movimiento tectónico que supone *Saqueti* en nuestro sistema de garantías, es necesario recordar que el sistema de recursos en el ámbito tributario español es un modelo que podríamos definir como de «geometría variable» en el que en función del órgano que dicta la sanción tributaria puede no contemplarse la posibilidad de albergar una doble instancia para contrariarla.

El objeto de este trabajo es, precisamente, reflejar cómo esta exigencia de doble instancia impacta en el sistema sancionador tributario español, y evaluar si los mecanismos de revisión actuales cumplen con el estándar de protección que Europa exige.

² Vid., entre otras la STC 37/1988, de 3 de marzo; STC 3/1996, de 15 de enero; STC 48/1998, de 2 de marzo; o la STC 116/2006, de 24 de abril.

³ COBREROS MENDAZONA, E.: «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 118, 2020, p. 13.

⁴ Esta exigencia de un reexamen no es una novedad aislada del TEDH, sino que entronca con un sólido bloque de legalidad internacional. Ciertamente, el derecho a que una condena sea revisada por un órgano superior se halla consagrado de forma nítida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, normas internacionales, que, no debemos olvidar se integran en nuestro ordenamiento a través del artículo 10.2 de la Constitución Española.

II. EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE «SANCIÓN PENAL» EN LA DOCTRINA SAQUETTI

La *ratio decidendi* de la sentencia *Saqueti Iglesias c. España* (apartados 22 a 26) reside en la interpretación del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, que garantiza el derecho a que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tenga derecho a que el fallo o la condena sean examinados por un tribunal superior. Interesa destacar que la clave no es cómo el derecho interno (en este caso el español) califica la sanción (administrativa), sino su naturaleza material («penal») a ojos del Convenio.

En este sentido, para determinar si una sanción administrativa debe ser considerada «penal» en lo que atañe a garantías procesales, el TEDH aplica los denominados «criterios Engel», una herramienta interpretativa consolidada en su seno desde la década de los 70⁵ para evitar que los Estados «disfrazaran» sanciones penales como administrativas privando así a los ciudadanos de las garantías procesales del artículo 6 del CEDH: i) la calificación jurídica de la infracción en el Derecho nacional; ii) la propia naturaleza de la infracción; y iii) la naturaleza y el grado de severidad de la sanción. Sánchez Huete⁶ destaca la aplicación de estos criterios es alternativa, de suerte que basta con que se cumpla uno de ellos para que la sanción se considere «penal» a los efectos de la protección de los derechos humanos, y ello aunque en ocasiones deban analizarse de forma acumulativa, si por separado no son concluyentes:

– Criterio formal. Si el derecho nacional califica una sanción como penal, se aplican todas las garantías. En caso de que la califique como administrativa (como ocurre con las sanciones tributarias), se pasa a los siguientes criterios.

– Criterio material. Se analiza la naturaleza de la infracción teniendo en cuenta si la norma va dirigida a un grupo específico o tiene un carácter general, y si su finalidad es meramente resarcitoria o, por el contrario, busca castigar y prevenir. Las sanciones tributarias, al buscar el castigo de la conducta defraudadora, suelen encajar aquí.

⁵ En su histórica sentencia *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976 (demandas n.º 5100/71 y otras).

⁶ SÁNCHEZ HUETE, M. Á.: «Sanciones tributarias penales (doble instancia o derecho al reexamen, al hilo del caso *Saqueti Iglesias c. España*)», en Navarro Villanueva, C. / Reynal Querol, N. / Ramos Romeu, F. / Libano Beristain, A. / Ruiz De La Fuente, C. / Orriols García, S. (Eds.): *De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas*, Libro III, Barcelona: Atelier, 2025, p. 591.

– Criterio de gravedad. Se mide el grado de severidad de la sanción, el «sufrimiento» o perjuicio que causa al afectado.

En concreto, en *Saqueti*, la sanción consistía en una multa de 153.800 euros por no declarar el movimiento de dinero en efectivo en la aduana. Aunque el sistema español la calificaba como infracción administrativa de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales, el TEDH concluyó que la sanción tenía una finalidad tanto preventiva como represiva y, especialmente, que su cuantía era de una gravedad tal que le otorgaba una indudable «naturaleza penal».

Como consecuencia de esta «penalización» de la sanción, el TEDH sentenció que España vulneró el derecho al reexamen, pues, al tratarse de un asunto cuya cuantía era inferior a los 600.000 euros exigidos entonces para el recurso de casación, y habiéndose tramitado en única instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurrente se vio privado de una segunda revisión judicial.

Para la doctrina más autorizada en la materia⁷, esta conclusión, impone una revisión integral de nuestro sistema de recursos, ya que la gravedad de la sanción, y no solo la cuantía o la materia, debe ser el «termómetro» que abra la puerta a la doble instancia. Veamos, a continuación, cómo se ha sustanciado esa revisión en nuestro ordenamiento.

III. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA: ¿DOBLE INSTANCIA O «DERECHO AL REEXAMEN»?

1. Un problema de encaje

La traslación de la doctrina *Saqueti* al ámbito tributario español entraña retos de hondo calado debido, fundamentalmente, a lo que podemos denominar como un «problema de encaje» dentro de nuestro sistema procesal, ya que el orden contencioso-administrativo español carece de una doble instancia generalizada y se estructura sobre un modelo que prima la cuantía sobre la revisión plena de las sanciones.

⁷ Por todos, LOZANO CUTANDA, B.: «La sentencia Saqueti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, p. 182.

Por un lado, este déficit de protección se pone de manifiesto a través de la barrera del recurso de apelación, dado que, según el artículo 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), son inapelables aquellas sentencias cuya cuantía no supere los 30.000 euros. Como apunta Cobreros Mendazona,⁸ este límite cuantitativo es ajeno a la naturaleza penal de la sanción; una multa tributaria de 25.000 euros puede tener una clara finalidad represiva y constituir una verdadera «pena» para el administrado, pero, al no alcanzar el umbral legal, el sancionado se ve privado de un segundo grado jurisdiccional si el asunto fue resuelto en única instancia por un Juzgado.

Por otro, cuando la sanción supera umbrales superiores y el asunto es resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional, el único remedio disponible es el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que, como advierte Marín Benítez⁹, no es una «segunda instancia» en el sentido exigido por el Protocolo n.º 7 del CEDH, debido a que es un recurso extraordinario limitado al interés casacional objetivo y tiene vetada la revisión de los hechos y la valoración de la prueba. Esta limitación se agrava si observamos que, en función del órgano sancionador, el acceso a la apelación está vedado de origen.

En efecto, el diseño de nuestro sistema de recursos produce una asimetría flagrante. Mientras que una sanción de cuantía superior a 30.000 € dictada por una dependencia regional permite el acceso a una apelación ordinaria ante el TSJ (con revisión de hechos), aquellas sanciones de cuantía muy superior dictadas por órganos centrales o confirmadas por el TEAC se ventilan en instancia única ante la Audiencia Nacional. Más aún, esta situación de indefensión alcanza su grado máximo en los territorios forales. En el País Vasco y Navarra, por diseño competencial, la mayoría de las sanciones de relevancia se impugnan directamente ante las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que implica que, para el contribuyente foral, el TSJ es el primero y último que valora sus pruebas, quedando su derecho al reexamen confinado a una casación que tiene prohibido entrar en el fondo del asunto¹⁰.

⁸ COBREROS MENDAZONA, E.: «El doble grado de jurisdicción...», *ob. cit.*, pp. 24-25.

⁹ MARÍN BENÍTEZ, G.: «¿Doble instancia o derecho a reexamen? Caso Saquetti Iglesias. Análisis de las SSTs de 25 de noviembre de 2021, recs. núms. 8156/2020 y 8158/2020», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n.º 468, 2022, p. 138.

¹⁰ Sobre los órganos jurisdiccionales que conocen cuestiones de Derecho Tributario Foral *vid.* SUBERBIOLA GARBIZU, I. «Particularidades del recurso de casación en el Derecho Tributario Foral», en Merino Jara, I. (Dir.) / González De Lara Mingo, S. / Suberbiola Garbizu, I. (Coord.), *La Casación en materia tributaria a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid: CISS, 2023; pp. 725 y ss.

Lo mismo ocurre con la casación autonómica ante los TSJ en los tributos propios de las Comunidades Autónomas de régimen común. Si bien el régimen foral presenta particularidades históricas, el déficit de tutela en la casación autonómica es un mal compartido por todas las Comunidades Autónomas. En ambos casos, el ciudadano se enfrenta a un sistema donde el reexamen es realizado por el mismo órgano que dictó la resolución, quebrantando la alteridad jerárquica y supeditando un derecho fundamental a la conveniencia de fijar doctrina regional. En ambos supuestos, es otra sala del TSJ quien analiza el caso, lo cual nos lleva, indefectiblemente, a recordar que la garantía del reexamen no solo exige una nueva valoración jurídica, sino que también descansa sobre el principio de alteridad, el cual requiere que el órgano de revisión goce de una distancia institucional y jerárquica real respecto al órgano a quo. En el marco de la casación autonómica, donde el reexamen queda confiado a una sección del mismo Tribunal Superior de Justicia que dictó la sentencia original, este principio se diluye, convirtiendo la revisión en un ejercicio más formal que sustancial. Así, tras la recepción de la doctrina *Saqueti*, si bien el modelo de casación estatal ya presenta serias grietas debido al filtro del interés casacional objetivo, la problemática alcanza su máxima expresión en el ámbito de los tributos propios de las Comunidades Autónomas. Aquí, la conexión entre la casación estatal y la autonómica revela una asimetría de garantías difícilmente justificable: mientras que en la primera el déficit es de «acceso» (por el rigor del Tribunal Supremo), en la segunda se añade un déficit de «estructura». Al desplazarse la competencia hacia las secciones de casación de los Tribunales Superiores de Justicia, el sistema no solo replica las barreras de admisión estatales (bajo el concepto de interés casacional autonómico), sino que además sacrifica el principio de alteridad jerárquica. Por ello, el ciudadano sancionado por una norma autonómica queda doblemente desprotegido frente a quien lo es por una norma estatal, pues su reexamen no solo es incierto, sino que es funcionalmente horizontal, quedando confinado al mismo órgano judicial que ya se pronunció en instancia única.

Tabla 1. Asimetría del sistema de recursos

	Escenario A: Sanciones AEAT < 30.000 €	Escenario B: Sanciones AEAT > 30.000 € / Órganos Centrales	Escenario C: Tributos Autonómi- cos y Forales
1. ^a Instancia.	Juzgado de lo Contencio- so-Administrativo.	Audiencia Nacional (Instancia Única).	TSJ (Instancia Única).

	Escenario A: Sanciones AEAT < 30.000 €	Escenario B: Sanciones AEAT > 30.000 € / Órganos Centrales	Escenario C: Tributos Autonómi- cos y Forales
2.ª Instancia.	Recurso de apelación ante el TSJ.	Recurso de casación ante el Tribunal Supremo.	Recurso de casación (TS o sección específica).
Garantías.	Doble instancia real. Revisión íntegra de hechos y derecho.	Reexamen limitado. Sin revisión de hechos ni de prueba (Art. 87.1 LJCA).	El TSJ es el primero y último que valora la prueba.
Estatus.	Cumple Estándar <i>Saqueti</i> / Protocolo 7 CEDH.	«Reexamen de baja intensidad» / Garantía nominal.	Vulneración del estándar europeo de revisión fáctica ² .

Esta estructura procesal colisiona frontalmente con la realidad del sistema sancionador de la Ley General Tributaria¹¹. Gran parte de las sanciones pecuniarias que contempla (del 50%, 100% o 150% sobre la base de la sanción, que suele coincidir con la deuda tributaria dejada de ingresar¹²) son indiscutiblemente «penales» desde la perspectiva del CEDH. En efecto, su finalidad no es resarcitoria (el resarcimiento ya está cubierto por los intereses de demora), sino puramente represiva. Si aplicamos los criterios *Engel*, observaremos cómo las multas tributarias cumplen con el criterio de gravedad (pueden alcanzar cifras millonarias) y el de generalidad (afectan a toda la ciudadanía).

Por ello, resulta paradójico que una pequeña pena de multa en el orden penal goce de doble instancia automática, mientras que una sanción tributaria de cuantía exorbitante, en función del órgano que la impuso, pueda verse confinada a una única revisión judicial que no permite discutir elementos nucleares como la valoración de los indicios de fraude o la concurrencia de culpabilidad. Ciertamente, la asimetría del sistema resulta clamorosa: mientras que en el orden penal cualquier condena, por liviana que sea su cuantía, goza de un derecho de revisión integral, en el ámbito tributario nos encontramos con una doble desprotección. En primer lugar, las sanciones que no alcanzan los 30.000 euros mueren en la instancia por imperativo legal (art. 81.1.a LJCA). En segundo lugar, las sanciones de cuantía exorbitante que acceden a la casación se ven sometidas a un recurso extraordinario, el de casación, que, por su propia

¹¹ Igualmente, con el de nuestras Normas Forales Generales Tributarias.

¹² Art. 191. LGT.

naturaleza, tiene vetado el reexamen de los hechos y la valoración de la culpabilidad¹³. En ambos casos, el estándar de protección del artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH (que exige que la condena sea revisada íntegramente por un tribunal superior) queda seriamente comprometido.

2. La reacción del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo (TS) acoge la doctrina *Saqueti* en dos importantes sentencias plenarios, las SSTs 1375/2021 y 1376/2021, de 25 de noviembre, en las que, en un ejercicio de contorsionismo jurídico, intenta compatibilizarla con la rígida estructura de la LJCA. Para ello, el TS no opta por exigir una «doble instancia» plena que examine hechos y derecho (que requeriría una reforma legislativa para generalizar la apelación), sino que reinterpreta la exigencia convencional como un «derecho al reexamen» que puede ser satisfecho a través del actual recurso de casación.

Para viabilizar esta solución, el Supremo decreta que la invocación de la vulneración de la doctrina *Saqueti* constituye, por sí misma, un supuesto de interés casacional objetivo para la admisión del recurso. De este modo, se abre una vía para que aquellas sanciones que carecen de apelación por razón de la cuantía o del órgano que las dicta puedan, al menos, asomarse al Tribunal Supremo. No obstante, como advierte Marín Benítez¹⁴, esta solución es más formal que material, pues el TS se apresura a aclarar que este «reexamen» no transmuta la naturaleza de la casación. En efecto, el control del interés casacional sigue limitado a cuestiones de derecho, quedando excluida de forma explícita cualquier nueva valoración de la prueba o revisión de los hechos fijados en la instancia.

Esta limitación técnica de la «vía casacional» puede ser objeto de severas críticas. Fundamentalmente, la propia estructura del recurso de casación, diseñado para la protección de la pureza del ordenamiento y la unificación de doctrina (el *ius constitutionis*), se revela insuficiente para proteger el derecho subjetivo del sancionado a una revisión integral (el *ius litigatoris*). Como se puso de manifiesto en el voto particular a las citadas sentencias (al que nos referiremos en el siguiente epígrafe) si el reexamen no permite discutir la culpabilidad o la valoración de los indicios (esto es, el núcleo de cualquier sanción tributaria), se está ofreciendo una garantía meramente nominal que no

¹³ No obstante, como veremos, la STC 71/2022, de 13 de junio, matiza que la fiscalización judicial de un acto administrativo ya constituye, para el sistema español, un primer reexamen de la «condena» administrativa, dejando en manos del legislador la creación de recursos adicionales.

¹⁴ MARÍN BENÍTEZ, G.: «¿Doble instancia o derecho a reexamen?...», *ob. cit.*, p. 140.

cumple con el estándar de Estrasburgo¹³. En definitiva, mientras la casación tenga vetada el acceso a los hechos, el derecho al reexamen penal en el ámbito administrativo seguirá siendo una asignatura pendiente en el Derecho español.

Esta brecha entre la exigencia europea y la realidad procesal española ha sido abordada con posterioridad por la STC 71/2022, de 13 de junio (FJ 4 y 5). En ella, el Tribunal Constitucional ratifica que el derecho al reexamen no implica un derecho incondicionado a la admisión de los recursos, lo que valida la inadmisión de una casación siempre que la causa legal sea aplicada razonadamente. El TC delega así en el legislador la responsabilidad de crear cauces de revisión más amplios si se considera que el modelo actual es insuficiente.

Como apunta Litago Lledó, a pesar de las elevadas expectativas que generó el fallo de Estrasburgo, la respuesta institucional en España ha reabierto el debate sobre la injustificada dicotomía entre el orden penal y el administrativo sancionador. La autora señala que, transcurridos varios años desde la sentencia, persiste la duda sobre si el encaje del derecho al reexamen a través de la casación es un efecto suficiente o si, por el contrario, el sistema sigue anclado en estructuras que priorizan la eficiencia administrativa sobre las garantías del contribuyente¹⁵.

IV. LA INSUFICIENCIA DE LA SOLUCIÓN PARA LAS SANCIONES TRIBUTARIAS: EL DÉFICIT DE TUTELA EN LA INSTANCIA ÚNICA Y EL ÁMBITO FORAL

La articulación del derecho al reexamen a través del recurso de casación encierra una carencia de fondo que deriva de la propia configuración del sistema de recursos contencioso-administrativo. La respuesta del Tribunal Supremo trata de salvar una «vieja polémica» sobre la dualidad de castigos sin alterar una estructura procesal que, en la práctica, genera ciudadanos de distinta categoría según el órgano que dicte la sanción¹⁶.

En este contexto, la solución adoptada por el TS, la de la articulación del derecho al reexamen a través del recurso de casación, si bien supone un avance formal, encierra una insuficiencia de fondo que se extrema en el ámbito tributario. Esta debilidad fue expuesta con nitidez en el voto particular formulado a

¹⁵ LITAGO LLEDÓ, R.: «El papel del Tribunal Supremo en la aplicación de la llamada doctrina *Saqueti*. Especial referencia al derecho tributario sancionador», en Merino Jara, I. (Dir.) / González de Lara Mingo, S. / Suberbiola Garbizu, I. (Coord.), *La Casación en materia tributaria a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid: CISS, 2023; pp. 605 y ss.

¹⁶ *Ibidem*, p. 623.

las sentencias plenarias de 25 de noviembre de 2021, por parte del Magistrado Díez-Picazo Giménez quien calificó la solución de la mayoría como un «artificio» insuficiente, argumentando que el recurso de casación (fundado en el interés casacional objetivo y no en el derecho del recurrente) no es un medio «verosímil y eficaz» para el reexamen de sentencias sancionadoras¹⁷.

El núcleo de este conflicto reside en que, como mencionábamos, en materia de sanciones tributarias, el debate casi nunca es de derecho puro, sino eminentemente fáctico. El castigo tributario depende de elementos que la casación, por su propia naturaleza extraordinaria, tiene vetado. Nos referimos a cuestiones tan relevantes como el análisis de la culpabilidad (la distinción entre la negligencia simple, el dolo o el error vencible), la valoración de la proporcionalidad de la cuantía impuesta y la revisión de los criterios de graduación. De esta forma, si el Tribunal Supremo no puede revisar la valoración de la prueba que hizo el juez de instancia sobre estos elementos, el «reexamen» es una suerte de contenedor vacío que protege el *ius constitutionis*, pero desatiende el *ius litigatoris* o derecho a la defensa del contribuyente.

Ante la manifiesta inoperancia de la vía casacional para los hechos, la discusión se desplaza al «frente de la apelación», pues, la única forma de garantizar una revisión integral sería forzar el acceso a la segunda instancia ordinaria, eliminando las barreras de cuantía cuando se impugnen sanciones de naturaleza penal. Con todo, la jurisprudencia más reciente parece cerrar esta puerta. En efecto, la STS 6321/2024 ha venido a mantener el límite cuantitativo de los 30.000 euros (art. 81.1.a LJCA) como criterio de acceso a la apelación. Esta postura, como denuncian Marín Benítez y Vélez Fraga, deja en un limbo jurídico a miles de sanciones tributarias que, aun siendo «penales» por su severidad y fin punitivo, se ven privadas de una doble instancia real por no alcanzar un umbral económico arbitrario o no presentar el interés casacional que exige el Alto Tribunal¹⁸.

V. RETOS PENDIENTES

La doctrina *Saqueti* ha puesto en jaque la estructura del sistema de recursos español. Sus derivadas nacionales, las Sentencias del Tribunal Supremo

¹⁷ Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Giménez a la Sentencia núm. 1375/2021, de 25 de noviembre (Rec. 8156/2020). El magistrado sostiene que el actual recurso de casación es incompatible con el espíritu de la sentencia *Saqueti* al no operar con criterios reglados de admisión en materia sancionadora.

¹⁸ MARÍN BENÍTEZ, G. / VÉLEZ FRAGA, M.: «De nuevo sobre el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo y la segunda instancia. Retos planteados por la doctrina *Saqueti* Iglesias», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 67, 2025, p. 168.

de 25 de noviembre de 2021, han intentado una adaptación pragmática a través de la casación, pero esta solución se revela como un «parche» insuficiente. Con todo, más de un lustro después del pronunciamiento del TEDH, nos encontramos ante un periodo de «interinidad» donde nuestro Alto Tribunal asume un papel supletorio ante la inactividad del legislador, pero sin lograr resolver la injustificada dicotomía entre el orden penal y el administrativo.

El futuro inmediato de esta cuestión se asemeja a un «juego de la oca» procesal de avances y retrocesos. La jurisprudencia más reciente, como la de las sentencias de junio de 2024¹⁹, confirma lo que Chaves García califica como «un pasito adelante y otro atrás»²⁰: por un lado, el Supremo reconoce que incluso multas que no alcanzan los 30.000 euros pueden tener naturaleza penal si la infracción es grave; pero, por otro, mantiene la barrera de la casación como único remedio. Lo anterior convierte el derecho al reexamen en una suerte de juego de mesa, donde la admisión del recurso depende de un juicio de interés casacional que es ajeno a la justicia del caso concreto y consolida el modelo como un «reexamen de baja intensidad», una revisión «mutilada».

En efecto, si un ciudadano es sancionado injustamente pero su caso no plantea una duda jurídica novedosa o relevante, el Supremo inadmite el recurso, lo cual implica que la revisión no depende de si la sanción es justa o no, sino de si el caso «interesa» al tribunal. En este contexto, ni siquiera el recurso de amparo sirve de válvula de escape, pues el filtro de la especial transcendencia constitucional actúa como un muro infranqueable para la inmensa mayoría de los ciudadanos, lo que consolida ese «reexamen de baja intensidad» que venimos denunciando.

Con estos mimbres, Lozano Cutanda²¹ y Cobreros Mendazona²² abogan por una reforma legislativa en la que el legislador elimine el límite de cuantía en la apelación cuando se impugnen sanciones tributarias de naturaleza penal. Francamente, resulta desalentador que el obligado tributario al que se le haya impuesto una sanción que considere injusta deba acudir a un recurso extraordinario como el de casación para obtener una garantía que en el orden penal es ordinaria. Solo la generalización de la doble instancia real pondrá fin a este

¹⁹ SSTs 1382/2024, de 22 de julio de 2024 (rec. 6922/2023) y 1408/2024, de 23 de julio de 2024 (rec. 5962/2023).

²⁰ CHAVES GARCÍA, J. R. «La Divina Comedia de la doctrina Saquetti: pasito adelante, pasito atrás», 3/9/2024, <https://delajusticia.com/2024/09/03/la-divina-comedia-de-la-doctrina-saquetti-pasito-adelante-pasito-atras/>

²¹ LOZANO CUTANDA, B. «La sentencia Saquetti Iglesias ...» *ob. cit.* p. 182.

²² COBREROS MENDAZONA, E.: «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves...», *ob.cit.* pp. 45-48.

déficit de tutela y evitará que el derecho al reexamen sea, para el contribuyente, un derecho puramente nominal o de baja intensidad.

En cualquier caso, interesa destacar que la simple eliminación de las barreras cuantitativas para la apelación (art. 81.1.a LJCA) resultaría una medida insuficiente para resolver el déficit de tutela en todo el Estado. Ciertamente, si bien solucionaría el problema en Territorio Común para los pleitos iniciados ante los Juzgados (no así ante la Audiencia Nacional), dejaría intacta la indefensión en los Territorios Forales. En el País Vasco y Navarra, donde los TSJ actúan como tribunales de instancia única para las sanciones forales, la ausencia de una «instancia intermedia» superior al TSJ (o de una casación que permita el reexamen fáctico) condena al contribuyente foral a un sistema de garantía única, lo que vulneraría frontalmente el estándar del artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH.

Empero, este déficit de tutela no se limita al ámbito foral, sino que es predicable de todas las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su potestad tributaria propia. Cuando la sanción deriva de una norma autonómica, el reexamen queda confinado a la casación ante el propio Tribunal Superior de Justicia, quedando el derecho del sancionado doblemente condicionado: por la limitada interpretación del «reexamen» que hace el Tribunal Supremo y por la exigencia de un interés casacional autonómico que, a menudo, resulta inalcanzable para el caso concreto.

Por ello, para que la propuesta de *lege ferenda* resulte integral, la reforma no debe limitarse a la supresión de los umbrales cuantitativos. Es imperativo abordar la singularidad de los procedimientos que nacen en instancia única ante los Tribunales Superiores de Justicia (tan relevantes en el ámbito foral) mediante dos vías alternativas:

1. La creación de una segunda instancia efectiva para las sentencias dictadas por los TSJ, ya sea mediante un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo o ante una sección funcionalmente diferenciada, o;
2. la reconversión de la casación en materia sancionadora-penal en un recurso de «revisión plena» que permita el examen de hechos y derecho, superando el actual corsé del interés casacional objetivo.

A este respecto, interesa señalar que la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha perdido una oportunidad única para abordar esta reforma. Como se

desprende de los documentos parlamentarios de tramitación,²³ la modificación del artículo 81 de la LJCA ni siquiera estuvo sobre la mesa de debate, lo que mantuvo inalterado el umbral de los 30.000 euros para el acceso a la apelación en todo el proceso parlamentario. Esta inacción legislativa perpetúa el déficit de tutela denunciado, dejando la garantía del reexamen en manos de un recurso de casación que no permite la revisión de los hechos.

En cualquier caso, debemos subrayar que la insuficiencia del modelo actual está ya bajo la lupa del TEDH en un asunto, *Caravella Invest c. España* (asunto 3844/24), que se presenta como una auténtica bomba de relojería para nuestro sistema de protección de los derechos del contribuyente, pues, a diferencia de *Saqueti*, que analizaba una sanción bajo la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales, *Caravella* examina la idoneidad de una sanción impuesta bajo la Ley General Tributaria. La trayectoria procesal de este caso refleja el «muro» que se encuentran los contribuyentes: una sanción de casi 170.000 € que es validada en instancia única por la Audiencia Nacional, y el Tribunal Supremo que cierra la puerta de la casación al no apreciar interés casacional objetivo, ignorando la vertiente de «condena penal» denunciada por la empresa. Este «reexamen» fallido, que tampoco encontró amparo en un Tribunal Constitucional que aplicó su restrictiva doctrina de la STC 71/2022, fuerza la intervención del Tribunal de Estrasburgo, que ahora deberá fiscalizar si este itinerario respeta realmente el artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH.

Como decíamos, se trata de un caso que representa un potencial punto de inflexión: si el TEDH dictamina que las restricciones de la casación española vacían de contenido el derecho a la doble instancia, nuestro Estado se verá abocado a una reforma procesal profunda. El legislador no podrá postergar más la modificación de la norma reguladora de lo contencioso-administrativo, ya sea suprimiendo las barreras de cuantía para la apelación o articulando un acceso reglado a la casación que no dependa de la arbitrariedad del interés casacional cuando lo que esté en juego sea una condena materialmente penal.

Tras la oportunidad perdida de la Ley Orgánica de Eficiencia Procesal, el horizonte normativo exige una reforma de la LJCA que generalice la doble instancia, pues el actual «parche» jurisprudencial traslada al ciudadano una carga argumentativa excesiva para acceder a un derecho que el TEDH considera básico en materia punitiva.

²³ Disponibles en: https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121/000016.

198. ORDEN EUROPEA DE PRODUCCIÓN Y PRESERVACIÓN: EL NUEVO PARADIGMA DE COOPERACIÓN TRANSNACIONAL PARA LA PRUEBA ELECTRÓNICA

PROF. DR. STANISLAW TOSZA
Catedrático en la Universidad de Luxemburgo
Secretario General de la AIDP

Conocí al profesor José Luis de la Cuesta por primera vez en 2010, en su condición de presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). En aquel momento, siendo un joven doctorando que iniciaba su colaboración con la entonces Secretaria General de la AIDP, Katalin Ligeti, comencé a involucrarme de manera más activa en los trabajos de la Asociación. Desde el primer encuentro, el profesor De la Cuesta se me reveló no solo como una figura central de la vida científica, sino también como una persona profundamente amable, atenta y generosa. Estas cualidades, sin duda, fueron decisivas para que continuara mi compromiso con la Asociación, un vínculo que se ha mantenido vivo hasta el día de hoy.

Entre los numerosos ámbitos a los que el profesor José Luis de la Cuesta ha contribuido con una investigación de extraordinaria calidad destacan, en particular, la europeización del Derecho Penal, así como el estudio de la ciberdelincuencia y de los desafíos que la digitalización plantea a la justicia penal. Por ello, confío en que acepte esta contribución, dedicada a uno de los problemas más complejos que actualmente suscita la tecnología digital en el ámbito del procedimiento penal y que la Unión Europea se encuentra tratando de abordar: la obtención transfronteriza de pruebas electrónicas¹.

¹ Presenté mis reflexiones sobre el paquete de e-evidence en textos anteriores, tales como: TOSZA, S.: «Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence regulation and service providers

El año 2026 marca el inicio de la aplicación de un nuevo paradigma de cooperación transnacional para la obtención de pruebas electrónicas en investigaciones penales. Este régimen permitirá emitir órdenes obligatorias de producción de datos directamente a prestadores de servicios establecidos en otro estado miembro, sin necesidad de la intervención de la autoridad del Estado en el que se encuentre dicho prestador. Aunque este cambio constituye una auténtica revolución en el ámbito de la cooperación transnacional y la obtención de pruebas, también representa una adaptación necesaria del procedimiento penal a la realidad digital contemporánea². Como ocurre con toda revolución, no está exenta de controversia³.

Este nuevo paradigma es el resultado de la adopción del denominado paquete de pruebas electrónicas (e-evidence), integrado por el Reglamento 2023/1543 de 12 de julio de 2023 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales, así como por su Directiva complementaria (UE) 2023/1544.

La adopción de este marco normativo puso fin a cinco años de negociaciones, precedidas a su vez por un período de deliberación política⁴. Dichos debates se centraron, fundamentalmente, en la necesidad de modernizar los

as the new guardians of fundamental rights», *Common Market Law Review*, n° 61(1), 2024; TOSZA, S.: «All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other. The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order», *New Journal of European Criminal Law*, n° 2/2020, 2020; TOSZA, S.: «Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors», *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, n° 43, 2021; TOSZA, S.: «The European Union, The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?», *European Data Protection Law Review*, n° 9(2), 2023, pp. 163-172; TOSZA, S.: «Electronic Evidence after E-evidence Package's Adoption: Challenges for Application and Unresolved Problems», *Studia Iuridica Lublinensia*, n° 22(5), 2024, pp.237-260; TOSZA, S.: «W poszukiwaniu dowodów elektronicznych – europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych oraz inne narzędzia międzynarodowego pozyskiwania danych dla potrzeb postępowania karnego», *Gdańskie Studia Prawnicze*, n° 63(2), 2024, pp. 37-55. Este artículo se basa en las reflexiones de esos textos y también utiliza extractos de esos artículos traducidos por el autor.

² DE HOYOS SANCHO, M.: «Novedades en materia de obtención transfronteriza de información electrónica necesaria para la investigación y enjuiciamiento penal en el ámbito europeo», *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario monográfico 1 (2023): 99-128.

³ MITSILEGAS, V.: «The privatization of mutual trust in Europe's area of criminal justice: The case of e-evidence», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 25(3), 2018, pp. 263-265; LIGETI, K./ROBINSON, G.: «Sword, shield and cloud: Toward a European system of public-private orders for electronic evidence in criminal matters?», en Mitsilegas, V./Vavoula, N. (Directores): *Surveillance and Privacy in the Digital Age: European, Transatlantic and Global Perspectives*, Oxford: Hart, 202; TOSZA: Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Agenda Europea de Seguridad, COM(2015) 185 final, 28.04.2015; Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la mejora de la justicia penal en el ciberespacio, 9 de junio de 2016; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes eu-

mecanismos de cooperación transnacional ante el predominio de las comunicaciones digitales, con el fin de permitir que las autoridades policiales accedieran a datos en poder de prestadores de servicios para fines de investigación penal. El impulso tanto para la reflexión como para la acción legislativa se origina en la tensión existente entre el tradicional principio de territorialidad y la naturaleza intrínsecamente transfronteriza del ciberespacio⁵.

Conforme al principio de territorialidad, las competencias de las autoridades de investigación se circunscriben a las fronteras nacionales, mientras que los datos digitales circulan libremente entre jurisdicciones sin restricciones equivalentes. En este contexto, los estados miembros de la Unión Europea han optado deliberadamente por no imponer requisitos de localización de datos, permitiendo que la información relativa a usuarios europeos se almacene fuera del territorio de la Unión. Paralelamente, muchos de los principales prestadores de servicios digitales tienen su sede en Estados Unidos, lo que implica que el acceso a los datos que controlan se rige, en gran medida, por el derecho estadounidense⁶. Todo ello ha ocurrido en un contexto de creciente dependencia de las pruebas digitales para la investigación y el enjuiciamiento eficaces de delitos⁷.

Estos obstáculos estructurales generaron una notable frustración entre las autoridades policiales, que se manifestó finalmente en diversos casos de alto perfil tanto en Estados Unidos⁸, como en Europa, especialmente en Bélgica⁹. Tales acontecimientos intensificaron las demandas de reforma legislativa y propiciaron la aparición de tres instrumentos jurídicos clave provenientes de

ropeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, COM/2018/225 final – 2018/0108 (COD), 17.04.2018.

⁵ Véase un análisis detallado de la tensión entre territorialidad, soberanía y la recopilación de pruebas electrónicas en: GIACOMETTI, M.: *La récolte transfrontalière de preuves électroniques dans le contexte européen*, Louvain-la-Neuve: Larcier, 2023, pp. 41 y siguientes.

⁶ CORHAY, M./FRANSSEN, V.: «Digital Evidence Gathering by US Authorities and Cross-Border Cooperation with US-Based Service Providers», en Franssen, V./Tosza, S. (Directores): *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Investigations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2025, pp. 573-579.

⁷ TOSZA: All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other. The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order; Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones con vistas a un acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas para la cooperación judicial en materia penal, COM(2019) 70 final, 1.

⁸ United States v. Microsoft Corp., n° 17-2, U. S., 17.05.2018.

⁹ Hof van Cassatie of Belgium, Yahoo! Inc., No. P.13.2082. N of 1 December 2015; Correctionele Rechtbank van Antwerpen, afdeling Mechelen of Belgium, No. ME20. F1.105151-12 of 27 October 2016; FRANSSEN, V./CORHAY, M.: «La saga Skype: les fournisseurs de services étrangers de collaborer avec la justice belge en dépit des possibilités techniques et de leurs obligations en droit étrangers », *Revue de Droit Commercial Belge*, n° 8, 2019, pp. 1014-1022; DE HERT, P./KOPCHEVA, M., «International mutual legal assistance in criminal law made redundant: A comment on the Belgian Yahoo! Case», *Computer Law & Security Review*, n° 27, 2011, pp. 291-297.

distintos entornos institucionales: no solo el paquete de e-evidence de la Unión Europea, pero también la CLOUD Act estadounidense y el Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia¹⁰.

Si bien la adopción de estos instrumentos fue ampliamente percibida como un hito en la mejora del acceso a las pruebas electrónicas en poder de prestadores de servicios, persistieron importantes preocupaciones en materia de protección de los derechos fundamentales. Además, el marco establecido por el paquete de e-evidence aún no se encuentra plenamente operativo. Su aplicación efectiva depende de la adopción de la legislación nacional correspondiente por parte de todos los estados miembros participantes, de la celebración de un acuerdo con Estados Unidos y del desarrollo de la infraestructura técnica necesaria. En consecuencia, la eficacia, legitimidad y viabilidad práctica del régimen de e-evidence están supeditadas al cumplimiento de estas condiciones¹¹.

I. NUEVO MODELO DE RECOPIACIÓN DE PRUEBAS PENALES DENTRO DE LA UE

El paquete legislativo en materia de pruebas electrónicas está compuesto por dos instrumentos: un Reglamento y una Directiva.

La Directiva por la que se establecen normas armonizadas sobre el nombramiento de representantes legales a efectos de la recopilación de pruebas en procedimientos penales (en adelante, la Directiva)¹² desempeña una función accesoria dentro de este conjunto normativo. Su objetivo principal es garantizar que, para cada prestador de servicios comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento, exista al menos un destinatario posible de una Orden Europea de Producción o de una Orden Europea de Conservación. En este sentido, la Directiva constituye una condición *sine qua non* –aunque no la única– para la efectividad del nuevo sistema.

¹⁰ DASKAL, J.: «Unpacking the CLOUD Act», *Eucrim*, n° 4/2018, 2018, pp. 220-225; CORHAY/FRANSSEN: *Digital Evidence Gathering by US Authorities and Cross-Border Cooperation with US-Based Service Providers*; AGUINALDO, M. A. L./DE HERT, P.: «Moving in the Right Direction for Transborder Access to Digital Evidence in Criminal Matters?», en Franssen, V./Tosza, S. (Directores): *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Investigations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2025, pp. 573-579.

¹¹ TOSZA: «Electronic Evidence after E-evidence Package's Adoption: Challenges for Application and Unresolved Problems».

¹² Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales.

En virtud de la Directiva, los prestadores de servicios establecidos en la Unión Europea deben designar al menos un establecimiento –esto es, una sucursal– al que deban dirigirse las solicitudes en esta materia (artículo 3). Por su parte, los prestadores no establecidos en la Unión están obligados a nombrar al menos un representante legal en el territorio de la UE, encargado de recibir y ejecutar las decisiones y órdenes emitidas por las autoridades competentes de los estados miembros con el fin de obtener pruebas electrónicas (artículo 3 de la Directiva). Los estados miembros deben garantizar un régimen sancionador aplicable a los prestadores que incumplan dichas obligaciones (artículo 5).

El Reglamento relativo a las Órdenes Europeas de Producción y a las Órdenes Europeas de Conservación de pruebas electrónicas en procedimientos penales y en procedimientos para la ejecución de penas privativas de libertad (en adelante, el Reglamento)¹³ constituye el núcleo central del paquete legislativo. Es este instrumento el que crea ambas órdenes y establece las normas relativas a su emisión, transmisión a los prestadores de servicios, ejecución y, en su caso, ejecución forzosa frente a la negativa de cumplimiento.

El Reglamento prevé dos tipos de órdenes: la Orden Europea de Producción, destinada a la obtención de datos en poder de un prestador de servicios que puedan utilizarse como prueba en procedimientos penales, y la Orden Europea de Conservación, concebida como un instrumento de congelación rápida de dichos datos. Ambas órdenes solo pueden utilizarse «en el marco y a efectos de procesos penales y para fines de ejecución de una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro meses» (artículo 2, apartado 2, del Reglamento).

El Reglamento se aplica a cuatro categorías de datos almacenados –quedando excluidas las comunicaciones en tiempo real–, que pueden agruparse en dos bloques. Por un lado, los datos de los abonados y los datos solicitados con el único fin de identificar al usuario, considerados menos intrusivos; y, por otro, los datos de tráfico y los datos de contenido. Esta clasificación resulta determinante para las condiciones de emisión de las órdenes y para delimitar las competencias de las autoridades emisoras¹⁴.

¹³ Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023 sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales.

¹⁴ Véase más en detalle: TINOCO PASTRANA, A.: «Las órdenes europeas de producción y de conservación de prueba electrónica transfronteriza en los procesos penales en la Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos* 86 (2025): 130-158, pp. 142 y siguientes.

En el caso de una Orden Europea de Producción, los datos deben transmitirse a la autoridad emisora en un plazo máximo de diez días desde la recepción del certificado y, en situaciones de urgencia, en un plazo de ocho horas (artículo 10). Los prestadores de servicios solo pueden negarse a ejecutar la orden por motivos tasados, principalmente cuando el certificado sea incompleto, contenga errores manifiestos o no incluya información suficiente para su ejecución, o cuando exista una imposibilidad objetiva de cumplimiento no imputable al destinatario. Asimismo, están obligados a informar a la autoridad emisora si consideran que la orden puede entrar en conflicto con inmunidades o privilegios reconocidos por el derecho del estado de ejecución, o con normas relativas a la determinación o los límites de la responsabilidad penal vinculadas a la libertad de prensa o a la libertad de expresión en otros medios (artículo 10 apartados 5 y siguientes).

Existe, no obstante, una excepción a la regla general conforme a la cual las autoridades del Estado de ejecución no son informadas de la solicitud. En particular, cuando la orden se refiera a datos de tráfico o de contenido, la autoridad del estado de ejecución debe ser notificada simultáneamente al envío del certificado al prestador de servicios (artículo 10 apartados). Este aspecto será objeto de análisis más adelante. Sin embargo, como analicé en otro artículo, en la práctica esta norma tendrá poca aplicación y su existencia no cambia el paradigma general de interacción directa entre la autoridad emisora y el prestador de servicios¹⁵.

Un elemento incorporado en una fase relativamente tardía de las negociaciones es el sistema informático descentralizado, a través del cual, por razones de seguridad, se canalizará toda la comunicación y el intercambio de datos entre las autoridades competentes y los prestadores de servicios¹⁶. A tal efecto, los estados miembros pueden optar por poner a disposición un sistema nacional de tecnologías de la información. Alternativamente, pueden decidir utilizar el sistema desarrollado específicamente para estos fines por la Comisión Europea, que será asimismo responsable de su mantenimiento y evolución¹⁷.

La negativa del destinatario a entregar los datos solicitados activa los procedimientos de ejecución, que transforman la orden en un instrumento «clásico» de reconocimiento mutuo¹⁸. En tal supuesto, la autoridad emisora puede solicitar a la autoridad del estado miembro en el que esté establecido el

¹⁵ TOSZA: «Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights», pp. 148-151.

¹⁶ Artículos 19-26 del Reglamento.

¹⁷ Artículo 22 del Reglamento.

¹⁸ Artículo 16 del Reglamento.

prestador de servicios –denominada en este contexto autoridad de ejecución– que adopte las medidas necesarias para hacer cumplir la orden.

En este marco, la autoridad de ejecución puede invocar los motivos de denegación previstos en el Reglamento, relativos a la validez de la orden, a la existencia de inmunidades o privilegios, a la imposibilidad de ejecución y a consideraciones vinculadas a la protección de los derechos fundamentales, formulados en términos sustancialmente idénticos a los previstos para el procedimiento de notificación (artículo 16 del Reglamento).

Con el fin de compeler a un prestador de servicios que incumpla las obligaciones derivadas de una orden, el Reglamento contempla la imposición de sanciones pecuniarias. No obstante, no fija de manera precisa su cuantía, dejando a los estados miembros la determinación de su importe en el derecho nacional. La regulación europea se limita a exigir que el régimen sancionador incluya multas «que no excedan el 2 % del volumen de negocios anual mundial total del prestador de servicios correspondiente al ejercicio financiero anterior» (artículo 15, apartado 1, del Reglamento).

El Reglamento prevé asimismo, en su artículo 18, normas básicas relativas a los recursos disponibles para las personas cuyos datos estén comprendidos en una Orden Europea de Producción. Sin embargo, el desarrollo detallado de los mecanismos de ejercicio de estos derechos queda remitido a los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, también en este ámbito el Reglamento exige una adaptación del derecho interno de los estados miembros.

II. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA TOMADA EN SERIO O FALTA DE BASE LEGAL

Dos elementos del diseño normativo del Reglamento pueden calificarse de verdaderamente revolucionarios. En primer lugar, el instrumento se aparta del concepto tradicional de territorialidad, extrayendo consecuencias normativas de las dificultades que dicho enfoque plantea en la práctica, de su carácter obsoleto y de la progresiva «deslocalización» de los datos¹⁹. Asimismo, se inspira en soluciones desarrolladas a nivel nacional, como el modelo belga. En este nuevo marco, el derecho deja de vincularse primordialmente al lugar de

¹⁹ CHRISTAKIS, T.: ««Big divergence of opinions» on e-evidence in the EU council: a proposal in order to disentangle the notification knot», Cross-Border Data Forum, 2018; DASKAL, J.: «The Un-territoriality of data», *Yale Law Journal*, n° 125(2), 2015.

establecimiento del prestador y pasa a anclarse en el criterio de «prestación de servicios en la Unión» (artículo 1, apartado 1, del Reglamento).

En segundo lugar, el Reglamento se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, pero al mismo tiempo redefine la naturaleza de la cooperación transnacional construida sobre dicho principio. La base jurídica del Reglamento es el artículo 82, apartado 1, del TFUE, disposición que ha servido anteriormente para la adopción de numerosas directivas y decisiones marco destinadas a garantizar el reconocimiento mutuo de distintas medidas procesales, como las órdenes de detención, las órdenes europeas de investigación o las órdenes de embargo y decomiso. El Reglamento constituye tan solo el segundo Reglamento dentro de la serie de instrumentos de reconocimiento mutuo,²⁰ lo que implica su aplicabilidad directa en los estados miembros, si bien deja abiertos determinados aspectos críticos que requieren concreción a nivel nacional.

Lo verdaderamente relevante, sin embargo, es que todos los instrumentos precedentes se basaban en una cooperación directa entre autoridades judiciales o policiales de distintos estados miembros. Con el Reglamento, por primera vez, las autoridades encargadas de la aplicación de la ley en un estado miembro pueden emitir una orden jurídicamente vinculante dirigida directamente a un actor privado establecido en otro estado miembro. En la mayoría de los casos, la interacción no implicará a las autoridades del estado miembro en el que el prestador haya designado un establecimiento o en el que se encuentre su representante legal.

Este desplazamiento del eje de la cooperación plantea interrogantes relevantes en cuanto a la idoneidad del artículo 82, apartado 1, del TFUE como base jurídica para la adopción de un instrumento de estas características. No puede descartarse, por tanto, que la validez del Reglamento sea objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un análisis exhaustivo de esta cuestión excede el alcance del presente trabajo; no obstante, es posible esbozar argumentos que permiten sostener que la elección de la base jurídica puede, en última instancia, defenderse²¹.

²⁰ El otro es el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

²¹ Para una argumentación detallada sobre esta cuestión, véase TOSZA, S.: *Mutual recognition by private actors in criminal justice? E-evidence regulation and service providers as the new guardians of fundamental rights*. Véase críticamente sobre artículo 82 como base jurídica adecuada, por ejemplo, BOSE, M.: «An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, Study requested by the Libe committee of the European Parliament», 2018, p. 36; SELLIER, E./WEYEMBERGH, A.: «Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact

Lo más relevante es que esta interpretación –esto es, la supresión del control por parte de las autoridades del estado miembro al que se dirige la solicitud– presupone un grado significativamente más elevado de confianza mutua entre los estados miembros. Tradicionalmente, el principio de reconocimiento mutuo se ha sustentado en la premisa de que los estados miembros pueden confiar recíprocamente en sus respectivos sistemas jurídicos, en la medida en que todos ellos ofrecen un nivel equivalente –y elevado– de garantías de los derechos fundamentales. Dicha presunción se ha apoyado, en gran medida, en la pertenencia prolongada de los estados miembros al Consejo de Europa y en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que justificaba una disposición general a ejecutar decisiones procedentes de otros estados miembros con un margen reducido de control²².

No obstante, esta confianza ha sido progresivamente cuestionada en los últimos años, especialmente en el contexto de la aplicación de la Orden de Detención Europea. En un primer momento, ello se manifestó en la sentencia Aranyosi y Căldăraru del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a las condiciones penitenciarias²³, y posteriormente en los pronunciamientos concernientes a la independencia del poder judicial en Polonia²⁴.

Resulta particularmente llamativo que, en un contexto de erosión de la confianza mutua entre los estados miembros, se haya adoptado paralelamente un instrumento que exige, en la práctica, un salto cualitativo –casi cuántico– en la intensidad del reconocimiento mutuo sobre el que se construye la cooperación judicial penal en la Unión Europea.

III. PAPEL PÚBLICO DE LOS ACTORES PRIVADOS

El marco de la UE que regula el acceso transfronterizo a la evidencia electrónica reestructura fundamentalmente la asignación de poderes y responsabilidades entre las autoridades policiales, los estados miembros y los prestadores de servicios. Aunque el sistema mejora sustancialmente la eficiencia de

they have over the development of EU legislation, Study requested by the LIBE committee of the European Parliament», 2018, p. 31.

²² KLIP, A.: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Louvain-La-Neuve: Intersentia, 4th ed., 2021, pp. 473-474.

²³ Casos conjuntos C-404/15 y C-659/15 PPU, Aranyosi/Căldăraru, EU: C:2016:198.

²⁴ Caso C-216/18 PPU, LM, EU: C:2018:586. Para la jurisprudencia posterior, véase: LUCHTMAN, M./TOSZA, S.: «How to deal with rule of law-concerns in surrender procedures?» en Luchtman, M. (Directores): *Of Swords and Shields: Due Process and Crime Control in Times of Globalization* – Liber Amicorum prof. dr. J. A. E. Vervaele, The Hague: Eleven, 2023, pp. 453–461.

las investigaciones penales, al mismo tiempo modifica las salvaguardas tradicionales integradas en los mecanismos de reconocimiento mutuo y plantea cuestiones no resueltas sobre la protección de los derechos fundamentales.

Desde una perspectiva de aplicación, el marco beneficia principalmente a las autoridades policiales. Al permitir la cooperación directa entre las autoridades emisoras y los prestadores de servicios, elimina la implicación sistemática de las autoridades en el estado miembro donde se establece el prestador. Esta simplificación reduce significativamente las cargas administrativas, acelera el acceso a los datos e incentiva el cumplimiento mediante la amenaza de sanciones pecuniarias. El menor número de motivos de rechazo y el parecido con los instrumentos clásicos de reconocimiento mutuo aumentan aún más la atraktividad de las Órdenes de Producción Europeas en comparación con herramientas existentes como la Orden Europea de Investigación. En consecuencia, es probable que la evidencia electrónica se convierta en un componente cada vez más central de los procedimientos penales en toda la Unión.

Para los prestadores de servicios online, el Reglamento introduce la claridad legal. Establece una base legal armonizada para las solicitudes de datos transfronterizas, reduce obligaciones conflictivas dentro de la UE y facilita la cooperación con terceros países, especialmente Estados Unidos bajo el CLOUD Act²⁵. Esta claridad aborda la incertidumbre legal de larga data y ha sido bien recibida por ciertos prestadores²⁶. Sin embargo, el sistema también incrusta una tensión estructural: cuando el estado miembro que hace cumplir no está informado de una orden o no está obligado a ejercer un control sustantivo, la responsabilidad de examinar la orden pasa efectivamente a los prestadores: actores privados.

En la práctica, los prestadores están obligados a actuar como «autoridades de reconocimiento» de facto. Deben evaluar la validez formal de las órdenes, verificar el cumplimiento de inmunidades y privilegios y, en casos delicados, evaluar posibles riesgos de derechos fundamentales. Este papel no les está expresamente asignado por el Reglamento, que formalmente asigna la responsabilidad de legalidad, necesidad y proporcionalidad a la autoridad emisora y protege a los prestadores de responsabilidad por cumplimiento de buena fe. No

²⁵ Sin embargo, hay que señalar que, en el momento de redactar este artículo, en febrero, aproximadamente siete meses antes de que el Reglamento entre en vigor, el acuerdo con los Estados Unidos aún no se ha firmado.

²⁶ FRANK, J./COSSETTE, L.: «The eEvidence Proposal – A positive step forward», Microsoft EU Policy Blog, 2018, disponible en: blogs.microsoft.com/eupolicy/2018/04/18/the-eevidence-proposal-a-positive-step-forward/.

obstante, las realidades empresariales, las consideraciones reputacionales y las presiones externas hacen inevitable un escrutinio significativo.

Esta dinámica se vuelve especialmente relevante en escenarios controvertidos, como solicitudes relacionadas con conductas no criminalizadas en el Estado del prestador, investigaciones políticamente sensibles o órdenes emitidas por autoridades de los estados miembros afectadas por deficiencias sistémicas del Estado de derecho. En tales casos, los prestadores de servicios pueden enfrentarse a presiones contrapartidas de la opinión pública, la sociedad civil y los gobiernos, y pueden finalmente negarse a cumplir a pesar del riesgo de sanciones. Las decisiones de esta naturaleza son inherentemente públicas y normativas, pero las toman actores privados guiados principalmente por consideraciones comerciales más que de interés público.

Estos desarrollos plantean una cuestión constitucional más amplia: si los Estados pueden renunciar efectivamente a su responsabilidad de proteger los derechos fundamentales delegando el escrutinio inicial en actores privados. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente *el Bósforo* y *Avotiņš*, sugiere que los Estados siguen siendo responsables de los actos derivados de mecanismos de reconocimiento mutuo cuando la protección de los derechos del Convenio es manifiestamente deficiente.²⁷ Aunque las transferencias transfronterizas de datos pueden parecer menos intrusivas que medidas como la extradición, sus consecuencias pueden ser igualmente graves, pudiendo llevar a arrestos, procesos judiciales o condenas. Por tanto, la falta de intervención de los Estados en casos que impliquen violaciones previsibles y graves de derechos podría implicar su responsabilidad bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

IV. CONCLUSIONES

Aunque se trata de una legislación controvertida, el paquete de e-evidencia responde a un problema estructural de gran relevancia que exige una solución normativa. La Unión Europea ha afrontado el desafío que plantea la naturaleza intrínsecamente transfronteriza del ciberespacio y del capitalismo digital, fenómenos que dificultan de manera significativa la investigación y el enjuiciamiento efectivos de los delitos.

Corresponderá ahora a los legisladores nacionales garantizar la existencia de regímenes sancionadores adecuados y de vías de recurso efectivas. En

²⁷ Caso TEDH, n° 17502/07, *Avotiņš c. Letonia*; Caso TEDH, n° 45036/98, *el Bósforo c. Irlanda*.

este contexto, el grado de divergencia entre los estados miembros en la configuración de dichos mecanismos será determinante, al igual que el lugar en el que los principales prestadores de servicios declaren su establecimiento o designen a sus representantes. Si bien el diseño del nuevo sistema de obtención transfronteriza de pruebas electrónicas en la Unión –basado fundamentalmente en solicitudes directas a prestadores de servicios que operan en el mercado europeo– ya está definido, su éxito dependerá en gran medida del desenlace de las negociaciones con Estados Unidos en relación con el CLOUD Act.

Asimismo, la eficacia del paquete de e-evidence está condicionada por factores técnicos esenciales, en particular la capacidad de garantizar transferencias seguras de datos a través de un sistema informático descentralizado y la posibilidad efectiva de acceder al contenido de dichos datos, cuestión estrechamente vinculada al uso generalizado del cifrado.

Una vez que el régimen comience a aplicarse plenamente en agosto de 2026, será posible evaluar si ha mejorado de forma efectiva el acceso a las pruebas electrónicas en las investigaciones penales y en qué medida los derechos de las personas afectadas por las órdenes se encuentran adecuadamente protegidos. Del mismo modo, podrá analizarse hasta qué punto los actores privados han asumido, en la práctica, funciones tradicionalmente desempeñadas por las autoridades en el marco de otros instrumentos de reconocimiento mutuo.

199. THE EU REGULATION ON THE TRANSFER OF PROCEEDINGS IN CRIMINAL MATTERS BRINGING COMMON SENSE BACK: REVIVING TRADITIONAL JUDICIAL COOPERATION WHILE ENHANCING LEGAL PROTECTION

© GERT VERMEULEN¹

Senior Full professor of international and European Criminal Law
Director Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP)
Ghent University
General Director of Publications, International Association of Penal Law
(AIDP)

I. INTRODUCTION

Historic breakthrough

As of 1 February 2027, the judicial authorities of the European Union (EU) will have an additional form of cooperation in criminal matters at their disposal. On that date, Regulation (EU) 2024/3011 of 27 November 2024 on the transfer of criminal proceedings² will enter into force (hereinafter: Transfer of Proceedings Regulation).

¹ For a full-scale analysis, see: VERMEULEN, G.: «De EU-verordening inzake overdracht van strafvervolgving. De lange weg van het gezond verstand», in Meese, J./Roelandt, J./Vancoillie, O./De Nil, N./Leloup, P./Cools, M./Vermeulen, G. (Editors): *En passant. Liber amicorum Philip Traest, Antwerp/s-Hertogenbosch: Gompel&Svacina*, 2025, pp. 385–414, excerpts whereof this article builds on.

² Regulation (EU) 2024/3011 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2024 on the transfer of proceedings in criminal matters, OJ L 2024/3011, 18.12.2024. For the legislative propo-

After more than thirty years of preparatory work³ through numerous legislative attempts and doctrinal proposals for an EU level instrument on the transfer of proceedings, the introduction of this form of primary judicial assistance in criminal matters into the EU cooperation landscape is unquestionably historic. For many Member States, this constitutes an entirely new form of cooperation; for others, it represents a substantial upgrade compared to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters of 15 May 1972⁴ (hereinafter: Transfer of Proceedings Convention), concluded at Council of Europe (CoE) level, on which they have so far relied to transfer criminal prosecutions to another contracting party.

At least equally significant is the fact that, as from 2027, all EU Member States will share a common framework for transfers in all directions, where useful or necessary facilitated by Eurojust. With the entry into force of the new Regulation, the EU Agency for Criminal Justice Cooperation will, after a quarter of a century, finally be equipped with an essential tool for the performance of its core task: supporting the coordination of prosecutions in multinational criminal cases.

The purpose⁵ of the Transfer of Proceedings Regulation is to contribute to efficient and proper administration of justice within the EU by enabling –possibly with the support of Eurojust– the most appropriate Member State to investigate or prosecute a criminal offence. The instrument is essentially designed to prevent unnecessary parallel proceedings (against the same suspect and concerning the same facts) in different Member States, as well as to reduce the number of multiple proceedings and thereby avoid infringements of the *ne bis in idem* principle. In addition, the Regulation offers an alternative where the surrender of a suspect (or even a convicted person) pursuant to a European Arrest Warrant⁶ (EAW) would be impossible or disproportionate, or where an EAW issued for the purpose of prosecution is refused or postponed for reasons such as the existence of parallel proceedings in the executing Member State concerning the same criminal offence.

sal, see: European Commission: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transfer of proceedings in criminal matters, 5.4.2023, COM(2023) 185 final.

³ VERMEULEN: De EU-verordening inzake overdracht van strafvervolgung, pp. 396–402.

⁴ Strasbourg, ETS No. 73.

⁵ European Union: Transfer of proceedings in criminal matters. Summary of Regulation (EU) 2024/3011 on the transfer of proceedings in criminal matters, EUR-Lex, 2025, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=LEGISSUM%3A4794979>> accessed 11.02.2026.

⁶ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190, 18.7.2002, 1–20.

Context

Cooperation in the field of criminal prosecution is traditionally a far-reaching form of interstate cooperation⁷, requiring a high degree of mutual trust in the quality of each other's legal systems. A transfer of criminal proceedings may also have significant implications for the factual and legal position of the suspect (or accused) and the victim, since the forum for adjudicating their case may shift.

Such a shift may occur either towards a State that already possesses *original* jurisdiction, i.e. is already competent under its own law (territorially or extraterritorially) to prosecute the facts concerned, or towards a Member State without original jurisdiction, which may acquire *subsidiary* jurisdiction upon receiving and accepting a transfer request. Although both situations qualify to give rise to a formal 'transfer of proceedings', the implications for the suspect (or accused) and the victim are, in principle, more acceptable in the former scenario. After all, the eventual forum State could then already autonomously have initiated prosecution, just as the nonprosecuting/transferring State could (and still can).

Between States possessing original jurisdiction, cooperation is therefore often limited to the mere making of practical prosecution arrangements and, where appropriate, the sharing or transmission of information or evidence to the State to which the case is reported (referred to as 'denunciation' or 'laying of information for the purpose of initiating criminal proceedings'), without any formal 'transfer' of the right to prosecute. Such denunciation is regulated in MLA instruments, such as Article 21 of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959⁸, as facilitated by Article 6(1), second paragraph, of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the EU of 29 May 2000⁹.

In a more farreaching scenario, proceedings may be transferred and the forum shifted (*with true transitivity*) to a State acquiring subsidiary jurisdiction upon accepting a request to take over proceedings originating from a State that had original jurisdiction of its own (and which loses that jurisdiction once the requested State accepts to exercise subsidiary jurisdiction). Logically, such a transfer is acceptable only where the requested State constitutes a suitable forum for prosecution and adjudication from the perspective of proper

⁷ VERMEULEN G. *et al.*: Internationale samenwerking in strafzaken en rechtsbescherming: pleidooi voor een geïntegreerde nationale en internationale benadering, Brussels: Politeia, 1995, pp. 181-195.

⁸ Strasbourg, ETS No. 30.

⁹ OJ C 197, 12.7.2000, 3.

administration of justice. Consequently, such a transfer requires an international legal framework that lays down, in a binding or at least guiding manner, normative transfer criteria capable of justifying a transfer from the perspective of proper administration of justice, and that establishes structured cooperation and consultation between the judicial authorities involved.

Such an international legal framework is, in theory, available to all EU Member States in the form of the abovementioned 1972 Council of Europe Transfer of Proceedings Convention.

The Convention provides that a request to take over prosecution confers jurisdiction on the requested State to prosecute under its own criminal law (Article 2), provided that the requirement of double criminality is met (Article 6).

The normative indicia on which a transfer of proceedings must be based are partly objective in nature (e.g. the residence of the suspect) and partly subjective (e.g. where the requesting State *considers* that a transfer is warranted in the interests of arriving at the truth), and are laid down in Article 8.1.

Only where the requested State possesses merely subsidiary jurisdiction following a takeover request must it additionally «inform» the suspect of the request for proceedings, with a view to allowing him to «present his views on the matter» before the requested State decides on the request (Article 17). It should be noted that, where a takeover request is addressed to a State with original jurisdiction, the suspect is not even notified, let alone heard. Additionally, the Convention does not recognize the victim or include any victim-related criteria in Article 8.

A key feature is the *lex mitior* rule applicable in cases of derived jurisdiction: Article 25, second sentence, provides that the sanction to be imposed in the requested State may not be more severe than the sanction provided for under the law of the requesting State.

In sum, the Transfer of Proceedings Convention offers a fairly welldeveloped international legal framework, with meaningful principled criteria capable of underpinning a transfer of prosecution that can be justified from the perspective of proper administration of justice, even in cases involving subsidiary jurisdiction, in which case the suspect must also be heard prior to the final decision by the requested State. Broader rights and remedies for the suspect (or accused) and the victim were –unsurprisingly in 1972– not yet provided for. Today, this must be different, and better.

However, this is not the reason why the Transfer of Proceedings Convention has not fulfilled, or has failed to fulfil, among EU Member States, the role played by most other Council of Europe ‘mother conventions’ on judicial cooperation in criminal matters. The Convention simply required too much trust

in the foreign handling of an ‘own’ case, and the transitivity rule was for many States an unacceptable restriction on their ability to decide, after a transfer, to prosecute themselves after all. The result is that only thirteen EU Member States (less than half) have ratified the Convention. Eight of the remaining fourteen Member States signed it but never ratified it. Although reflection took place within the Council of Europe on the problems associated with the Convention¹⁰, these were never resolved.

II. TRANSFER OF PROCEEDINGS REGULATION

Exit mutual recognition, enter reinforced old-school judicial cooperation

It is unequivocally excellent news¹¹ that the fetish of mutual recognition appears to be behind us – hopefully for good. Especially in the highly sensitive area of primary judicial assistance, which requires true trust, the fake or presumed trust underlying most mutual recognition instruments is unfit. The Commission and the Member States appear to have understood this and have opted for a thoroughly traditional judicial cooperation design, allowing due regard to national sensitivity. The requesting and requested States are back, as is the requirement of double criminality, the absence of which even constitutes a mandatory ground for refusal (Article 12.1).

At the same time, sufficient stringency is ensured, perfectly compatible with this classical approach: the instrument takes the form of a regulation, and strict deadlines apply (60 days, extendable by 30). There is also clarity regarding applicable law: once criminal proceedings have been transferred, the requested authority must apply its national law and procedures, and the applicable penalty is that provided for under the national law of the requested Member State, unless otherwise provided (Article 22). Moreover, a *lex mitior* rule¹²

¹⁰ European Committee on Crime Problems (CDPC), Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-Operation in Criminal Matters (PC-OC): Summary of replies to the questionnaire on jurisdiction and transfer of proceedings, Strasbourg, 28.09.2011, PC-OC(2011)16.

¹¹ Contra: DE JONGE B.: «Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU», in ERA Forum, 2020/21, pp. 460-461, pleading explicitly for an instrument based on mutual recognition, which – as also confirmed by the CJEU – can no longer require blind trust.

¹² On the rule’s importance in the context of transfer of proceedings, see e.g.: VERMEULEN, G./DE BONDT, W./VERBEKE, P.: «Correction mechanisms: A necessity in the current cooperation climate», in Vermeulen, G./De Bondt, W./Ryckman, C. (Editors): Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU: moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality, Antwerp/Apeldoorn: Maklu, 2012, pp. 353-354 (3.4.1.1: *Lex mitior* and transfer of prosecution).

applies that goes beyond the classic, sound version contained in the Transfer of Proceedings Convention. Under Article 25, second sentence, of that Convention, the *lex mitior* rule was –quite logically– limited to situations of subsidiary jurisdiction. The new Regulation copies this rule but explicitly adds a supplementary possibility (Article 22.8): even where the Member State taking over the proceedings already possessed original jurisdiction, it may –insofar as this is compatible with its own law– take into account the lower¹³ maximum penalty provided for under the law of the requesting State in case the offences concerned were committed on the latter’s territory. This is unquestionably innovative, and commendable from a rights perspective.

Exhaustive yet flexible criteria, including victim-related and impact/harm-related criteria

The Regulation permits a transfer only where this can contribute to the efficient and proper administration of justice (Article 5) –of which *proportionality* forms an integral objective– while allowing for a flexible assessment based on a broad yet closed list of criteria deemed capable of contributing to that objective. This corresponds precisely to what I have been advocating since 1997 (*infra*).

Some authors, however, have argued for an opposite approach: the application of fixed, binding priority rules arranged in a strict hierarchy¹⁴.

Many (have) also plead(ed) for territorial primacy (*locus delicti*), allowing only subsidiary criteria where a positive conflict of jurisdiction between Member States would nevertheless persist based on the same territorial connecting factor¹⁵.

¹³ See recital No. 60: «whenever this is to the benefit of the accused person».

¹⁴ See e.g.: LUCHTMAN, M.: «Choice of forum and the prosecution of cross-border crime in the European Union – What role for the legality principle?», in Luchtman, M. (Editor): *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime – Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, The Hague: Eleven, 2013, p. 55; Graat, J.: «Een nieuwe EU-verordening voor de overdracht van strafvervolg. Een geschikte oplossing voor rechtsmachtconflicten?», in *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht*, No. 2, 2023, pp. 68-78.

¹⁵ See e.g.: Böse, M./Meyer, F./Schneider, A. (Editors): *Conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union. Volume II: Rights, principles and model rules*, Baden-Baden: Nomos, 2014, pp. 381 ff.; KAIAFA-GBANDI, M.: «Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters and Their Settlement Within EU’s Supranational Settings», in Etcheverry Estrázulas, N./Fernández Arroyo, D. (Editors): *Enforcement and Effectiveness of the Law - La mise en oeuvre et l’effectivité du droit*, Cham: Springer, 2018, p. 69; KAIAFA-GBANDI, M.: «Addressing the Problems of Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters within the EU», in *eu crim* No. 3, 2020, p. 210 («[...] in the absence of *definitive and binding* jurisdictional rules on [...] forum selection, [...], neither model can properly serve the essence of the EU selection to safeguard

Very much in the same vein, but even more resolutely so, was the third ELI proposal¹⁶ of 2017 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the exercise of jurisdiction in the Area of Freedom, Security and Justice), which called for a prohibition on Member States to establish any form of extraterritorial jurisdiction whatsoever. This proposal relied on the competence conferred by Article 82.1(b) TFEU: the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction between Member States. One may wonder whether, from a subsidiarity perspective, Member States would accept the Commission curtailing their freedom to determine for themselves the scope *ratione loci* of their criminal law. Even though the proposal leaves Member States a free choice of localisation theory for territorial jurisdiction (meaning that some could still opt for an expansionary interpretation of territoriality, for example on the basis of the effect doctrine), it would in any event drastically reduce the number of conflicts compared to a situation in which extraterritorial jurisdiction remains permissible without restriction. According to the proposal, only in cases of parallel territorial claims would a consultation mechanism be triggered, leading to a binding agreement allocating jurisdiction to a single Member State, while dynamically taking account of a number of factors. These are listed in Article 6.3 of the proposal and include: where the bulk of the criminal activity took place; the importance of concentrating multiple proceedings in a single Member State; the number of suspects or accused persons involved; the location of evidence and of the suspect or accused; the residence of the suspect or accused or of the victim; and prospects for resocialisation. While this may sound flexible, these elements ultimately play a role only in determining which *territorially competent* Member State will prosecute the case. That initial commitment to territoriality is highly restrictive and, in my view, by no means a guarantee of proper administration of justice. Indeed, that latter notion or objective appears only at a very late stage in the proposal (Article 9), namely where a territorially competent Member State nevertheless considers that a Member State lacking territorial jurisdiction would be better placed to prosecute. In such a case, the proposal envisages a transfer of criminal proceedings with *derived jurisdiction* to that Member State, based –unsurprisingly– on the

ne bis in idem as a fundamental right») and p. 211 («For example, the ‘territoriality principle’ could become the rule for assignment of jurisdiction and conflict resolution *without exception*») [emphasis added].

¹⁶ European Law Institute (ELI): Draft Legislative Proposals for the Prevention and Resolution of Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, Vienna: European Law Institute, 2017, pp. 54-60. Note that the first two proposals, respectively for a horizontal and a vertical mechanism for the resolution of positive jurisdiction conflicts, propose an annex containing factors and criteria to be taken into account flexibly. See also: Ligeti, K./Vervaele, J. A. E./Klip, A. (Editors): *Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law*, Oxford University Press, 2019.

criteria of Article 8 of the Transfer of Proceedings Convention. By 2017, it was rather striking that no addition with victim-related or impact/harm-related criteria was suggested at that point. In my view, the third ELI proposal is overly dogmatic in its reliance on the primacy of territorial jurisdiction, relegating other interests to a merely subsidiary role (if considered at all). While this approach may simplify matters, it does not, in my opinion, improve them.

At the same time, maximal flexibility is also undesirable. Working with an *open* list of criteria, or with elastic catch-all criteria¹⁷, manifestly provides insufficient legal certainty and foreseeability from a legality perspective.

What is surprising and overly reductive, however, is that even jurisdictional choices made through consultation on the basis of a closed, exhaustive list of criteria are dismissed by some authors –such as *Zimmermann*– as incompatible with a criminal justice system governed by the rule of law¹⁸. This critique is grounded in an alleged lack of foreseeability (because the decision is taken after the facts have occurred), the risk of forum shopping that would ensue from it, and the supposedly unacceptable (because unforeseeable) impact on defence rights. Zimmermann therefore proposes a hierarchical model consisting of five criteria arranged in order of priority: place of commission of the offence; place where the offence produces effects; nationality (or residence or habitual residence) of the suspect; nationality (or residence or habitual residence) of the victim; and finally, flag state jurisdiction. An accompanying emergency brake procedure would allow deviation from this hierarchy only in strictly limited, exhaustively enumerated cases (such as the protection of essential state interests, offences committed by public officials of a Member State, serious tax offences, cases where suspect and victim share the same nationality, etc.). In my view, these proposals are rather arbitrary and random, highly dogmatic in nature, and unsupported by any convincing empirical or theoretical underpinning. Above all, they lack the flexibility required for a proper administration of justice. From that perspective, it should for instance also be possible to give preference to the forum where the largest number of victims is located, or where the greatest impact/harm has materialised.

The arguments concerning unforeseeability are likewise unconvincing. Where the potentially applicable criteria are exhaustively laid down in a bin-

¹⁷ Such as e.g. «other fundamental interests» in the otherwise short list proposed by Biehler A./Knibühler, R./Lelieur-Fischer, J./Stein, S. (Editors): Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union, Freiburg: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2003, p. 9.

¹⁸ ZIMMERMANN, F.: «Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union», in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, No. 1, 2015, p. 14: «a criminal justice system based on the rule of law cannot tolerate this risk.»

ding legal instrument, the foreseeability requirement inherent to the principle of legality is satisfied, and both suspects and victims are capable of knowing them. Nor is forum shopping necessarily negative, provided that safeguards exist against abusive use of transfer mechanisms. This would, for example, be the case where multiple potential fora offer equal prospects for efficient prosecution, adjudication, and enforcement, yet the forum chosen (whether consciously or not) offers the least favourable prospects for resocialisation or reintegration of the individual concerned. If the debate on the (un)acceptability of such choices can be conducted before a court, this suffices in principle from a rule of law viewpoint. That said, stronger guarantees could also be created, notably in the form of a prohibition on choosing a forum where a *lex gravior*¹⁹ would apply. At the very least, hard minimum safeguards are required to prevent jurisdiction from being derived to a Member State without original jurisdiction merely because that State imposes harsher penalties for the offence concerned. A *lex mitior* rule in cases of transfer of proceedings with derived jurisdiction easily resolves this issue²⁰. The Transfer of Proceedings Regulation even performs better in this respect (*supra*).

Consequently, I have since 1997 –repeatedly and consistently– argued²¹ in favour of a closed list of flexible, nonhierarchical²² criteria which, from the perspective of proper administration of justice, may potentially justify a choice of forum. The final determination within that list must be made on the basis of

¹⁹ LÓPEZ, A. H.: «Granting due process of law to suspected and accused persons involved in parallel criminal proceedings in the EU», in *Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale*, No. 1, 2019, pp. 6-7.

²⁰ VERMEULEN/DE BONDT/VERBEKE: Correction mechanisms: A necessity in the current cooperation climate, pp. 353-354 (3.4.1.1: *Lex mitior* and transfer of prosecution).

²¹ See: VERMEULEN, G.: In search of a model for structuring operational police co-operation in the European Union. A plea for international standards and pre-judicial concertation between police, public prosecution and government representatives, Budapest: International Law Enforcement Executive Forum, 1997: «Consequently, from the aforementioned criteria [i.e. of Article 8 of the European Convention on transfer of Proceedings], *supplemented by elements concerning the victim*, one can derive a number of criteria, that could be taken into consideration for the purpose of structuring international police actions and investigations at a pre-judicial stage» [emphasis added]; VERMEULEN, G.: International standards and pre-judicial concertation, The Hague: Intellex '97. Conference on Tactical and Strategic Intelligence Exchange on Organised Crime, 1997, pp. 189-197; VERMEULEN, G.: «A Judicial Counterpart for Europol: Should the European Union Establish a Network of Prosecuting and Investigating Officials?», in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, No. 2, 1997, pp. 225-258; Vander Beken, T./Vermeulen, G./Steverlynck, S./Thomaes S.: Finding the Best Place for Prosecution. European Study on Jurisdiction criteria, Antwerp/Apeldoorn: Maklu, 2002, pp. 48-64; VERMEULEN, G./DE BONDT, W./RYCKMAN, C.: «Eurojust and its relevance in the debate on a future European Public Prosecutor's Office», in Vermeulen, G./De Bondt, W./Ryckman, C. (Editors): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU: moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality*, Antwerp/Apeldoorn: Maklu, 2012, pp. 475-481.

²² As also pleaded for by: LÓPEZ: Granting due process of law to suspected and accused persons involved in parallel criminal proceedings in the EU, pp. 11-14.

a reasonableness standard to be assessed *in concreto*, accompanied by information and consultation rights for the suspect and the victim, and subject to ex post judicial review. That list incorporates the criteria set out in Article 8 of the European Convention on the Transfer of Proceedings, while supplementing them with victimrelated and impact/damagerelated criteria. Criteria falling outside the list are, by definition, excluded, for being unreasonable a formal basis on which to ground a forum choice. This does not prevent the fact that, alongside the formal choice criteria, a wide range of factors will also operate informally –nor unjustifiably– in shaping the ultimate decisions. On the one hand, these involve nonlegal considerations, such as prioritisation, workload, capacity (financial, logistical, personnelrelated), political factors, public opinion, and the like. On the other hand, there is logically also a weighing of relative legal differences between Member States, for example with regard to the admissibility of evidence²³ or²⁴ the duration of proceedings (in light of the requirement of a reasonable time), the procedural stage at which parallel prosecutions or proceedings are situated, prospects for an effective assetoriented approach and confiscation of criminal proceeds, the possibilities for successfully and efficiently hearing witnesses, experts or victims, or the availability of protection measures for threatened witnesses.

The new Transfer of Proceedings Regulation fully aligns, in terms of its conceptual approach to transfer criteria (Article 5), with the model I have advocated. The requesting authority may only decide to request the transfer of prosecution to another Member State if it considers that the objective of efficient and proper administration of justice, including proportionality, would be better served by conducting the criminal proceedings concerned in another Member State. With a view to such a request, the requesting authority must, in particular, take eleven criteria into account.

These constitute an extensive list of factors, richer than ever before. It encompasses not only the classical indicia of Article 8 of the Transfer of Proceedings Convention, but –as I have consistently promoted– is expanded to include victimrelated and impact/damagerelated criteria, while adding further new elements. For example, a particular Member State may be chosen because the majority of the witnesses concerned are resident there, or because that

²³ VERMEULEN, G.: *Free Gathering and Movement of Evidence in Criminal Matters in the EU: Thinking Beyond Borders, Striving for Balance, in Search of Coherence*, Antwerp/Apeldoorn: Maklu, 2011; VERMEULEN, G./DE BONDT, W./VAN DAMME, Y.: *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Antwerp/Apeldoorn: Maklu, 2010.

²⁴ Eurojust: Guidelines for Deciding ‘Which Jurisdiction Should Prosecute?’, The Hague: Eurojust, 2016, pp. 3-4.

Member State is deemed obliged to prosecute (*judicare*) after having refused, for certain reasons, to surrender (*dedere*) the suspect on the basis of a prosecution-related EAW.

Rights of the suspect and the victim

Notwithstanding a closed set of potentially reasonable jurisdictional criteria, it remains possible –precisely because of the flexibility and open-ended nature of a concept such as efficient and proper administration of justice– to base forum choice or transfer decisions solely on, for example, the place of commission of the offence or the nationality of the perpetrator. Such a choice can easily be presented by the prosecution or competent authorities as consistent with efficient and proper administration of justice, even if it disregards the suspect's actual situation (residence, family ties). It must also be prevented that a transfer of criminal proceedings abroad is motivated by improper considerations, such as a desire to rid oneself of the case or the suspect, or an unwillingness to allocate domestic prosecutorial capacity²⁵. There also remains a latent risk of applying a so-called *lex gravior*, which is not entirely eliminated by the presence of a traditional *lex mitior* rule, the latter pertaining only to sentencing levels.

For these reasons, it is essential that the reasonableness and acceptability of a final forum choice or transfer decision be explicitly and rigorously viewed against the background of the rights of both the suspect (or accused) and the victim.

The impact of a potential transfer on the rights position of the suspect (or accused) is obvious. To mention only a few examples: transfer of prosecution to a State other than one's own (coupled with the possibility that pre-trial detention or any custodial sentence will have to be served there) may negatively affect the ability to conduct one's defence in one's own language, the quality of defence (due to unfamiliarity with the foreign procedural and evidentiary system)²⁶, the maintenance of family and social ties, prospects for resocialisation, communication with fellow detainees and staff, and so forth.

²⁵ See already: RÜTER, C. F.: «Moet de was de deur uit?», in *Delikt en Delinkwent*, 1984, pp. 101-108: «Overdracht van strafvervolgning [...] behoort niet gebruikt te worden om de (capaciteits)problemen van [de] strafrechtspleging op te lossen. Geen overdracht uit overmacht!» [translation: «The transfer of criminal proceedings [...] should not serve as a means to address (capacity-related) shortcomings in the criminal justice system. No transfers motivated by *force majeure*!»].

²⁶ MOLS, G./SPRONKEN, T.: «Europa 1992, een moeras voor verdachte en verdediging?», in Mols, G. (Editor): *Dissonanten bij het Akkoord van Schengen*, Deventer: Kluwer, 1990, p. 38.

Nor can it be denied that the legal position of the victim may be significantly burdened by a forum choice or transfer decision, at least in cases involving non-victimless offences. From a victim perspective, it is far from self-evident –and indeed often unfair– that, if informed at all, one would be compelled to join proceedings as a civil party in a foreign jurisdiction rather than in one’s own country. Despite EU-level efforts, including the Victims’ Rights Directive²⁷, victims continue to experience widely varying statuses and roles in criminal proceedings depending on the Member State in which the investigation or prosecution takes place. In this respect, the position of the victim in criminal proceedings varies enormously across European legal systems²⁸. A transfer may also run counter to the victim’s legitimate expectations regarding sentencing where the receiving Member State follows a more lenient penal practice²⁹.

It is therefore insufficient for the ‘apparatus’ of competent authorities to only take account itself of the rights position or interests of the suspect or the victim in forum choice and transfer decisions.

It seems logical to posit that both suspect (or accused) and victim must themselves be effectively involved in the procedure, so that they can express their own perspective on a (proposed) forum choice or transfer, have its reasonableness reviewed by a court, or oppose it.

This appears essential at least in cases of transfer involving *subsidiary* jurisdiction, where suspect and victim risk being removed from their ‘natural’ judge. This simultaneously raises the question whether greater nuance is required with respect to forum choice or transfer to a Member State with *original* jurisdiction. In such scenarios, there is no exposure to a prosecution that was not already possible, nor is jurisdiction ‘transferred’.

The issue is crucial, particularly against the backdrop of the Transfer of Proceedings Convention. While generally setting a high standard, it appears dated in this respect. Only in cases of subsidiary jurisdiction does Article 17 require the requested State to «inform» the suspect of the request for prosecution, so as to allow the latter to «present his views on the matter» before a decision is taken (*supra*). The Convention provides no remedies for the suspect (or accused) and makes no reference whatsoever to victims.

²⁷ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012.

²⁸ LÓPEZ: «Granting due process of law to suspected and accused persons involved in parallel criminal proceedings in the EU», p. 9.

²⁹ DE JONGE B.: «Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU», p. 456.

Today, given the factual impact of a transfer, it seems both logical and normal to grant an effective voice to both suspect (or accused) and victim in any proposed transfer—even where the ultimate forum State has original jurisdiction.

Without allowing suspects or victims to determine where prosecution is exercised, they must therefore be involved in every transfer procedure (i.e. irrespective of whether proceedings are transferred to a Member State with either original or subsidiary jurisdiction), through information rights, the right to be heard, and the right to a legal remedy³⁰ in relation to an envisaged transfer.

The new EU Transfer of Proceedings Regulation³¹ does exactly this, and goes even further, by granting both the suspect (or accused) and the victim a right of initiative to propose, in accordance with national procedures, that the competent authorities of the requesting or requested Member State transfer the criminal proceedings under the Regulation (Article 5(3)).

In addition, before submitting a transfer request, the requesting authority must duly take into account the legitimate interests of the suspect or accused (Article 6) and of the victim (Article 7). They must be informed, in a language they understand, of the intention to issue a request for the transfer of proceedings and be given the opportunity to state their opinion.

Furthermore, the suspect or accused must be informed (Article 15) of the submission of a transfer request, of the decision to accept or refuse the transfer of proceedings, and of the right to an effective legal remedy. The same obligation applies to the victim (Article 16), irrespective of whether the victim is a natural or legal person, provided that the victim resides or is established in the requesting Member State and receives information on the criminal proceedings pursuant to Article 6(1) of the EU Victims' Rights Directive, as transposed into national law.

Finally, both the suspect (or accused) and the victim in the requested Member State have the right to an effective legal remedy against the decision to accept the transfer of criminal proceedings (Article 17). While this may seem far-reaching, it is in many cases not so. Especially in cases of subsidiary jurisdiction, a successful challenge by the suspect or victim does not *per se* prevent successful prosecution and punishment (unless the envisaged forum State refuses to surrender the suspect to the requesting Member State). Prosecution may still take place either in the Member State(s) where the offences

³⁰ As also pleaded for by: de JONGE B.: «Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU», p. 461.

³¹ European Union: Transfer of proceedings in criminal matters. Summary of Regulation (EU) 2024/3011 on the transfer of proceedings in criminal matters.

were territorially committed or, on the basis of active personality, in the suspect's State of nationality. After conviction and sentencing, the EU moreover offers ample possibilities for effective transfer of sentence execution³².

In sum, the new Regulation performs exceptionally well as regards the rights of the parties concerned – better than ever before in the context of transfer of proceedings. Only a prohibition on choosing a so called *lex gravior* would not have been out of place.

³² See: Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union, OJ L 327, 5.12.2008, pp. 27-46; Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions, OJ L 337, 16.12.2008, pp. 102-122; Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, OJ L 76, 22.3.2005, pp. 16-30.

200. PEQUEÑO LIBRO PARA DESDIBUJARSE

JASEFF RAZIEL YAURI-MIRANDA

Erasmus University Rotterdam y Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

En las siguientes páginas te propongo un «abecedario» de palabras, conceptos y acciones para seguir con la mente, y de preferencia con el cuerpo y la experiencia, a modo de desdibujarse. Funciona como una pequeña rayuela poética, donde cada paso ofrece un camino, un salto, un caer y un levantarse. A veces de forma clara, a veces escondidas en alegorías, las instrucciones son una manera de parodiar esas listas de «mil cosas para hacer antes de morir», o «100 pelis para ver antes de palmarla». Se trata de una invitación imperfecta para desmoronar la realidad antes tus sentidos. No es un *check list* o algo que tienes que hacer como una obligación o como una conquista antes de morir. Es más bien un juego de realidad dislocada y de ficciónalidad real. Una invitación a fundir y trascender las posibilidades limitadas de una vivencia.

En tu caso, te lo comparto como gesto de agradecimiento por todo tu trabajo durante tantos años en el departamento, por tu labor investigativa/docente, por haber abierto tantos otros caminos a otra gente, y por haber sido un pilar del campo criminológico en Euskal Herria y más allá de sus fronteras. Tal vez el juego no invita solo a desdibujarse, pero también a des-jubilarse¹. Gracias por haber sido parte de mi tribunal de tesis, por el apoyo, la visión aguda y seria, pero a la vez por la mirada amigable, y por las agradables, aunque efímeras, conversaciones. Te deseo lo mejor.

¹ Envía tus respuestas o sensaciones a miranda.raziel@hotmail.com. Con excepción de «Últimas Clarividencias» (con poemas de Bruno Brum traducidos libremente), el resto del texto es de autoría propia con algunos trechos adaptados del blog: <https://atacamar.wixsite.com/home>.

ÁRBOL

Prolongación subterránea del intento de sobrevivir conectado a un mástil que se alza al aire en el intento de apenas vivir. El tamaño depende de las condiciones externas y físicas que aniquilan este vegetal. A veces un bonsái puede tener complejo de sequoia. Pero, por principio, árboles hacen fotosíntesis, la cualidad suprema de los seres vivos para descomponer la luz y extraer todos sus colores, matices, sombras y pigmentos. El color se debe a los cloroplastos, baterías celulares verdes que ceden al rojo y a los tonos cálidos en épocas que mimetizan a la muerte.

Vas a plantar un árbol en un sitio que puedas visitarlo o que sea accesible según tu voluntad. Sí, es una actividad clásica. Pero escogerás de preferencia un árbol autóctono. Si ya has hecho esta acción en el pasado, en tu siguiente caminata, colecta una hoja caída de un árbol y busca información al respecto de esa especie, crecimiento, origen, etc. La botánica está menospreciada en estos tiempos. Infórmate un poco sobre diferentes tipos de árboles y sus modos de vida. Puedes repetir el ejercicio si estás viajando en una tierra lejana.

Los sabios filósofos dicen que el formato arbustivo y rizomático es inmanente, crece siempre hacia los costados y no termina de apuntar a una dirección concreta. En cambio, los niños y locos saben que el formato de pinos o robles es trascendente. Se proyectan siempre hacia el firmamento, tal cual una escalera de hojas hacia lo intangible.



Árboles del bioma *Cerrado* en Brasil. 2023.

Por efecto del viento, las ramas y flores son equilibristas.

Sin embargo, por vejez y consistencia, los árboles tienen tendencias verticalistas.

Para ellos, el caminar es siempre de abajo hacia arriba, de la semilla al cielo.

CIELO

Cielo de verano, con cumulonimbos gigantes, alturas de vapores radiantes, filtran toda una vida y se decantan en lluvias torrenciales.

En Hanoi, en Luanda, en Alicante, en tu ombligo.

En el verano húmedo se precipitan gatos, perros, estaciones completas en segundos; se cargan las nubes con grises de diferentes ocre al eco de truenos y destellos de relámpagos.

Levitan nubes naranjas, violetas, «amarilláceas», «rojáceas» de sangre. Atardeceres que revelan las entrañas del cielo. En rayos solares que iluminan *spots*, catedrales celestiales proyectadas sobre la tierra.

De vez en cuando, un arcoíris irrumpe, cortando el aire y envolviendo las calles. Suelos encharcados con grietas y hierba por doquier.

Nubes del sur, constelación meridional, Cinturón de Orión. Bóveda celeste, hemisferio de la creación y de la perdición.

Viaja hacia el sur, como quien vuelve siempre al amor.

Lleva el Sur, como un destino del corazón.

Cuando regreses, trae el Sur.

CENA

En la película *Mi Cena con Andrey*, dos viejos amigos del mundo del teatro, Wallace Shawn y André Gregory se reúnen para cenar en un restaurante de lujo en Nueva York tras varios años sin verse. Wallace es un dramaturgo pragmático que lucha por pagar sus cuentas, mientras que André es un director que ha pasado años viajando por el mundo en busca de experiencias espirituales y místicas. En la conversación a lo largo de la cena, mantienen un diálogo profundo que abarca desde anécdotas surrealistas hasta reflexiones filosóficas sobre el arte, la política, y el significado de vivir con autenticidad. El núcleo de la historia reside en el choque de visiones: la búsqueda de lo extraordinario de André frente a la valoración de los placeres mundanos y sencillos de Wallace.

Es una obra fundamental del cine de conversación que invita al espectador a cuestionar si está realmente «despierto» o si simplemente vive como un so-námbulo en la rutina cotidiana. No hay cortes o grandes cambios de escenario. Apenas una conversación.

Tu tarea es ir a uno de tus restaurantes favoritos solo e invitarte a cenar. En la cena, te propongo escribir en un papel una conversación contigo mismo. Respóndete preguntas como: ¿Qué es o ha sido la carrera profesional para ti? ¿Qué es el arte? y/o cuestiona tus gustos en general. Hazte las preguntas mundanas o dispares que quieras, como ¿Por qué vemos el color rojo? ¿Tortillas con o sin cebolla? ¿Por qué el Eroski es tan caro? ¿Qué pasó con los sindicatos de antaño? ¿Me debo meter en una cooperativa o un nuevo hobby? Finalmente, hazte esta pregunta tres veces –como cuando Pedro negó tres veces a Jesús la noche de la última cena: ¿Qué es la vida?

Que cada respuesta a esta última pregunta sea diferente, ni mejor ni peor, necesariamente. Una vez hayas terminado la cena, en otra ocasión, invita una persona cercana a ti, que no ves hace tiempo, para cenar en ese mismo local y para discutir tus descubrimientos y establecer una conversación sobre esos y otros temas. Al final, formula la última pregunta tres veces. No es necesario que sea una conversación sesuda o seria, más bien dialógica, de escucha mutua y profunda.

EDIFICIO

Un día cuando toques las paredes atravesando pasillos, siéntate en el comedor o en la sala, en el silencio...

Obsérvate en otros momentos del pasado, haciendo las mismas cosas, conjurando memorias que se dibujan en el momento en que las invocas. Como si ellas buscaran una repetición en el futuro: una mimesis que se va a realizar. Profecía cotidiana autocumplida. *Hauntología*.

Obsérvate descansando en aquel sillón... te ves respirando el viento húmedo que entra por la ventana, te ves intentando captar el momento, las paredes, las ventanas... aunque estas no se dejen aprehender totalmente.

Hay fragmentos evocados en cada esquina de esa pequeña sala que se comunica con las escaleras, la mesa, los cristales, las vajillas, los cuadros y retratos.

Cuando realmente se quiere, cuando se piensa de verdad, somos capaces de impregnar algo nuestro en las paredes, en el edificio, en el espacio. Algo

duradero que puede ser recolectado por otros o por ti mismo en momentos futuros.

Como un perfume que se desvanece muy lentamente, como el aroma de los árboles frutales perennes.

Y cuando alguien parte, está todavía ahí... en los objetos.

Cuando te marchas, estás todavía en...

No es necesario inventar los viajes en el tiempo.

ESPEJO

La fase del espejo, como en el ciclo lunar, es el tránsito mental del auto-reconocimiento del sujeto. Ya decía Lacan: Esta se resume el acto inicial donde cada persona se da cuenta que «está ahí». En las infancias de la humanidad, antiguas civilizaciones se vieron en el espejo y nos legaron la mirada por la cual ahora observamos nuestras arrugas.

El espejo es la busca Proustiana del tiempo perdido. Nacemos y vivimos en el mundo mientras buscamos algo que falta, algo que no vamos a encontrar pero que probablemente ya hemos realizado (incluso si somos niños). Es la inversión del *deja vu*, el rescate del recuerdo que no se puede encontrar en sus intersticios porque ya estamos en él. Un ángulo ciego.

Tal vez esta búsqueda de lo imposible, de lo que no se puede encontrar, lleva uno a investigar el pasado y a convertirse en arqueólogo de eventos. Una arqueología que cuestiona el futuro, pero que también cree que las cenizas y las ruinas tienen algo importante que contarnos.

Una genealogía que va más allá de la simple dimensión estética de las joyas y de la gloria de los esfuerzos humanos que fueron enterrados por el tiempo. Se trata de la cartografía de las cosas, de las palabras, de las baldosas.

Al encontrar un disco traslúcido y metálico en medio de las ruinas de una ciudad abandonada, el reflejo del espejo me reveló:

[...] En los utensilios de la antigüedad, donde los milenios pasan como las horas del reloj, me siento rodeado de miles de voces y ojos. Sin embargo, no hay nadie allí, la imagen está vacía. Noches circulares.

Las superficies y decoraciones del plato me dijeron algo que no puedo recordar. Sé que este tipo de objetos no fueron hechos para mí, no deben existir.

Así que luché contra mí mismo para olvidarlo. Busco la salida de esa espiral que me capturó y aplastó. Es demasiada transgresión... el peso etrusco del tiempo.

Ahora también tengo piedras y vidrio en lugar de carne y hueso.

Postrado ante el espejo, observa tu rostro o tu cuerpo durante cinco minutos. Dime ¿Qué ves?

Otro día, repite el ejercicio ante un espejo público o ante un reflejo natural.

FUEGO

En cortocircuito abierto de brasas
se propagan llamas que purifican el recuerdo
todo se derrite ante la marcha del tiempo
incluso la palabra se consume ante las luces.
El zigzag de intenso calor
sublima los líquidos, abrazo derretido de criatura errante.
Es una sustancia desarraigada
una deriva en el abatimiento,
el ritual que rige las bocas
las cenizas que recogen
los cansados huesos.
Ni agua, plasma, o aire
la tierra y la piel necesitan fuego
para renacer en sus poros.
Quema algo a olvidar,
para que una nueva llama en tu corazón
arda.

TRABAJO

Decía Camus que la vida es esa cosa que nunca se puede saborear en el instante, un trago extraño. Decía que en el mismo momento en que es vivida, la vida no se deja saborear. Se trata de una tensión, en diferentes grados, entre estar ahí —el intento de estar presente—, y vivir a través de la memoria el momento que ya sucedió.

Incluso al contemplar tus dedos frente a tu rostro, o al leer este mensaje, todo es una cuestión de memoria, ya que la luz tarda microsegundos o eras en llegar a tu recuerdo. Hasta eso, la vida ya pasó. Nos dejó el tren.

Sucesión de memorias viajando por un túnel de vidrio de las identidades a lo largo de los años. Un plano secuencia de un coche moviéndose por la carretera hacia el horizonte. Plano cenital del vehículo. Nuevo plano y *zoom in* en las ruedas rodando en el asfalto. Metáfora de la bifurcación, como en los jardines de Borges.

Después de una vida entera y sabiendo que el trabajo también es un componente diario de la vida, ¿qué es o qué queda del trabajo después de todo? ¿Cómo queda el trabajo, el oficio en la sociedad productiva y del cansancio?

¿Cómo fue hacer una carrera académica? ¿Qué es la educación y la investigación?

¿Qué se siente al estar dejando atrás una trayectoria?

En un símil, mientras realizaba una estancia doctoral en una pequeña ciudad de Canadá, formulaba estas preguntas al exprofesor David Lyon, fundador de los estudios de vigilancia en los años ochenta. Él estaba a punto de jubilarse y me decía que le parecía que el tiempo aceleraba cada vez que se hacía mayor. El acúmulo de experiencias, de años, era como un movimiento acelerado uniforme en la carretera. El tiempo. El tiempo.

No sé si tú también puedes confirmarme esa sensación.

Él se sorprendía al decirme que había vivido más años que su propio padre. A su edad, su antepasado ya había fallecido, y eso le daba otra perspectiva de la vida, pero también le resucitaba recuerdos y vacíos. Al mismo tiempo, también decía que le gustaba conectar con la religión, no necesariamente en busca de respuestas trascendentales, sino por hábito desde que era chico, y que, incluso retirándose de la universidad, seguiría escribiendo e investigando.

No sé cuál es tu plan... ni si podrás desconectar paulatinamente o de una vez con ese mundo. Algún día todo acaba.

Del otro lado, desde la perspectiva del inicio de carrera, hoy en día está todo más acelerado. Hay un Taylorismo, pero a la vez un medievalismo en la academia. Se exige hacer de todo y ser *multitasking* con gestión, investigación, educación, proyectos, fondos, recursos, regimientos, atender eventos sociales... ser un pulpo en la batería de los quehaceres. Al mismo tiempo, se exige una especie de oficio artesano, como al maestro de un gremio, donde uno/a supuestamente tiene que producir con paciencia, meticulosidad. Nuestros «productos», en tesis, no pueden ser enlatados, copiados y hechos en gran escala. Cada *output* demanda su tiempo, pero, justamente estos dos polos, el lado taylorista de producción frenética y el hacer artesano chocan y producen muchos desvíos de calidad de vida, de uso de tiempo. El tiempo. Otra vez el tiempo.

(Salta a la entrada «Tiempo»)

JUEGO

Jugando ajedrez contra la muerte para postergar lo inevitable, ante el inminente fin, el protagonista de *Séptimo Sello* de Bergman siente el peso del

tiempo y el ocaso de su vida. Pero al mismo tiempo se reconforta, aunque sea por un instante, al ser consciente de poder sentir la sangre corriendo en sus venas, y se siente afortunado por jugar contra la mismísima muerte.

Sin entrar demasiado en este agujero negro de la existencia, pero de nuevo, ¿Qué es la vida? ¿Qué es la vida académica? ¿Qué se puede conectar o decir a una trayectoria laboral que va terminando desde una que está intentando despegar? Y viceversa.

¿Por qué hacemos esto? ¿Has estado jugando ajedrez todos estos años contra la muerte?

[Tal vez ahora tengas tiempo de practicar este u otro juego, o de ayudar una nueva persona o comunidad.]

Desde luego me interesan las respuestas que van más allá de la simple tautología del oficio (...porque buscamos conocimientos, porque queremos contribuir con la investigación, con la formación de discentes y de ciudadanos/as, etc.).

¿El músico toca música primero para su audiencia? ¿O primero se escucha y toca para sí, para luego degustar el público? Aunque los dos estén íntimamente conectados, el trompetista Miles Davis decía que primero lo hacía por él. El buen egoísmo.

Tú, ¿Para quién tocas?

MÚSICA

Hablando de música...

... Te propongo seguir aprendiendo música o aprender un nuevo instrumento. Por ejemplo, que te vaya bien en tus estudios o en tu pasatiempo junto al piano. Tocar ayuda a buscar un cierto centro en el espacio de los días. Espero que puedas tocar el piano más allá del aprendizaje de partituras. Está bien saber la técnica. Y te permite mucho.

Me comentaste, en la primavera pasada, en charlas cortas en el simposio de Criminología Verde, que te gustaría aprender a improvisar. Para ello, puedes jugar con las notas como si se tratara de colores en una pintura. Algunos combinan mejor que otros entre sí. Pero incluso en las pinturas abstractas, en los sonidos abstractos, puedes encontrar muchas combinaciones y cualidades.

Se trata más de buscar el potencial de esas combinaciones que simplemente tocar algo que «suene bonito» porque alguien ya lo hizo en el pasado hace siglos, o para que quede «bien». Aquí el modernismo en la música, que igual no es el más armónico o apreciado del punto de vista estético, suele

ayudar desde un punto de vista pedagógico. Si no tocas de manera virtuosa, por lo menos busca tu forma de tocar como una filosofía personal.

La deconstrucción de las notas, el dislocamiento de las escalas y las progresiones. El derrumbe de la música. Eso es. Inténtalo. Una y otra vez. Te deseo el colapso de la música. Alas para experimentar. Que los sonidos caigan como edificios que implosionan, pero que abren paso a nuevos escenarios. A nuevos mundos. Sacrifica a los dioses del Olimpo. Empieza otra vez. Escucha el viento y dibuja siluetas, patrones, calles y avenidas en el teclado con los dedos. Prueba creando y pensando en patrones visuales/espaciales. No tanto desde la razón y el oído o la técnica. Prueba desde las emociones. Sé el ángel que sabe el mundo pero que también se sumerge en él por primera vez. Te deseo cenizas que se transforman en sonoridades y ánimo para crear tu propia paleta de acordes. Hay que darse el derecho de ser mediocre. Preludio de Lluvia de Chopin. Einstein en la Playa. Rodilla 5.

AGUA

Por orden alfabético, esta entrada debería ser la primera. Pero el agua es mutación y movimiento. Se ha colado en esta parte del libro, como una gotera que se infiltra desde el tejado. Y el orden alfabético a esta altura ya sabes que no interesa.

Te llueve mucho, estás mojándote de forma súbita y estás encharcado. Como en las escenas acuáticas de las pelis de Tarkovski. El agua es sujeto, componente activo y protagonista mientras el resto somos personajes secundarios. Aquí llueve mucho. Te está lloviendo mucho.

Te caen las gotas, que ahora son olas. Esas olas tienen diferentes texturas. Se necesita un estudio físico y poético de la hidrología. Las formas, ondulaciones, movimientos, y patrones de un líquido son tremendamente complejos, ¿te has dado cuenta?

Te invito a que te fijas y entres en los intersticios del agua la próxima vez que estés sumergido en ella o cerca de una gran cantidad de esta. ‘Ahógate’ en sus torrentes. Incluso la ducha puede ser un buen lugar para este ejercicio. Deja que el agua te envuelva.

...

Mientras hacía un viaje en una embarcación en las costas de Europa septentrional durante varios días, me di cuenta que las texturas del agua son como campos electromagnéticos; una oscilación constante y áspera que crea patro-

nes como una hoja de papel doblada y aplastada. A veces rugosa, a veces desentonada, una superficie que invita el viento a hacer historia.

A veces, los vértices regulares se extienden en patrones que fluyen en todas direcciones, pero su superposición no es suficiente para producir olas más grandes.

En el mar, las olas suelen ser de colores serios y sólidos, un azul frío mezclado con tonos grises metálicos. Todo es hipnótico y caótico.

Ni siquiera los sistemas de software e ingeniería más avanzados pueden predecir ni emular el comportamiento de las ondas en el agua y las nubes con total precisión. Es un evento caótico mezclado con uniformidad. Parece que la naturaleza juega con la idea de infinitas posibilidades y realidades, pero luego elige un camino específico.

Dejando un rastro de agua tras la embarcación, había un camino de espuma que en algún momento se desvanecía en la distancia. El sendero blanco que quedaba atrás trazaba una suave curva en medio del canal entre la tierra firme y las islas.

Pensando en ese rastro de pasado y futuro; pensé que hace unos segundos estaba allí, donde ahora solo hay agua.

Hace unos minutos pasaba por un punto del sendero de espuma.

Pero es como si todavía estuviera allí, como que me hubiera quedado atrás.

Y me veo, simultáneamente desde la otra embarcación y en la misma.

Todavía puedo encontrarme conmigo mismo y vivir esta otra temporalidad, pero estoy de este lado.

Ecuaciones de Heisenberg llevadas al nivel macroscópico de nuestra propia existencia.

Nuestros caminos vitales no son eventos ordenados en una historia lineal, son campos de olas indeterminadas, nubes de ambivalencia, corrientes en múltiples direcciones que se decantan en patrones específicos o en un determinado camino.

Quizás me estoy repartiendo en diferentes momentos y espacios, donde el impulso (tiempo) es inidentificable; dividiendo mi camino en un flujo visible desde otro lado. Ese otro lado que es inalcanzable, pero aún interconectable.

Dos movimientos del tiempo. El movimiento de moléculas y corrientes en el agua. El movimiento de la vida, paso a paso. Un camino subjetivo, fuera del tiempo y quizás atemporal, pero también dentro de este.

La vida, mediada por las lentes del olvido y la sedimentación de los recuerdos.

En el fin, todo será olvidado.
 Al fin, la entropía vencerá a la autopoiesis.
 La vida, una pausa rebelde en el paisaje de la nada.
 Mientras tanto: nadar.

HOGAR

Me preguntaron que sentía o cual era el significado de la palabra «hogar» mientras participaba de un proyecto artístico en Rotterdam. ¿Luego a mí, que ando inmerso en medio de la diáspora contemporánea académica, habiendo vivido en seis países, y no sabiendo donde estaré en 3 o 5 años? – pensé antes de formular palabras. Respondí que me sentía un poco en casa cuando veía o estaba cerca al agua. Habiendo nacido en tierras desérticas, valoraba el agua de una forma muy especial. Ya sea el mar, la lluvia tropical, un lago, río, riachuelo, y ahora los canales holandeses con sus aves curiosas (Véase los graciosos *Coots* que limpian el plástico del agua y son muy territorialistas. Ecológicos e individualistas: muy holandeses).

Regresando al tema del agua, cuando nos vayamos, dicen que nos convertiremos en elementos. Regresaremos a la materia.

Yo regresaré al agua. Por eso me interesa desde ahora «analizar» el agua.

(Véase la entrada anterior mencionada en este 'libro', se puede leer en orden invertida, o en diferente orden, si se desea. Los líquidos no tienen comienzo ni fin).

Yo regresaré en la primavera a Euskadi. Todavía en la modernidad líquida. Tal vez hogar. Con su costa espléndida y sirimiri.

...

Para ti que te retiras, ¿qué es «hogar»?

Dibuja la idea de hogar que hayas formulado, y entiérrala/sumérgela debajo de tu hogar o cerca a este en una capsula del tiempo orgánica para que se descomponga.

...

Cuando la última luz caliente las rocas

y las serpientes se desplieguen

fantasmas de gatos salvajes vendrán a buscar tus huesos.

Sin importar la dignidad final

te elevarás para siempre sobre la arena silenciosa

y las estrellas serán tus ojos

y el viento será tus manos.

Pero ¿qué parte tuya será el río que recorre de nuevo el local donde naciste?

TIEMPO

Que se relaciona o remite a las ventanas. Las películas trabajan con ventanas (*frames*) que encuadran aquello que se revela o se esconde en la trama. Es la zona de abertura y de definición de los límites en la visión de las cosas. Se puede vivir sin paredes, sin techo, sin suelo. Pero no se puede vivir sin ventanas porque son lugares de tránsito entre lo interior y lo exterior. Incluso sin ojos, uno no puede vivir ajeno al encuadre que nos sitúa entre lo palpable y la imaginación. Las ventanas son la constancia que hace que el mundo se abra o se cierre. A través de ellas, el tiempo se cuela en las entrañas.

Rompe una ventana, vidrio, o espejo. De preferencia con alguien. La reparación es opcional. Guardar un fragmento también lo es.

(Regresa a la entrada «Juego»).

ÚLTIMAS CLARIVIDENCIAS

EVISIÓN

A cada día
restarse.

IMPROVISACIONES

[...] Este mundo no es mío.
Este mundo pertenece a los ángeles travestis,
a los niños salvajes
y a los perros cojos. [...]
Ninguna estación de autobuses es feliz.

FRAGMENTOS DE UNA SOMBRA

El aire, turbio, se mezcla con la tenue luz de la habitación.
Tras la cortina, escucha el tráfico del martes por la mañana
y silba un vals como quien se vuelve loco en una playa muy limpia,
en una calle muy iluminada.

CAPÍTULO VIII

Felicitaciones

201. A JOSÉ LUIS

MIGUEL ALONSO BELZA
Abogado

Me han permitido aportar unas líneas, en el libro homenaje a José Luis de la Cuesta, lo que es un auténtico honor para mí.

Conocí al Maestro, en mi condición de alumno de la VI promoción de Facultad de Derecho de San Sebastián, lo que fue condicionando mi desarrollo profesional, en el ejercicio de mi actividad como abogado y también mi participación como docente en la universidad.

Tras el examen de grado en la licenciatura y los cursos de doctorado, me animó a cursar el Diploma Superior en Criminología en el IVAC, y posteriormente, como Director del mismo, la Licenciatura en la Universidad Internacional de Catalunya.

Cuando fue nombrado Vicerrector del Campus de Gipuzkoa, se me encomendó la impartición de su materia en la Parte Especial del Derecho Penal

Esa inicial relación académica, me ha permitido entablar una profunda amistad con él.

He constatado no sólo el respeto y admiración que se le brinda en las instituciones, no sólo las más próximas a nosotros, sino también a nivel mundial. Así cuando en Pekin, tomó posesión de la AIDP, y luego pudimos viajar al Tibet, o tras el Congreso de Río de Janeiro, participó en los cursos de la Facultad Dinamica das Cataratas de Iguazú, o cuando fue nombrado doctor honoris causa en la Universidad Alexandru Ioan Cuza de Iasi, Rumanía.

Esta relación inicialmente académica, con el transcurso tiempo me ha permitido tener una de profunda amistad con él. Y no sólo en una actividad

deportiva cultural, como cuando realizamos el Camino de Santiago con la obtención de La Compostela, o nuestra incursión en la ruta de D. Quijote. Sino también, en el día a día, en el tiempo que nos ha tocado vivir situaciones muy duras en nuestra tierra, en el que su ejemplo, su consejo y su apoyo, han sido mi referente para orientar y gestionar mi vida.

En definitiva, puedo alardear de contar con un incalculable capital humano como es la amistad de José Luis de la Cuesta.

XABIER ARANA BERASTEGI

José Luis estimatua: eskerrik asko bi hamarkadatik gora zurekin unibertsitate-proiektuak eta lanak partekatu ahal izanagatik. Zorte handia izan da zu hurbil izatea, horri esker sortu baitira nire ikerketa eta irakaskuntza ibilbidea markatu duten sinergiak. Mila esker, benetan.

Etapari berri honetako egun guztiak eta egun bakoitza gozatzen jarrai dezazun, har ezazu besarkada handi bat.

MARÍA JOSÉ BARBARIN URQUIAGA

Resulta muy difícil para mí resumir en estas breves líneas la aportación que un profesor y amigo de la talla de José Luis de la Cuesta ha supuesto para la comunidad docente, científica e investigadora, nacional e internacional. Digo bien, esta definición de José Luis como profesor busca deliberadamente poner en valor su aportación como docente a la comunidad universitaria primero, y a la sociedad después, reconociendo que de sus clases han salido tantos y tantos profesores actuales de Derecho Penal, abogados, criminólogos, victimólogos, catedráticos de Universidad y por su supuesto, Jueces y Juezas en ejercicio profesional. Para mejor ejercer esta pasión a la que sin duda has dedicado los mejores y más fructíferos años de tu vida, primero te formaste, en Derecho pero también en Criminología, luego completaste tu formación, con sendos Doctorados, antes de dedicar tu vida a la Universidad, en las múltiples facetas que ésta comporta.

Siempre preocupado por la investigación, pero también por extender el Derecho Penal más allá de nuestras fronteras, por las víctimas, y los más vulnerables. Inquietud intelectual necesaria en quiénes como José Luis siempre han buscado la excelencia en su actividad profesional. Haciendo compatible la visión dogmática del Derecho Penal con su vocación de instrumento de cambio y mejora de la realidad social en la que debe aplicarse. En suma, haciendo propia la visión humanista del Derecho Penal de su maestro Beristain y trasladándola a sus múltiples tareas laborales. Siempre dispuesto, con una sonrisa, aparentando ser y hacer fácil aquello que sabemos que no lo es, ligero, con esa levedad que sólo poseen aquellas personas dotadas de capacidades superiores,

resueltas a aplicarlas en beneficio de los demás. Las múltiples publicaciones, seminarios, cursos, cargos de gestión, cargos honoríficos, que posees aquí y allende los mares, son fiel reflejo de la realidad nada exagerada de mis palabras. Has llevado a tu ojito derecho, el Instituto Vasco de Criminología, a sus más altas cotas de presencia institucional y vocación práctica. Siempre estrechando lazos con la comunidad en la que te integras. Y, lo mejor de todo, segura estoy de que aún tienes tiempo y ganas de seguir en la brecha, desde una aparente segunda línea que supera la primera de muchos y muchas, por no decir de casi todos.

Mi más sincera enhorabuena por la cosecha que ahora recoges en forma de este libro-homenaje, de todos aquellos que hemos tenido la suerte de compartir contigo siquiera algunos trazos, siempre afortunados, de tu dilatada trayectoria profesional.

204. PALABRAS PARA JOSÉ LUIS DE LA CUESTA

JESÚS BARQUÍN SANZ

Me sumo con entusiasmo al homenaje al profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi, con quien tuve la suerte de cruzarme por primera vez en ocasión tan señalada (para mí) como fue la defensa de mi tesis doctoral. No veo motivo para ocultar a estas alturas, con un pie ya en el estribo, la certeza de que a alguno de los penalistas que formaron parte del tribunal que evaluó mi tesis no le dio la gana de leerla, más allá de ojear páginas sueltas, quizás del índice tan solo. Son casi un puñado las décadas que han transcurrido desde entonces, pero la del olvido no es precisamente una virtud con que me hayan agraciado los dioses. Ser testigo asombrado y afligido de aquella cínica actitud de desprecio por una de las obligaciones más sagradas de la vida académica por parte de gente que iba por el mundo haciendo alarde de integridad y de compromiso universitario marcó sin duda mi percepción de la universidad y, unido a alguna que otra ulterior bofetada de realidad, el devenir de mi propia carrera académica. Mas en la realidad del mundo las cosas no suelen ser binarias –tampoco los conceptos del derecho, a pesar de lo que erróneamente parecen pensar muchos juristas, penalistas incluidos–, sino incrementales y matizadas. Y en la academia, junto a gañanes con birrete, se encuentra uno con gente fantástica cuyo trabajo y cuya actitud anima a seguir adelante y procurar dar lo mejor de sí. Para mi gran fortuna, de estos podría citar a muchos, pero aquí toca referirse a uno en específico. A uno que formaba parte asimismo de aquel tribunal y que, por contraste, había leído con atención mi trabajo, cumpliendo con su deber a la vez que haciéndome el mayor honor que se le puede dispensar a un colega, en especial uno que está dando sus primeros pasos. Alguien

que formuló las más atinadas observaciones y reparos a mis propuestas y cuyas aportaciones sobre el tema había leído yo antes con gran disfrute y provecho, en parte porque es practicante de una línea discursiva transparente y sensata y de un enfoque cercano al realismo jurídico en el que siempre me encontré más cómodo frente a los –a mi juicio– excesos *dogmáticos* de la sedicente *doctrina* penal dominante. Me refiero, por supuesto, al profesor tan merecidamente homenajeado en el presente libro, mi admirado amigo José Luis de la Cuesta. El privilegio de tenerlo como uno de los miembros del tribunal de mi tesis también marcó mi carrera académica, en su caso muy para bien.

Luego, cada vez que coincidí con el profesor De la Cuesta, fue una nueva ocasión para certificar nuestra afinidad intelectual, que presumo conectada con el hecho de que mi formación internacionalista y comparada estuvo siempre escorada hacia el mundo jurídico francófono y, sobre todo, anglosajón; en aquellos tiempos encontrar colegas afines era aún más arduo que ahora. Seguramente por ello siempre me resultó estimulante la conversación jurídica con José Luis. A estas alturas, cuando el tiempo cada vez es más valioso y huidizo, lamenta uno no haberse esforzado más en cultivar esta clase de afinidades. Para mi gran fortuna, los coordinadores del homenaje me han regalado esta oportunidad de dejar constancia de mi aprecio y respeto. Muchas gracias a ellos y mis mejores deseos para ti, querido Jos. Ojalá el tiempo y la vida te sigan trayendo todo tipo de venturas.

205. A JOSÉ LUIS DE LA CUESTA

JAVIER BOIX REIG

*Catedrático jubilado y Profesor honorarios de Derecho Penal
Universitat de València*

Agradezco la oportunidad que se me ofrece para dejar constancia de mi adhesión al merecido homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta con motivo de su jubilación. Las cosas siempre llegan, querido José Luis, y además afortunadamente.

Mi recuerdo es ya antiguo. En los pasados años ochenta ya conocí a un joven penalista, que siempre me pareció además de buen académico buena persona. Y esto es muy importante.

Mi relación era en aquella época también con otros miembros del Departamento de la Universidad del País Vasco. Como hace poco le puse de manifiesto en Valencia tenía por mi parte una excelente relación personal con el Profesor Antonio Beristain, que conectaba con su condición de Jesuita, teniendo yo un hermano que entonces era también Jesuita, y estaba en movimientos vecinales años antes en el Pozo del Tío Raimundo (Vallecas). En aquellos difíciles años 70 dicha relación no puede olvidarse.

En una ocasión, en los dichos años 80, recuerdo una visita académica muy intensa. Yo estaba en la Universidad de Alicante e impartí en un día tres conferencias. Por la mañana, a primera hora, en la Facultad de Derecho en San Sebastián, al mediodía en la de Deusto y por la tarde en el Colegio de Abogados de Bilbao. Como digo ya entonces conocí al profesor De la Cuesta y comprobé sus virtudes ya destacadas.

Su posterior trayectoria académica, docente e investigadora, su proyección asociativa nacional e internacional, deben destacarse.

Pasaron los años, y nosotros con ellos (en palabras de nuestro cantautor Raimon), y dejamos de venos hasta este reciente contacto en Valencia. Y realmente he comprobado que sigue igual, desplegando bonhomía. Realmente es una satisfacción haber conocido y tratado, ya en su juventud, al Profesor De la Cuesta, y comprobar ahora la realidad del gran penalista y persona al momento de su jubilación.

Todo seguirá igual, por lo que hay que felicitarle, en la larga vida que le deseo, que te deseo José Luis.

Con el mejor de mis abrazos.

206. UN *EHU* ZALE DESDE GIPUZKOA

FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

Si algo ha caracterizado la personalidad (seguramente no solo) profesional de José Luis de la Cuesta es su curiosidad, sus variadas inquietudes y la cantidad de *jardines* que ha pisado, desde mi punto de vista con igual pasión, rigor y dedicación. En ese sentido creo que puede ser calificado como un universitario integral y, por tanto, exitoso. De las múltiples actividades que han sido objeto de su atención solo me siento capacitado para hablar de dos de ellas que he vivido a su lado: la gestión universitaria, muy especialmente como Vicerrector del Campus de Gipuzkoa de la EHU; y su participación desde los inicios en la Tamborrada de la Universidad que desfila cada 20 de enero cuando los donostiarras honramos al patrón tocando el tambor, vestidos de cocineros. No me atrevo, desde luego, a comentar su amplia trayectoria investigadora, su labor al frente del Instituto Vasco de Criminología o su dedicación para formar un buen número de discípulos. Por ello, agradezco a quienes han promovido este reconocimiento a José Luis que hayan permitido colaborar con una breve nota a quienes queremos mostrarle nuestro cariño y reconocimiento, pero no nos sentimos capaces de aportar un trabajo doctrinal a la altura de las demás contribuciones por provenir de ámbitos académicos externos al Derecho Penal y la Criminología.

José Luis de la Cuesta, Vicerrector del Campus de Gipuzkoa. José Luis se creyó que la mejor manera de construir la Universidad del País Vasco era desde el Campus de Gipuzkoa, y a ello se dedicó intensamente con el mismo ímpetu, trabajo y constancia con los que se ha dedicado en cualquier actividad que ha emprendido. A veces, incluso frente a su propio equipo rectoral, siem-

pre con el apoyo del recordado Demetrio Loperena y de Txema Zumalabe, los otros dos Vicerrectores aportados por Gipuzkoa a aquel Rectorado. José Luis nunca ha estado en ningún lugar por estar, y la Universidad multicampus a la que aspira ser la EHU nunca estuvo más cerca de serlo de verdad que durante su mandato al frente del Campus.

José Luis, Cabo de barriles de la Tamborrada. Donostiarra militante, además de militante de la EHU, no tuvo duda alguna para implicarse en la Tamborrada de la Universidad desde su creación el año 2003. Era la oportunidad de combinar ambas pasiones, de abrir la Universidad a la sociedad y de que esta la tomara como parte de la misma. También en esta faceta José Luis se empeña en ser el mejor, sin que se recuerde hasta ahora un toque de más o una metida de pata de cualquier tipo. Algunos malintencionados de la *Fila Durruti* lo comparan por su perfección con los palillos y el barril con el conejito de *Duracell*, pero es pura envidia.

Termino ya. José Luis de la Cuesta es historia de la Facultad de Derecho de San Sebastián, parte y creador de la misma, y un ejemplo perfecto de la glocalización. En su amplia y exitosa vida profesional ha sabido conjugar perfectamente la Asociación Internacional de Derecho Penal con Jakiunde, la defensa a ultranza de la Facultad de Derecho para impulsar el Campus de Gipuzkoa y este como plataforma para construir la Universidad del País Vasco (EHU), *Eguzkिलore* con la *Revue Internationale de Droit Pénal*, y el IVAC/KREI con la tamborrada universitaria. Sirvan estas modestas palabras como muestra de reconocimiento, cariño y felicitación.

ELISA GARCÍA ESPAÑA
Directora del Instituto Andaluz
Interuniversitario de Criminología

Con motivo de la jubilación del profesor José Luis de la Cuesta, resulta inevitable detenerse y tomar conciencia de la magnitud de su trayectoria. Su carrera no solo ha sido larga y brillante; ha sido, sobre todo, profundamente influyente. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco y director durante veintitrés años del Instituto Vasco de Criminología, ha desempeñado un papel decisivo en la consolidación y proyección internacional de la criminología española, continuando y fortaleciendo el legado de Antonio Beristain y situando al Instituto como un centro de referencia en las ciencias criminológicas.

A lo largo de estas décadas ha desarrollado una obra científica sólida y coherente, marcada por un firme compromiso con el principio de humanidad en el Derecho Penal. Sus estudios sobre la prisión y el régimen penitenciario, sus aportaciones en torno a la tortura, la justicia penal de menores, la justicia restaurativa, el terrorismo o el Derecho Penal internacional reflejan una constante preocupación por la dignidad de la persona y por la necesidad de que el sistema penal actúe con rigor, pero también con responsabilidad ética. Su liderazgo académico se ha proyectado además en el impulso de redes internacionales, en la creación y fortalecimiento de espacios de difusión científica y en su presidencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal, siendo el primer y único español en ocupar ese cargo.

Pero si algo merece especial felicitación en este momento no es solo la excelencia de su carrera académica, sino la huella que ha dejado en muchos de nosotros. Quienes hemos tenido la fortuna de conocerle sabemos que su magisterio ha sido exigente, pero siempre cercano; crítico, pero constructivo; firme en los principios y generoso en el trato. En mi caso, su presencia en mi tribunal de tesis supuso no solo el respaldo de una autoridad académica de primer nivel, sino también el de alguien atento, cercano y profundamente respetuoso.

Con estas breves palabras quisiera celebrar no solo una trayectoria ejemplar, sino una manera de situarse en la Academia marcada por la coherencia, la generosidad y el compromiso con la justicia. Una forma de entender la Universidad que une rigor, vocación internacional y profundo respeto por las personas. Gracias por todo ello.

LUZ MUÑOZ GONZÁLEZ

Profesora Dra. de Derecho Penal, Titular de Escuela de la EHU

Puesto que hace ya largo tiempo que llevo desconectada de la vida universitaria en condición de jubilada, agradezco mucho a mis compañeras de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la EHU y del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutoa, organizadoras de la Publicación y Homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi con motivo de su jubilación, la oportunidad que me brindan de adherirme y participar escribiendo y dedicándole unas palabras de felicitación y agradecimiento.

Es un gran honor para mí poder tomar parte en la felicitación colectiva que conlleva el Homenaje al Profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi por lo que me sumo a la misma felicitando efectivamente al Maestro, Catedrático de Derecho Penal, por todos y cada uno de sus innumerables méritos, docentes, de investigación y otros tantos, logrados y reconocidos a lo largo de su extensa y prolífica carrera universitaria. Son sobradamente conocidos y no me corresponde especificarlos.

Como compañera universitaria, tanto en la Facultad de Derecho, como en el Departamento de Derecho Público de la EHU y en el Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutoa, me gustaría aprovechar, sin embargo, esta ocasión especial y única para expresar públicamente mi agradecimiento al Profesor por su gran vocación y dedicación universitaria, plenas de responsabilidad y compromiso, por su Inteligencia y ecuanimidad, así como

por su paciencia y sentido común en el ejercicio de su gran capacidad de liderazgos.

Además, y de gran importancia para mí, es no dejar de manifestar una vez más mi sincero y personal agradecimiento por su apoyo, guía y ayuda en mi carrera universitaria, especialmente por su Dirección de Tesis Doctoral. Por creer en mí, mi eterno y profundo agradecimiento, José Luis.

Y, cómo no, también mis mejores deseos para una merecida jubilación, rica en experiencias y nuevos aprendizajes, larga en salud y hermosa en emociones.

Colección

Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Últimos títulos publicados:

26. El delito de trato degradante discriminatorio
David Miras Estévez
27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales
Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín
Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana
28. Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)
Brian Buchhalter Montero
29. Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual
María Marta González Tascón
30. Fraude Carrusel, responsabilidad penal de las personas jurídicas y *Compliance*
Miguel Cáceres Casado
31. La arquitectura del concurso de delitos. Problemas prácticos y fundamentos dogmáticos de su regulación
Nicolás Cantard Vanni
32. La desinformación en la sociedad digital. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal
Abraham Devís Matamoros
33. Libro homenaje al Profesor Enrique Peñaranda Ramos
Juan Alberto Díaz López et al. (coordinadores)
34. El sistema de consecuencias jurídicas del delito a examen
Marina Mínguez Rosique y David Gallego Arribas (coordinadores)
35. El Derecho Penal ante la Inteligencia Artificial. Problemas de imputación y propuesta de solución
Andrea Bravo Bolado

El Libro-homenaje al profesor José Luis de la Cuesta Arzamendi constituye una obra colectiva de extraordinaria amplitud y profundidad científica que refleja, fielmente, la dimensión académica, institucional y humana de quien ha sido una figura de referencia del Derecho penal contemporáneo y de la Criminología. A través de más de 200 contribuciones tanto nacionales, como internacionales, la obra aborda los grandes desafíos actuales de las ciencias penales y criminológicas desde una perspectiva plural, crítica e interdisciplinar.

La estructura del libro combina, en primer lugar, testimonios que destacan la trayectoria universitaria, el liderazgo institucional y el compromiso ético del homenajeado, para dar paso a un extenso recorrido por la Parte General y Especial del Derecho penal, la Política Criminal, la Criminología, la Victimología, el Derecho penal Internacional, así como otras disciplinas afines. Temas como la Inteligencia Artificial, los Derechos Humanos, la Justicia Restaurativa, la Violencia de Género, la Criminalidad Económica, la Protección del medio ambiente, la Justicia Climática o la Justicia Penal Global evidencian la actualidad y relevancia de los debates recogidos.

Más que una recopilación de estudios, esta obra representa el reconocimiento de una comunidad científica internacional al legado intelectual del Prof. de la Cuesta Arzamendi y a su constante defensa de un Sistema Penal guiado por los principios de Humanidad, Dignidad y Justicia.

